

Vijf keer televisie, films en boeken – het cultuurbelang in het Gemeenschapsrecht anno 2009

Mr. H.S.J. Albers*

In dit artikel worden vijf arresten uit de periode van december 2007 tot april 2009 besproken. Deze vijf arresten hebben gemeen dat zij alle betrekking hebben op het nationale cultuurbeleid en de bescherming van de taal en de pluriformiteit. Uit de analyse van de vijf besproken arresten blijkt dat het inroepen van het cultuurbelang in het Gemeenschapsrecht anno 2008/2009 in principe niet leidt tot een alternatieve toepassing van het Gemeenschapsrecht. Slechts met betrekking tot gerechtvaardigde culturele, taal- of pluriformiteitsgerelateerde eisen die een ‘inherent’ bevoordelend effect hebben, zoals een taaleis ter bescherming van de nationale of officiële taal, of de plicht lokaal nieuws te brengen ter bescherming van de pluriformiteit, wordt een bijzondere positie geaccepteerd. In dergelijke gevallen is immers onvermijdelijk dat marktdeelnemers die in de betreffende lidstaat zijn gevestigd gemakkelijker aan de gestelde eisen kunnen voldoen dan marktdeelnemers die daarbuiten zijn gevestigd.

C-250/06, UPC v. België (must-carry), 13 december 2007, zaak T-442/03, SIC, 26 juni 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, TV2/Danmark, 22 oktober 2008, zaak C-222/07, UTECA 5 maart 2009, en zaak C-531/07, LIBRO, 30 april 2009

Dit artikel begint met een korte bespreking van vijf arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het ‘Hof’) en het Gerecht van Eerste Aanleg (het ‘Gerecht’). Deze hebben alle op de een of andere manier te maken met een cultureel onderwerp. Drie zaken zijn prejudiciële uitspraken van het Hof van Justitie. In deze zaken wordt de bescherming van de nationale cultuur, taal of pluriformiteit rechtstreeks geadresseerd. Twee uitspraken zijn van het Gerecht. Deze gaan over steun aan de publieke omroep, die in veel lidstaten een belangrijke rol speelt bij het nationale cultuur-, taal- en pluriformiteitsbeleid. Hoewel het Gerecht zich in deze twee zaken niet rechtstreeks uitlaat over de culturele exceptie, taal of pluriformiteit, spelen deze belangen toch

indirect een rol. Dit is met name het geval bij de definiëring van een eventuele dienst van algemeen economisch belang (‘d.a.e.b.’) en de vergoeding die voor het leveren van die dienst mag worden betaald. Hierna worden de culturele aspecten van de besproken arresten op het podium getrokken en in de schijnwerper gezet. In dit deel van de bespreking wordt onder meer nader ingegaan op de proportionaliteitstoets die het Hof gebruikt bij het afwegen van het nationale cultuurbelang tegen het gemeenschappelijke belang van het vrij verkeer. In dit kader wordt ook de vraag behandeld of, en hoe, binnen dit toetsingskader recht wordt gedaan aan het bijzondere karakter van het cultuurbelang. Veel lidstaten zien de culturele belangen als bijzondere dwingende redenen van algemeen belang, omdat cultuur en taal mede de kern van de nationale identiteit bepalen, terwijl pluriformiteit de basis vormt voor de democratische rechtsstaat. Het bijzondere karakter van deze beginselen wordt onderstreept door artikel 6 van het EU-Verdrag. Democratie, de rechtsstaat en de nationale identiteit van de lidstaten worden daar, naast de rechten van de mens, genoemd als beginselen die de lidstaten en de Unie moeten respecteren. Daarna wordt ingegaan op het cultuurbelang in het mededingingsrecht, en op culturele eisen in de context van de d.a.e.b.-verplichting. Ook wordt nog kort, naar aanleiding van het *UPC*-arrest dat hierna als eerste wordt besproken, aandacht besteed aan de betekenis van de hier besproken jurisprudentie voor de *must-carry*-verplichting van artikel 31 van Richtlijn 2002/22/EG (de ‘Universeledienstenrichtlijn’ of ‘UDR’).¹ Het artikel sluit af met een conclusie over de positie van het cultuurbelang in het gemeenschapsrecht anno 2009.

1. Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstenrichtlijn), Pb.EU 2002, L 108/51.

* Mr. H.S.J. Albers is advocaat bij Houthoff Buruma, Brussel.

Zaak C-250/06, UPC (*must-carry*)

In de UPC-zaak heeft het Hof zich uitgesproken over de voorwaarden waaronder de lidstaten aan kabelexploitanten een zogenaamde *must-carry*- of doorgifteverplichting kunnen opleggen. Een viertal prejudiciële vragen van de Belgische Raad van State over de *must-carry*-verplichting in Brussel-Hoofdstad vormde de aanleiding voor deze uitspraak van het Hof. Brussel-Hoofdstad is een tweetalig gebied, waar Frans en Nederlands de officiële talen zijn. De betreffende *must-carry*-verplichting hield in dat de kabelmaatschappijen die in het gebied Brussel-Hoofdstad een kabelnet exploiteerden, verplicht werden alle televisieprogramma's van de openbare omroeporganisaties die ressorteerden onder de Vlaamse Gemeenschap en onder de Franse Gemeenschap door te geven, alsook alle televisieprogramma's van om het even welke andere omroeporganisatie die ressorteerde onder de Vlaamse of Franse Gemeenschap en die door de terzake bevoegde minister werd aangewezen.

De wet waarin deze *must-carry*-verplichting was opgenomen,² was nader uitgewerkt in twee ministeriële besluiten.³ Als reden voor het instellen van de *must-carry*-verplichting werd in het eerste besluit aangevoerd dat de doorgifteverplichting onderdeel vormde van het audiovisueel beleid dat tot doel had de kijkers toegang te verlenen tot de programma's van de openbare omroeporganisaties, maar ook tot de programma's van particuliere organisaties die openbare verplichtingen hadden. De rol van de *must-carry*-verplichting bestond er derhalve uit het pluralistische en culturele karakter van het programma-aanbod op de kabel te waarborgen. Daarnaast werd overwogen dat de toekenning van het *must-carry*-statuut kon worden beschouwd als een tegenprestatie voor bepaalde verplichtingen die de aangewezen omroeporganisaties op zich zouden hebben genomen. De toekenning van het *must-carry*-statuut aan twee regionale zenders, Télé Bruxelles en TV Brussel, zou de totstandkoming moeten bevorderen van regionale omroepen die lokale informatie, bestemd voor een lokaal publiek zouden verspreiden. Daar werd nog aan toegevoegd dat deze lokale Brusselse televisieomroeporganisaties zonder de *must-carry*-status waarschijnlijk niet in staat zouden zijn de hoge distributiekosten te betalen. De ministeriële besluiten wezen ver-

volgens de omroeporganisaties aan die het *must-carry*-statuut kregen toegekend.⁴

De Brusselse kabeldistributeurs hebben de vernietiging van de Ministeriële uitvoeringsbesluiten geëist bij de Belgische Raad van State. De Raad van State heeft daarop, op 17 mei 2006, de meeste door de kabelmaatschappijen aangevoerde middelen afgewezen. Echter, voor wat betreft de toekenning van het *must-carry*-statuut aan TV5 Monde werd het besluit vernietigd. Volgens de Raad van State had deze internationale Franstalige zender die, naar Frans recht, in Frankrijk was gevestigd, te weinig banden met de Belgische Franstalige Gemeenschap om te kunnen worden geacht daaronder te 'ressorteren' in de zin van artikel 13 van de wet van 1995. Daaraan deed niet af dat de Franstalige Gemeenschap een beperkte deelneming hield in het kapitaal van TV5 Monde. Bovendien bleek nergens uit dat TV5 Monde verplichtingen was aangegaan ten aanzien van de Franstalige Gemeenschap in België waarvoor de *must-carry*-status als een tegenprestatie zou kunnen worden beschouwd. Ten slotte stelde de Raad een viertal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie (het 'Hof'). De beantwoording van deze vragen geeft nader inzicht in de reikwijdte van de *must-carry*-verplichting.

De eerste twee vragen van het Hof hebben betrekking op het mededingingsrecht. Allereerst vraagt de Raad van State, kort gesteld, of de omroepmaatschappijen met de toekenning van het *must-carry*-statuut een bijzonder recht in de zin van artikel 86 EG-Verdrag is verleend, en vervolgens of de mededingingsbepalingen van het verdrag niet in de weg staan aan het opleggen van een *must-carry*-verplichting op de kabeldistributiemaatschappijen. Deze eerste twee vragen worden door het Hof niet-ontvankelijk verklaard.

De volgende twee vragen betreffen het vrij verkeer van diensten onder artikel 49 EG-Verdrag. De Raad wil eerst weten of het opleggen van een *must-carry*-verplichting kan gelden als een belemmering van het vrij dienstenverkeer, en stelt vervolgens de vraag of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd op grond van een dwingende reden van algemeen belang en het evenredigheidsbeginsel. De Raad brengt hierbij onder de aandacht dat de Belgische *must-carry*-regeling vrijwel uitsluitend ten goede komt aan in België gevestigde ondernemingen. Alvorens in te gaan op deze vragen, stelt het Hof eerst nog dat zijn redenering geen betrekking heeft op artikel 31 van de Universeledienstenrichtlijn. Dit artikel handelt over de *must-carry*-verplichting, maar de Universeledienstenrichtlijn en dit artikel waren op het moment dat de aan-

2. Deze verplichting was opgenomen in artikel 13 van de wet van 30 maart 1995 betreffende de netten voor distributie voor omroepuitzendingen en de uitoefening van omroepactiviteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad, *Belgisch Staatsblad*, 22 februari 1996, p. 3797.
3. Ministerieel besluit van 17 januari 2001 tot aanwijzing van de omroeporganisaties als bedoeld in artikel 13, tweede streepje van de wet van 30 maart 1995, *Belgisch Staatsblad*, 2 februari 2001, p. 2781; en Ministerieel besluit van 24 januari 2002 tot wijziging van het ministerieel besluit van 17 januari 2001, *Belgisch Staatsblad*, 16 februari 2002, p. 6066.

4. In deze lijst werden, zoals kon worden verwacht, de Nederlandstalige en de Franstalige publieke omroepen opgenomen (overigens op grond van een andere bepaling dan het aangevochten besluit van 17 januari 2001 – inclusief de aanvulling van 24 januari 2002), en ook de regionale zenders Télé Bruxelles en TV Brussel. Daarnaast werd een aantal commerciële zenders genoemd, zoals de Vlaamse Media Maatschappij NV, Media ad Infinitum NV, TVi SA (een dochter van de RTL groep) en zelfs de betaalzender Canal+ Belgique SA (thans BeTV SA). Op de lijst stonden verder nog Satellimages SA, een Franstalige buitenlandse publieke zender (thans TV5 Monde), en Event TV Vlaanderen NV en YTV SA, een Nederlandstalige en een Franstalige vakantiezender (beide zenders zijn van Liberty TV). Deze laatste twee waren toegevoegd aan de lijst op grond van een wijzigingsbesluit van 24 januari 2002.

gevochten ministeriële besluiten werden genomen nog niet van kracht.⁵

Het Hof van Justitie stelt kort en krachtig vast dat televisie-uitzendingen dienstverrichtingen vormen in de zin van artikel 49 EG-Verdrag. Het Hof verwijst hierbij naar een lange reeks van vaste rechtspraak die begint bij de zaken *Sacchi*⁶ en *Debauve*⁷ en doorloopt tot de meer recente zaken *TV 10*⁸ en *De Coster*.⁹ Dat de *must-carry*-verplichting leidt tot een beperking van het vrij kunnen uitzenden van televisieprogramma's volgt volgens het Hof uit het feit dat de omroeporganisaties die het *must-carry*-statuut niet hebben, over de toegang tot de kabel met de kabeldistributeurs moeten onderhandelen. Bij die onderhandelingen concurreren zij met de andere omroeporganisaties die ook geen *must-carry*-statuut hebben.¹⁰ Omdat artikel 49 EG-Verdrag niet alleen maatregelen verbiedt die discrimineren op grond van nationaliteit of lidstaat van vestiging, maar alle maatregelen die het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker maken dan het verrichten van diensten binnen één lidstaat, vormt het *must-carry*-statuut derhalve een beperking van het vrij verkeer van diensten in de zin van dat artikel. Daarbij is irrelevant, aldus het Hof, dat geen enkele buitenlandse omroep de moeite heeft genomen het *must-carry*-statuut aan te vragen. Waar het uiteindelijk om gaat, is dat aan de in andere lidstaten dan België gevestigde televisieomroeporganisaties een 'last' is opgelegd die niet hoeft te worden gedragen door de omroepen met een *must-carry*-status. Hoewel het voor het Hof onduidelijk is of de Belgische bepaling daadwerkelijk een vestigingseis stelt voor toekenning van de *must-carry*-status, is in ieder geval wel duidelijk dat deze status eerder zal worden toegekend aan Belgische omroeporganisaties dan aan buitenlandse. Doel van de bepaling, als instrument van cultuurbeleid, is immers te waarborgen dat de Belgische burgers toegang hebben tot lokale en nationale informatie en hun eigen cultuur. Vanzelfsprekend kan aan deze doelstelling gemakkelijker worden voldaan door een onderneming die in België is gevestigd dan door een onderneming die daarbuiten is gevestigd.

Daarbij kwam nog het feit dat de Raad van State een streep haalde door de toekenning van het *must-carry*-statuut aan TV5 Monde, *nota bene* in de beslissing waarin de prejudiciële vragen aan het Hof werden gesteld. Daardoor was er geen buiten België gevestigde omroeporganisatie meer over met een *must-carry*-statuut. Ten slotte gaf de Belgi-

sche regering nog toe dat de omstandigheid dat een omroeporganisatie met een *must-carry*-statuut zou besluiten haar zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat, een factor was waarmee rekening zou worden gehouden bij de vraag of die omroeporganisatie nog steeds in aanmerking zou kunnen komen voor de *must-carry*-status, en dit ongeacht of naar aanleiding van de zetelverplaatsing de inhoud van de programma's was gewijzigd of niet. Voor het Hof is het duidelijk dat het dienstenverkeer tussen lidstaten door een dergelijke *must-carry*-regeling wordt belemmerd.

De volgende vraag die in het arrest aan de orde komt, is of voor de geconstateerde belemmering van het dienstenverkeer een rechtvaardiging kan worden gevonden. Op grond van de rechtspraak van het Hof kan immers bij afwezigheid van secundaire Gemeenschapsregels, een maatregel die inbreuk maakt op een fundamentele Verdragsvrijheid, zoals het vrij verkeer van diensten onder artikel 49 EG-Verdrag, toch geoorloofd zijn wanneer deze zonder onderscheid van toepassing is en wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. De betreffende maatregel dient in dat geval geschikt te zijn om de doelstellingen van die dwingende reden te bereiken, en mag niet verder gaan dan daarvoor noodzakelijk is.

Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak stelt het Hof dat het cultuurbelang inderdaad een dwingende reden van algemeen belang vormt.¹¹ De handhaving van het pluralisme, dat met dit beleid wordt beoogd, hangt bovendien samen met artikel 10 EVRM. Het bewaren en beschermen van het pluralistisch karakter van het televisieprogramma-aanbod in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad past dan ook binnen een cultuurbeleid dat tot doel heeft in de audiovisuele sector de vrijheid van meningsuiting van de verschillende, met name sociale, culturele, taalkundige, godsdienstige en filosofische stromingen in dat gebied te behouden. Vervolgens oordeelt het Hof dat een *must-carry*-regeling een geschikt middel is om het beoogde culturele doel te bereiken omdat zij de televisiekijkers in staat stelt in hun eigen taal toegang te hebben tot televisieprogramma's die een culturele en taalkundige band hebben met hun Gemeenschap.

Vervolgens gaat het Hof in op de noodzakelijkheid van de regeling. Hierover stelt het Hof dat een maatregel in ieder geval niet onevenredig mag zijn aan het nagestreefde doel, en dat de wijze waarop de maatregel wordt toegepast niet mag leiden tot discriminatie van onderdanen van andere lidstaten. Dit geldt ook wanneer de autoriteiten een ruime beoordelingsvrijheid hebben, zoals in het geval van maatregelen die de vrije meningsuiting betreffen. Meer concreet betekent dit, aldus het Hof, dat er allereerst een transparante procedure moet zijn die is gebaseerd op voorafkenbare criteria, zodat willekeur wordt voorkomen. Ook de aard en de strekking van de voorwaarden waaraan omroeporganisaties moeten voldoen, net zoals de open-

5. De Universeledienstenrichtlijn dateert van 7 maart 2002 en ging in werking op de dag van bekendmaking in het Publicatieblad van de EG, op 24 april 2002, terwijl de aangevochten besluiten dateerden van 17 januari 2001 en 24 januari 2002.

6. HvJ EG 30 april 1974, zaak 155/73, *Sacchi*, *Jur.* 1974, p. 409, overweging 6.

7. HvJ EG 18 maart 1980, zaak 52/79, *Debauve*, *Jur.* 1980, p. 833, overweging 8.

8. HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-23/93, *TV10*, *Jur.* 1994, p. I-4795, overweging 13.

9. HvJ EG 29 november 2001, zaak C-17/00, *De Coster*, *Jur.* 2001, p. I-9445, overweging 28.

10. Het Hof had hieraan wat mij betreft nog mogen toevoegen dat zij deze strijd om toegang tot de kabel ook nog eens voeren met betrekking tot een verminderde capaciteit op die kabel. De capaciteit die voor de *must-carry*-kanalen nodig is, gaat immers af van de totale capaciteit, en daarmee vermindert de capaciteit die voor vrije onderhandelingen overblijft.

11. Zie HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-288/98, *Gouda Kabel*, *Jur.* 1991, p. I-4007; HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-353/98, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 1991, p. I-4069; HvJ EG 3 februari 1993, zaak C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie*, *Jur.* 1993, p. I-487; en HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-23/93, *TV10*, *Jur.* 1994, p. I-4795.

baredienstverplichtingen die zij eventueel moeten aangaan, moeten vooraf bekend zijn. De objectieve voorwaarden op grond waarvan de toekenning van het *must-carry*-statuut plaatsvindt, moeten het pluralisme kunnen waarborgen door de toegang tot nationale en lokale informatie mogelijk te maken. Het statuut moet strikt worden beperkt tot de zenders die qua globale inhoud een dergelijke doelstelling kunnen helpen verwezenlijken, en het aantal kanalen dat onder het statuut wordt gebracht mag niet kennelijk hoger zijn dan daarvoor nodig is. Ten slotte mogen de toewijzingscriteria niet discriminerend zijn, en in het bijzonder mag de toekenning van het statuut niet afhankelijk zijn van de plaats van vestiging. Voor zover de toewijzingscriteria toch gemakkelijker zouden kunnen worden vervuld door omroeporganisaties die op het nationale grondgebied zijn gevestigd, ondanks het feit dat zij zonder onderscheid van toepassing zijn, moeten zij noodzakelijk zijn wegens de inhoud van de uit te zenden programma's.

Het Hof stuurt de zaak terug naar de nationale verwijzende rechter.¹²

Zaak T-442/03, SIC

SIC (de 'Sociedade Independente de Comunicação, SA') is de Portugese commerciële televisiemaatschappij die heeft geklaagd bij de Commissie over vermeende staatssteun die zou zijn verleend aan RTP (de 'Radiotelevisão Portuguesa, SA'), de Portugese publieke televisieomroep. De Commissie heeft de klacht van SIC afgewezen.¹³ De maatregelen waarover was geklaagd vormden volgens de Commissie deels verenigbare steun onder artikel 86 lid 2 EG-Verdrag, en waren deels in het geheel geen steun. Van dit besluit ging SIC in beroep. Het Gerecht onderzoekt de grieven van SIC in twee delen. Als eerste onderzoekt het Gerecht de stelling van SIC dat een deel van de maatregelen die de Portugese overheid had genomen wel degelijk staatssteun vormden in de zin van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag. De middelen die met betrekking tot dit eerste deel worden aangevoerd zijn alle van klassiek staatssteunrechtelijke aard. Omdat het cultuurelement in de aan deze middelen gewijde overwegingen geen enkele rol speelt, worden zij hier niet verder besproken.¹⁴

In het tweede deel van de uitspraak gaat het Gerecht in op de stelling dat bepaalde andere maatregelen door de Commissie ten onrechte onder de uitzondering van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag waren gebracht. Om te beginnen kon

volgens SIC artikel 86 lid 2 EG-Verdrag niet worden toegepast omdat de gunning van de publieke opdracht op het gebied van televisie aan RTP had plaatsgevonden zonder dat een oproep tot mededinging was gedaan. Het Gerecht wijst op de drie voorwaarden voor toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag: (1) er moet sprake zijn van een duidelijk omschreven dienst van algemeen economisch belang; (2) een onderneming is uitdrukkelijk belast met het verlenen van deze dienst; en (3) de toepassing van de mededingingsregels moet een vervulling van de aan deze onderneming toevertrouwde taken verhinderen en de ontzetting van die regels mag het handelsverkeer niet beïnvloeden op een wijze die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. Vervolgens merkt het Gerecht op dat zelfs indien *in casu* een aanbesteding had moeten plaatsvinden, dit niet tot gevolg kan hebben dat de overheidsfinanciering van de aan RTP toevertrouwde d.a.e.b. als onverenigbare steun moet worden beschouwd. Het Gerecht voegt hier nog aan toe dat hoe dan ook een oproep tot mededinging niet vereist is. Hiertoe wijst het Gerecht op de mededeling over concessieovereenkomsten,¹⁵ waarin de specificiteit van de openbare omroep wordt erkend, en waarin een voorbehoud bij de omroepsector wordt gemaakt met betrekking tot de aanbestedingsplicht. De specificiteit van de openbare omroepsector volgt verder uit het Protocol van Amsterdam en de Resolutie van de Raad betreffende de publieke omroep.¹⁶

Een tweede argument van SIC kwam erop neer dat de Commissie artikel 86 lid 2 EG-Verdrag verkeerd zou hebben toegepast. SIC wees erop dat de Commissie, in haar mededeling inzake het omroepwezen,¹⁷ vier voorwaarden noemt voor de toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag: (1) een duidelijk omschreven d.a.e.b.; (2) daadwerkelijke verrichting van de d.a.e.b.; (3) onafhankelijk toezicht dat wordt uitgeoefend op de verrichting van de d.a.e.b.; en (4) een evenredige en transparante compensatie. Vervolgens stelde SIC dat een nationale overheid niet zou mogen kiezen voor een 'ruime' omschrijving van een d.a.e.b. in de omroepsector wanneer een onderneming ook commerciële omroepactiviteiten verricht, zoals het verkopen van advertentieruimte. Een te ruime omschrijving zou in dat geval het vereiste onafhankelijke toezicht ernstig belemmeren. Daar kwam nog bij, aldus SIC, dat de Commissie geen moeite had gedaan te verifiëren of het toezicht wel correct was uitgevoerd. Volgens SIC was dat niet het geval.

Het Gerecht herinnert aan de vaste jurisprudentie dat lidstaten een ruime discretie hebben bij het omschrijven van d.a.e.b.'s.¹⁸ Dat omroepactiviteiten het onderwerp van een d.a.e.b. kunnen zijn, is reeds erkend in *Sacchi*.¹⁹ Het Gemeenschapsrecht verzet zich niet tegen een ruime

12. De Belgische Raad van State heeft inmiddels uitspraak gedaan, en de ministeriële besluiten vernietigd. Zie zaak no. 185.399, *UPC*, arrest van 14 juli 2008.

13. Besschikking 2005/406/EG van 15 oktober 2003 inzake ad-hocmaatregelen die Portugal ten behoeve van RTP heeft uitgevoerd, Pb.EU 2005, L 142/1.

14. Het ging om bepaalde belastingvoordelen (betreffende registratierechten en kosten) die RTP zou hebben ontvangen bij de omvorming van RTP tot een NV; om een welwillende behandeling die RTP zou hebben ontvangen van Portugal Telecom bij de betaling voor bepaalde verleende diensten; en over een mogelijke, impliciete garantie van de Portugese overheid bij een obligatie-uitgifte door RTP.

15. Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het Communautaire recht, Pb.EG 2000, C121/2.

16. Pb.EG 1999, C 30/1.

17. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, Pb.EG 2001, C 320/5.

18. Zie bijvoorbeeld de ook in dit artikel besproken gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2/Danmark*, HvJ EG 22 oktober 2008.

19. HvJ EG 30 april 1974, zaak 155/73, *Sacchi*, *Jur.* 1974, p. 409, overweging 6.

omschrijving van omroepactiviteiten als d.a.e.b., en het feit dat de omroep aan wie de openbare omroeptaken worden toevertrouwd ook commerciële activiteiten verricht, zoals de verkoop van advertentieruimte, doet daaraan niet af. Het Gerecht wijst erop dat een andere opvatting de omschrijving van de d.a.e.b. afhankelijk zou maken van de gekozen financieringswijze ervan.

Wat betreft de grief dat de Commissie geen moeite had gedaan te verifiëren of de Portugese overheid voldoende toezicht had gehouden op de daadwerkelijke uitoefening van de aan RTP toevertrouwde omroeptaken merkt het Gerecht op dat deze uit twee delen bestaat: als eerste moet (a) worden nagegaan of toezicht is gehouden op de naleving van de gestelde kwaliteitsnormen; vervolgens moet (b) worden onderzocht of de diensten daadwerkelijk zijn verricht en of overeenstemming bestaat tussen de verrichte dienst en de verwachte kosten daarvan. Het Gerecht onderstreept het belang van kwaliteitsvoorwaarden. Deze vormen de bestaansreden voor de toekenning van d.a.e.b.'s op het gebied van de omroepactiviteiten. Echter, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel kunnen alleen de lidstaten beoordelen of de kwaliteitsnormen worden nageleefd. De Commissie moet zich dus in beginsel beperken tot een onderzoek of een mechanisme voor toezicht door een onafhankelijke instelling bestaat. Reden voor een nader onderzoek is er alleen wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat het toezichtmechanisme faalt.

Nu bleek *in casu* uit in de bestreden beschikking genoemde stukken dat de financiële verslagen betreffende de door RTP uitgeoefende publieke omroepdiensten niet altijd waren voorzien van een accountantsverklaring. Het Gerecht stelt dat dit een objectief zwak punt vormt in het toezicht waarvan de Commissie op de hoogte was. Het Gerecht laat zien dat de argumenten die de Commissie gebruikt om dit punt 'weg' te redeneren tegenstrijdig zijn. Volgens het Gerecht komt de stelling van de Commissie er in wezen op neer dat het feit dat geen toezicht heeft plaatsgevonden (althans geen accountantsverklaring is afgegeven) geen gevolgen heeft gehad voor de betrouwbaarheid van de gegevens, omdat het uitoefenen van toezicht altijd mogelijk was. Echter, bij het ontbreken van bewijs van stelselmatig extern toezicht kan de Commissie er niet van uitgaan dat de gegevens in de betreffende verslagen zonder accountantsverklaring betrouwbaar waren. Hoewel een dergelijke opmerking van een verzoekster op zichzelf niet doorslaggevend is (gezien de beperkte positie van verzoekers in staatssteunzaken), had de Commissie in een dergelijke context van onzekerheid toch om aanvullende informatie moeten vragen. Nu zij dit niet heeft gedaan, heeft de Commissie niet het nodige gedaan om alsnog in bezit te komen van voldoende betrouwbare gegevens, en kon zij dan ook niet op goede gronden tot de conclusie komen dat geen sprake was van overcompensatie van de aan de publieke omroepopdracht verbonden kosten. Het Gerecht vernietigt het besluit van de Commissie.

HvJ EG 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, TV2/Danmark

In mei 2004 verklaarde de Commissie dat de steun die Denemarken van 1995 tot 2002 had verleend aan TV2 in de vorm van omroepbijdragen en andere subsidies, verenigbaar was met de Gemeenschappelijke markt onder artikel 86 lid 2 EG-Verdrag, op een bedrag van 628,2 miljoen euro na.²⁰ Dit laatste bedrag was ten tijde van de hier besproken uitspraak van het Gerecht reeds terugbetaald. Tegen de beschikking van de Commissie werd echter beroep ingesteld door SBS en Viasat, twee Deense commerciële omroepen, en door TV2 en Denemarken. De Europese Radio Unie (ERU) is geïntervenieerd.

Als eerste gaat het Gerecht in op de kwalificatie van de openbare omroep als d.a.e.b. Volgens het Gerecht mogen lidstaten een d.a.e.b. op het gebied van de openbare omroep ruim omschrijven. Een d.a.e.b. kan derhalve betrekking hebben op het uitzenden van een breed geschaakt scala van programma's. Aan het d.a.e.b.-karakter wordt geen afbreuk gedaan door de uitoefening van commerciële activiteiten, zoals de verkoop van advertentieruimte, of doordat de uitoefening van de d.a.e.b. (deels) wordt gefinancierd uit reclame-inkomsten. Bovendien hoeft een omroep-d.a.e.b. niet beperkt te blijven tot het uitzenden van onrendabele programma's. Ook staat de onafhankelijkheid van de publieke omroeporganisaties bij het kiezen van hun programma's niet in de weg aan d.a.e.b.-status. Ten slotte stelt het Gerecht dat een vergelijking met de programma's van de commerciële zenders niet maatgevend mag zijn voor wat behoort tot de taak van de publieke zenders. Die opvatting komt er immers op neer dat de commerciële zenders zouden bepalen wat tot de openbare dienst zou behoren.

Terecht, aldus het Gerecht, heeft de Commissie de omroepbijdrage aangemerkt als staatsbijdrage. De hoogte van de omroepbijdrage wordt immers door de Deense overheid vastgesteld, de betalingsplicht vloeit voort uit het enkele bezit van een tv of een radio, de bijdrage wordt geïnd volgens de regels betreffende de inning van belastingen, en de Deense autoriteiten bepalen welk deel van de opbrengst aan TV2 toekomt. Echter, de Commissie had niet zonder nadere motivering de reclame-inkomsten, als staatsbijdrage, mogen samenvoegen met de omroepbijdrage, omdat de financiële grondslag van deze geldstroom een volledig andere is.

De Commissie beschouwde ook de door TV2 opgebouwde reserve als staatssteun, omdat deze niet voldeed aan de eisen van het tweede *Altmark*-criterium (objectieve en transparante compensatieparameters). De Commissie

20. Beschikking 2006/217/EG van de Commissie van 19 mei 2004, zaak NN22/02 – C2/2003, *TV2/Danmark*, Pb.EU 2006, L 85/1. Er werd ook beroep ingesteld tegen de Commissiebeschikking van 6 oktober 2004 in zaak N 313/2004 betreffende de herkapitalisatie van TV2/Danmark A/S, Pb.EU 2005, C 172/3. Dit beroep is ingetrokken.

was van mening dat deze reserve was opgebouwd door het eenvoudig en ongecontroleerd laten accumuleren van de overcompensaties die TV2 over de jaren had ontvangen. Het Gerecht verwerpt deze stelling. Het dossier bevat immers gegevens die na uitvoeriger analyse mogelijk tot een andere conclusie kunnen leiden. Het enkele feit dat het door de Deense overheid aangewezen toezichtsorgaan niet zelf de bevoegdheid heeft overcompensatie te voorkomen, kan nog niet de conclusie rechtvaardigen dat de Deense overheid in het geheel geen controle uitoefent. Verder, zo stelt het Gerecht, is de door de Commissie gestelde eis dat ook de opgebouwde reserves ‘transparant’ moeten zijn een zuivere formaliteit. Deze eis kan niet dienen als rechtvaardiging van een terugvordering van de reserve als overcompensatie, zonder nader onderzoek van de concrete specifieke omstandigheden waaronder het bedrag van de omroepbijdrage aan TV2 werd vastgesteld. Evenmin geldt het feit dat de reserve nog nooit is aangesproken als bewijs dat sprake is van staatssteun. Ten slotte wijst het Gerecht erop dat de Commissie in haar beschikking ten onrechte de eis heeft gesteld dat jaarlijks een begroting wordt overgelegd waarin het verband tussen de compensatie en de opgelegde dienstverrichting duidelijk wordt gemaakt. Een dergelijke eis wordt niet gesteld in *Altmark*.

Het Gerecht overweegt ook over het vierde *Altmark*-criterium (de kostenvergelijking met een goed beheerde onderneming). De Commissie had namelijk gesteld dat Denemarken geen vergelijkende analyse had gemaakt. Het Gerecht verwerpt deze stelling, omdat deze niet uit het dossier kan worden afgeleid. Integendeel, zo oordeelt het Gerecht, het dossier bevat wel degelijk economische analyses waarin ook TV2's concurrenten zijn betrokken. Het kan dan ook niet worden uitgesloten dat een preciezer onderzoek tot de conclusie voert dat Denemarken in de periode voor het opstellen van de *Altmark*-criteria (van 1995 tot 2002) de vierde voorwaarde in wezen reeds *avant la lettre* naleefde.

Zaak C-222/07, UTECA

Een Spaans Koninklijk Decreet²¹ bepaalde dat televisieomroepen die in hun programmering bioscoopfilms opnemen, jaarlijks ten minste 5% van hun totale inkomsten over het voorgaande boekjaar moesten aanwenden ten behoeve van de voorfinanciering van de productie van Europese bioscoopfilms en televisiefilms. 60% van deze financiering moest ten goede komen aan producties in een van de officiële talen van Spanje. UTECA (de *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas*, een vereniging van commerciële televisiezenders) stelde beroep in tegen het Decreet en in dit beroep werden drie prejudiciële vragen gesteld. Deze hadden achtereenvolgens betrekking op Richtlijn 89/552/EEG zoals gewijzigd bij richtlijn

97/36/EG (de ‘Televisierichtlijn’),²² het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van artikel 12 EG-Verdrag en de daarmee verbonden bepalingen van het vrij verkeer, en op het staatssteunverbod van artikel 87 EG-Verdrag.

Het Hof behandelt de eerste twee vragen tezamen, want het komt allereerst tot de conclusie dat de Televisierichtlijn op deze zaak niet van toepassing is. De vraag in hoeverre televisieomroepen kunnen worden verplicht bij te dragen aan de voorfinanciering van Europese films wordt niet geregeld in deze richtlijn. Wel bepaalt artikel 4 lid 1 van de Televisierichtlijn dat de lidstaten er voor zover mogelijk op toe zien dat omroeporganisaties het grootste deel van de zendtijd die zij niet aan informatie, sport, spel, reclame, teletekst en telewinkelen wijden, reserveren voor Europese producties. Verder bepaalt artikel 5 van de Richtlijn dat de lidstaten, telkens wanneer dat mogelijk is, erop toezien dat de omroeporganisaties ten minste 10% van hun zendtijd of programmabudget reserveren voor onafhankelijke Europese producties. Deze bepalingen stellen echter niets over verplichte investeringen in de productie van Europese films. Het Hof wijst op artikel 3 van de Richtlijn, dat stelt dat de lidstaten vrij blijven aan de onder hun bevoegdheid vallende televisieomroeporganisaties strengere of meer gedetailleerde eisen te stellen op de gebieden die onder deze richtlijn vallen. Voor zover de Televisierichtlijn van toepassing is, bevat deze dus geen volledige (totale) harmonisatie, maar minimumharmonisatie. In beginsel zijn de lidstaten bevoegd een maatregel betreffende de verplichte voorfinanciering van Europese films vast te stellen. Zij dienen daarbij wel de fundamentele verdragsvrijheden in acht te nemen.

Dit brengt het Hof bij de bepalingen van het vrij verkeer. Allereerst merkt het Hof op dat er geen aanwijzingen zijn dat de eis dat 5% van de inkomsten van omroeporganisaties moet worden besteed aan voorfinanciering van films leidt tot een beperking van een van de vrijheden van het verdrag. De eis dat 60% van dit bedrag moet worden besteed aan producties met als oorspronkelijke taal een van de officiële talen van Spanje vormt daarentegen wel een beperking, en wel van het vrij verkeer van diensten, de vrijheid van vestiging, het vrij verkeer van kapitaal en het vrij verkeer van werknemers. Zo'n beperking kan worden gerechtvaardigd op grond van dwingende redenen van algemeen belang, althans, voor zover die beperking geschikt is voor het bereiken van een gerechtvaardigd doel en niet verder gaat dan met het oog op dat doel noodzakelijk is.

De Spaanse overheid wees er in dit kader op dat de regeling berust op culturele overwegingen inzake de bescher-

21. Decreet 1652/2004 van 9 juli 2004.

22. 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, Pb.EG 1989, L 298/23, en 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.EG 1997, L 2002/60.

ming van de Spaanse meertaligheid.²³ Het Hof merkt op dat de bescherming of bevordering van een of meer van de officiële talen door zowel het Hof als de gemeenschapswetgever²⁴ als dwingende reden is erkend. Verder, zo oordeelt het Hof, is er niets in het dossier dat de conclusie zou wettigen dat 3% van de bedrijfsinkomsten van de omroeporganisaties (60% van 5%) een onevenredig bedrag vormt in het licht van deze doelstelling. Bovendien kan niet worden gesteld dat de regeling verder gaat dan nodig is, alleen maar omdat geen criteria voor de indeling van de betrokken filmproducties als ‘culturele producten’ zijn vastgesteld. Volgens het Hof bestaat er al een wezenlijke band tussen taal en cultuur. Het is daarom niet nodig de bescherming van de officiële talen van de lidstaat nog te combineren met andere culturele criteria om een beperking van een van de Verdragsvrijheden te kunnen rechtvaardigen.

De regeling gaat evenmin verder dan noodzakelijk enkel omdat de ontvangers van de betrokken geldstromen naar verwachting voornamelijk in Spanje gevestigde filmproducenten zullen zijn.²⁵ Het voordeel voor filmproducenten die werken in de beschermde en ondersteunde taal lijkt inherent te zijn aan het doel van de maatregel. Op zich is dat geen bewijs van onevenredigheid, en een andere opvatting zou aan de erkenning van de bescherming en bevordering van de officiële talen als dwingende reden elke zin ontnemen.

Over het algemene discriminatieverbod van artikel 12 EG-Verdrag merkt het Hof op dat dit artikel alleen autonoom kan worden toegepast in situaties die onder het gemeenschapsrecht vallen, maar waarvoor in het Verdrag geen specifiek discriminatieverbod is opgenomen. In die specifieke gevallen zijn de artikelen 39, 43, 49 en 56 EG-Verdrag van toepassing. Wanneer geen strijd bestaat met deze artikelen kan evenmin strijd bestaan met artikel 12 EG-Verdrag.

Ten slotte gaat het Hof in op de vraag of de verplichte investering in filmproducties kan worden beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 87 EG-Verdrag. Hierover is het Hof kort. Er is geen sprake van staatssteun, omdat het voordeel dat wordt verschaft aan de Spaanse filmindustrie niet rechtstreeks van de staat of een door de staat ingesteld of aangewezen lichaam komt. Het voordeel vloeit voort uit een algemene regeling die, voor zover zij ook van toepassing is op openbare televisieomroepen, niet afhankelijk is van staatstoezicht of aanwijzingen van de overheid.²⁶

23. De Nederlandse vertaling van het arrest heeft het over de ‘verdediging’ van de Spaanse meertaligheid. De Engelse tekst spreekt van *defending and promoting*, de Franse van *de défendre et de promouvoir*.

24. Zie de 26^{ste} overweging van Richtlijn 89/552/EEG, en de 44^{ste} overweging van Richtlijn 97/36/EG.

25. Zie ook de conclusie van A-G Kokott in HvJ EG 4 september 2008, zaak C-222/07, *UTECA*, Pb.EG C102/004, overweging 110.

26. Het Hof maakt hier een analogie met HvJ EG 2 februari 1988, gevoegde zaken 67/85, 68/85 en 70/85, *Van der Kooy*, Jur. 1988, p. 219.

Zaak C-531/07, LIBRO

Op grond van het *Bundesgesetz über die Preisbindung bei Büchern* (‘BPrBG’ of de ‘Oostenrijkse boekenprijswet’) moest in Oostenrijk de eindprijs van boeken en muziekuitgaven verplicht worden vastgesteld door de uitgever of importeur. Hierbij mocht de importeur geen prijs vaststellen die lager was dan de prijs die de uitgever had vastgesteld of aanbevolen voor de staat van uitgifte (of voor Oostenrijk indien de uitgever was gevestigd buiten de EER). Een eventueel verkregen prijsvoordeel mocht de importeur op evenredige wijze doorgeven. Eindverkopers mochten de vastgestelde of aanbevolen eindprijs verlagen met maximaal 5%, maar mochten daarvoor geen reclame maken. Een uitzondering gold voor boeken waarvan de eindprijs al meer dan 24 maanden geleden was bekend gemaakt en die meer dan zes maanden geleden waren geleverd.

De Oostenrijkse boekenprijswet was in de plaats gekomen van de zogenoemde *Sammelrevers* die gold tot 30 juni 2000. De *Sammelrevers* was een systeem voor de vaststelling van de verkoopprijs van Duitstalige boeken in Duitsland en Oostenrijk. Dit systeem berustte op een reeks standaardcontracten die werden gesloten tussen de Duitse en Oostenrijkse uitgevers en boekhandelaren. Het *Sammelrevers* was nog onder Verordening 17 als kartel aangemeld bij de Commissie. Die had geëist dat de Oostenrijkse uitgevers uit het systeem zouden stappen en dat alle grensoverschrijdende gevolgen zouden worden opgeheven. Voor de nieuwe versie van het *Sammelrevers*, die beperkt bleef tot Duitsland, is vervolgens door de Commissie een negatieve verklaring afgegeven.²⁷ Vervolgens is in Oostenrijk het conflict ontstaan tussen LIBRO, een boekhandel en het *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft* over de Oostenrijkse boekenprijswet. LIBRO had reclame gemaakt voor de verkoop van in Duitsland uitgegeven boeken tegen lagere prijzen dan volgens de Oostenrijkse boekenprijswet was toegestaan. Het *Fachverband* eiste van LIBRO dat zij zich zou onthouden van het maken van de betreffende reclame. De rechter in eerste aanleg willigde de eis van het *Fachverband* in, en deze uitspraak werd in hoger beroep bevestigd. Volgens de rechter in hoger beroep was:

‘de vaste boekenprijs, zelfs indien zij een met artikel 28 EG strijdige beperking van het vrije verkeer van goederen vormt, gerechtvaardigd (...) om culturele redenen en door de noodzaak om de pluraliteit van de media te handhaven.’

LIBRO stelde beroep in *Revision* in bij het *oberste Gerichtshof*, dat drie prejudiciële vragen stelde. De eerste twee vragen handelden over het vrij verkeer van goederen, en de derde vraag had de ‘trits’ van de artikelen 3 lid 1 sub g, 10 en 81 EG-Verdrag als onderwerp.

Als eerste gaat het Hof in op de vraag of sprake is van een invoerbeperking in de zin van artikel 28 EG-Verdrag. Het

27. Zaken COMP/34.657 *Sammelrevers* en COMP/35.245 – 35.251 *Einzelreverse*, Pb.EG 2000, C 162/25.

Hof past het toetsingskader van de zaken *Dassonville*²⁸ en *Keck*²⁹ toe. De stelling van het Fachverband dat de BPrBG een verkoopmodaliteit zonder onderscheid is, omdat de vaststelling van de verplichte eindprijs zou gelden voor alle Duitstalige boeken ongeacht hun herkomst, wordt door het Hof niet gevolgd. Het Hof merkt om te beginnen op dat de prejudiciële vragen alleen betrekking hebben op dat deel van de BPrBG dat ziet op ingevoerde boeken. Het Hof overweegt verder dat voor zover de BPrBG niet de kenmerken van de verhandelde producten betreft, maar alleen de voorwaarden waaronder deze kunnen worden verkocht, de regeling inderdaad moet worden beschouwd als een verkoopmodaliteit in de zin van de zaak *Keck*. Vervolgens stelt het Hof vast dat ingevoerde boeken wel degelijk minder gunstig worden behandeld dan in Oostenrijk uitgegeven boeken, omdat Oostenrijkse importeurs en buitenlandse uitgever van Duitstalige boeken niet de mogelijkheid hebben om minimumprijzen vast te stellen op een niveau dat rekening houdt met de specifieke kenmerken van de Oostenrijkse markt, terwijl Oostenrijkse uitgever die mogelijkheid wel hebben. Daarmee voldoet de Oostenrijkse boekenprijsregeling niet aan de voorwaarden van het arrest *Keck*, en valt zij niet buiten het bereik van het verbod van artikel 28 EG-Verdrag.

De Duitse regering voerde nog aan dat de Duitse en Oostenrijkse boekenmarkten moesten worden beschouwd als één markt, en niet als autonoom. Het Hof volgt ook dit argument niet. Zelfs als sprake zou zijn van één markt, kan nog niet worden uitgesloten dat de regeling het concurrentievermogen van de Oostenrijkse importeurs kan beperken. Zij kunnen in hun markt immers hoe dan ook niet vrij handelen, waar de Oostenrijkse uitgever – hun rechtstreekse concurrenten – dat wel kunnen. Het *Fachverband* en de Oostenrijkse overheid wezen er dan nog op dat het BPrBG de importeur toestond een lagere prijs toe te passen wanneer die overeenkwam met een verworven handelsvoordeel, en de eindverkoper toestond een korting van 5 procent op de vastgestelde of aanbevolen prijs toe te passen. Maar LIBRO wees erop dat het heel vaak niet mogelijk was te achterhalen wat de prijs was die door de groot- en detailhandel voor boeken werd betaald, omdat dit veelal werd beschouwd als een bedrijfsgeheim. Dit maakte het *de facto* onmogelijk behaalde voordelen te berekenen en als evenredige korting door te geven. Het Hof oordeelt dan ook dat de kortingsregel de importeur nog steeds niet vrij laat voor alle ingevoerde boeken een prijs vast te stellen die lager is dan is vastgesteld in de staat van uitgifte, omdat de korting alleen mag worden toegepast op de boeken die tegen een gunstigere prijs zijn gekocht. Evenmin betekent de mogelijkheid voor de eindverkoper de prijs met 5% te verlagen nog niet dat alle ondernemingen in de verschillende handelsfasen vrij zijn de prijs van ingevoerde Duitstalige boeken vast te stellen, omdat die mogelijkheid alleen geldt voor de verkoop aan eindverbruikers en voor zo'n korting geen reclame mag worden gemaakt. Deze stellingen doen het Hof dan ook

niet van mening veranderen, en het oordeel blijft dat de Oostenrijkse wet op de boekenprijs moet worden beschouwd als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepijking in de zin van artikel 28 EG-Verdrag.

Vervolgens komt de vraag naar een mogelijke rechtvaardigingsgrond aan bod. De Oostenrijkse regering wees erop dat zonder een minimumprijs voor boeken de winstmarges van de 'voor een breed publiek bestemde boeken', de bestsellers, onder druk zouden komen, waardoor de inhoudelijk veeleisender, maar economisch minder aantrekkelijke titels niet meer gefinancierd zouden kunnen worden. Dit zou ertoe leiden dat kleine boekhandelaren met een uitgebreid assortiment van de markt werden gedreven door grote boekhandelaren met een voornamelijk commercieel assortiment. Gezien de geringe concentratie van de Oostenrijkse boekenmarkt en de grote invoer van boeken uit Duitsland achtte Oostenrijk de boekenprijsmaatregel dan ook evenredig aan het doel. Het Hof veegt deze redenering echter meteen en resoluut van tafel. Immers, de doelstellingen waarnaar wordt verwezen, waaronder de bescherming van het boek als cultuuro goed, kunnen geen rechtvaardigingsgrond onder artikel 30 EG-Verdrag vormen. Culturele verscheidenheid in algemene zin valt niet onder de 'bescherming van het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit' in de zin van dit artikel, en ook artikel 151 EG-Verdrag, betreffende het communautaire cultuurbeleid, creëert geen rechtvaardigingsgrond voor handelsbeperkende nationale maatregelen. De bescherming van boeken als cultuuro goed kan volgens het Hof alleen worden aangemerkt als een dwingend vereiste van algemeen belang in de zin van de *Cassis de Dijon*-jurisprudentie.³⁰ Zoals bekend kan een dergelijk vereiste een belemmering van het vrij verkeer rechtvaardigen, mits die belemmering geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaat dan noodzakelijk. In dit geval, zo merkt het Hof ten overvloede op, kan de doelstelling het boek als cultuuro goed te beschermen met minder belemmerende en minder restrictieve maatregelen worden bereikt. Het zou bijvoorbeeld mogelijk zijn een buitenlandse uitgever toe te staan een aparte verkoopprijs voor de Oostenrijkse markt vast te stellen die met de kenmerken van die markt rekening houdt. De Oostenrijkse wet op de vast(gesteld)e boekenprijs vormt derhalve geen gerechtvaardigde belemmering. Het Hof oordeelt dat de derde vraag van het *oberste Gerichtshof*, over de 'trits', niet meer hoeft te worden beantwoord.

Opmerkingen

Bescherming van culturele waarden, het vrij verkeer en het verbod van discriminatie

Uit de zaken *UPC*, *UTECA*, en *LIBRO* blijkt eens te meer dat het cultuurbelang door het Hof wordt getoetst binnen precies hetzelfde toetsingskader als iedere andere reden van algemeen belang. Toch leveren deze arresten

28. HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74, *Dassonville*, *Jur.* 1974, p. 773.

29. HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, *Jur.* 1993, p. I-6097.

30. HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, *Cassis de Dijon*, *Jur.* 1979, p. 649.

een aantal interessante overwegingen op die specifiek zijn voor het cultuurbelang.

Ten eerste is interessant, in navolging van het Hof, de kennelijke kwalificatie van de Oostenrijkse vaste boekenprijs als een verkoopmodaliteit in de zin van de zaak *Keck*³¹ te vergelijken met de aanpak van het Hof in de zaak *Leclerc*.³² In deze laatste zaak stoomde het Hof direct door naar een toetsing onder artikel 36 EEG-Verdrag ('oud' 30 EG-Verdrag). De *Keck*-jurisprudentie was destijds nog niet ontwikkeld. Maar net als in *LIBRO* creëerde de bestreden wetgeving in de zaak *Leclerc* een apart regime voor ingevoerde boeken.³³ Deze wetgeving kon om die reden dus niet onder de *rule of reason* van *Cassis de Dijon* worden gebracht. Het eindresultaat was dan ook hetzelfde: ook in *Leclerc* oordeelde het Hof dat de aangehaalde rechtvaardigingsgronden (te weten de bescherming van de consument, van het boek als cultuurdrager, en van de creativiteit en de culturele diversiteit in de boekensector) geen plaats hadden onder artikel 36 EEG-Verdrag.

Ten tweede is de invulling van het 'zonder onderscheid'-criterium in de zaak *UPC* opmerkelijk. Het Hof creëert heel bewust ruimte voor lokale omstandigheden. Immers, zelfs als 'zonder onderscheid'-vereisten voor de toekenning van een *must-carry*-statuut gemakkelijker zouden kunnen worden vervuld door omroeporganisaties die op het nationale grondgebied zijn gevestigd, is dit geen belemmering van het dienstenverkeer – althans niet voor zover die eisen noodzakelijk zijn. Hiermee wordt duidelijk dat de 'zonder onderscheid'-eis niet hetzelfde is als de toets van verkapte discriminatie die wordt uitgevoerd onder *Keck*. Onder *Keck* wordt nog aanvullend getoetst of de verkoopmodaliteit zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten en producten uit andere lidstaten. Zover gaat de 'zonder onderscheid'-toets niet. Uit de opzet van de *rule of reason* volgt verder dat de 'zonder onderscheid'-eis ook niet hetzelfde is als de inhoudelijke toets van materiële discriminatie. De inhoudelijke, materiële toets volgt

immers na de 'zonder onderscheid'-eis.³⁴ Wat overblijft voor de 'zonder onderscheid'-toets is slechts de toets of de betreffende regeling op formele (aan nationaliteit en herkomst gerelateerde) gronden leidt tot een verschillende toepassing (of zo men wil 'regelingsmodaliteit') ten aanzien van nationale producten en producten uit andere lidstaten. Daarbij wordt niet ingegaan op de feitelijke gevolgen van die regeling voor de verhandeling van de producten of diensten. Dit verschil lijkt subtiel, maar dat het in de praktijk wel degelijk gevolgen heeft, blijkt uit *UPC*. Daar blijkt dat de 'zonder onderscheid'-toets nog ruimte laat voor een *de facto* nadeligere behandeling van personen die zijn gevestigd in een andere lidstaat voor zover die het gevolg zijn van lokale, onvermijdelijke omstandigheden. Dit zou onder een *Keck*-toets niet mogelijk zijn. Daar staat dan wel weer tegenover dat de betreffende nadeligere behandeling die mogelijk blijft onder de 'zonder onderscheid'-toets alsnog door de mangel van de inhoudelijke *rule of reason* wordt gehaald. Die *follow-up* blijft bij de *Keck*-toets achterwege.

Overigens moet, alle convergentie tussen de verdragsvrijheden ten spijt, natuurlijk niet worden vergeten dat de zaak *UPC* speelt in een context van vrij dienstenverkeer, terwijl de *Keck*-toets (tot dusver) slechts wordt toegepast met betrekking tot de verhandeling van goederen.

In de zaak *UTECA* wordt de door het Hof in *UPC* ingeslagen lijn verder doorgetrokken.³⁵ Het Hof laat zien dat het cultuurbelang aan lokale omstandigheden gerelateerde criteria kan rechtvaardigen, zelfs als daardoor lokale spelers in een voorkeurspositie worden gebracht. Deze lokale criteria moeten wel voldoen aan de strenge eis dat zij noodzakelijk moeten zijn voor het bereiken van het te beschermen cultuurbelang. We kunnen uit *UPC* en *UTECA* afleiden dat 'lokaal en nationaal nieuws' en 'taal' tot dergelijke lokale culturele criteria kunnen worden gerekend. Over taal zegt het Hof in *UTECA* dan ook dat dit criterium een 'wezenlijke band' heeft met cultuur, en dat het voordeel dat lokale (film)producenten hebben bij het werken in de beschermde en ondersteunende taal 'inherent' is aan het doel van de culturele bevorderingsmaatregel. Deze redenering doet mij denken aan de zaak *Campus Oil*. Deze parallel lijkt op het eerste gezicht mischien wat ver gezocht, maar net als in *Campus Oil* wordt ook in *UTECA* het principe doorbroken dat de lidstaten geen economische maatregelen onder de *rule of reason* of

31. HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, *Jur.* 1993, p. I-6097. Dat (relatieve) prijsmaatregelen in de categorie van verkoopmodaliteiten vallen, is overigens al langere tijd duidelijk. De zaak *Keck* zelf ging over een prijsmaatregel (verbod van verkoop met verlies). De *Keck*-toets (in wezen een toets op verkapte discriminatie), is bovendien ook de toets die werd uitgevoerd met betrekking tot de prijsmaatregel in *Belgacom* (een verbod van verkoop met een zeer beperkte winstmarge; HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-63/94, *Belgacom*, *Jur.* 1995, p. I-2467).

32. HvJ EG 10 januari 1985, zaak 229/83, *Leclerc*, *Jur.* 1985, p. 1. In overweging 22 van *LIBRO*, aan het eind van de *Keck*-toets, verwijst het Hof naar *Leclerc*.

33. Voor ingevoerde boeken moest de importeur die de formaliteit van het wettelijk depot vervulde (de voornaamste dephouder) een verkoopprijs vaststellen, en iedere andere importeur van dat boek moest die prijs volgen (en was dus niet meer vrij zelf een passende prijs te kiezen of zijn kostenvoordeel door te geven), terwijl de importeur zich in een andere handelsfase bevond dan de Franse uitgever die de prijs moesten vaststellen voor boeken die in Frankrijk werden geproduceerd.

34. En wel onder de drie-eenheid van de proportionaliteitstoets (geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid). Zie de conclusie van A-G Van Gerven in HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-312/89, *Conforama*, *Jur.* 1991, p. I-997, op p. I-1016; zie ook P. Craig en G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: University Press 2008, p. 372 e.v.; J.H. Jans, 'Evenredigheid: ja, maar waar tussen? Een aantal opmerkingen over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in het kader van de artikelen 30, 34 en 36 E(EG)-Verdrag', *SEW* 1992, p. 751-770; en J.H. Jans, 'Evenredigheid Revisited', *SEW* 2000, p. 270-282. Zie ook de conclusie van A-G Póitres Maduro in HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-434/04, *Ahokainen*, *Jur.* 2006, I-09171, overweging 23 e.v.

35. In *UTECA* verwijst het Hof voor de uiteindelijke toetsing van de aangevochten regeling immers niet terug naar de nationale rechter, zoals in *UPC*, maar voert de inhoudelijke toetsing onder de *rule of reason* zelf uit.

artikel 30 EG-Verdrag kunnen rechtvaardigen.³⁶ *Campus Oil* leert dat als de rechtvaardiging van een maatregel onder artikel 30 EG-Verdrag eenmaal vaststaat, de toepassing van dat artikel niet meer wordt uitgesloten door de omstandigheid dat met de regeling ook andere doelen, eventueel van economische aard, kunnen worden bereikt.³⁷ Volgens het Hof gaat in *Campus Oil* de bescherming van de openbare veiligheid (*i.e.* de goede werking van de economie, maar vooral ook het functioneren van de belangrijkste overheidsdiensten en instellingen en zelfs het overleven van de bevolking) door het in stand houden van een nationale raffinagecapaciteit ‘verder (...) dan overwegingen van zuiver economische aard.’³⁸ De redenering die het Hof volgt in *UTECA* lijkt anders, maar komt uiteindelijk op hetzelfde neer. In *UTECA* overweegt het Hof immers dat het (economische) voordeel dat filmproducenten die werken in de beschermde en ondersteunde taal ‘inherent’ is aan het doel van de maatregel. Dit impliceert dat het Hof van oordeel is dat het culturele doel ruimer is en het economische doel omvat – dus ‘verder gaat.’ Het is als een blokkenpiramide: in de grotere kubussen passen alleen kleinere kubussen – andersom gaat het niet. Het Hof is dus kennelijk van oordeel dat de culturele doelstelling die met het Spaanse Decreet wordt nagestreefd (de bescherming van de Spaanse meertaligheid) in dit geval de ‘verdergaande’ doelstelling vormt. Uit *UPC* blijkt dat het ‘inherent discriminerend effect’ wel een rol speelt bij de beoordeling of sprake is van een belemmering van het vrij verkeer onder de *Dassonville*-toets,³⁹ maar dat dit effect geen bewijs is van de onevenredigheid van een gerechtvaardigde maatregel. Daarmee kunnen *UPC* en *UTECA* worden gezien als mooie voortzettingen van de zaak *Groener*.⁴⁰

Overigens volgde reeds uit *Groener* dat de randvoorwaarden van een regeling goed in de gaten moeten worden gehouden. Eventuele bijkomende of uitvoeringsvoorwaarden die niet taalgerelateerd zijn, mogen niet leiden tot een nog verdere versterking van het discriminerende effect. In *UPC* is goed te zien tot welk detail het Hof gaat

bij het beoordelen van deze bijkomende voorwaarden. De procedure voor het toekennen van het *must-carry*-statuut moet transparant zijn, de eisen moeten vooraf bekend zijn, slechts een beperkt aantal zenders mag in aanmerking komen (althans niet meer zenders dan noodzakelijk), en de lidstaten moeten ook inhoudelijk eisen stellen aan de programma’s die door de uitverkoren zenders worden uitgezonden. Ten aanzien van deze inhoudelijke eisen klinken ook in *UTECA* nog echo’s na, ditmaal uit de zaak *Fedicine*.⁴¹ Daar beoordeelde het Hof ook al een regeling die de productie van Spaanse films moest bevorderen. Distributeurs van films die niet-Spaanse films wilden nasynchroniseren in een van de officiële talen van Spanje kregen daarvoor slechts toestemming wanneer zij per minimaal één en maximaal vier nagesynchroniseerde films ook tenminste één Spaanse film distribueerden. De Spaanse overheid was van mening deze regeling te kunnen rechtvaardigen als een culturele maatregel. Het Hof wees er echter op dat de maatregel in het geheel geen criteria bevatte om Spaanse films op hun culturele waarde te beoordelen. In *UTECA* vond het Hof het daarentegen niet nodig dat het abstracte culturele belang nader werd onderbouwd met concrete criteria om de culturele waarde van de beschermde en gepromote films te kunnen beoordelen. Het is geruststellend dat ook het Hof een aanhanger is van het *de gustibus*-beginsel, en dat het zich verre houdt van de discussie over wat wel en wat niet moet worden beschouwd als cultuur. Uiteindelijk hoefde het Hof zich in *UTECA* niet in een discussie over goede smaak te mengen, omdat daar (in tegenstelling tot *Fedicine*) wordt aangeknoopt bij de taal die, zoals al gesteld, ‘inherent’ cultureel is.

Ten slotte vraag ik me ook bij deze zaken weer af wat er toch gebeurt met het derde beginsel van de proportionaliteitstoets, de evenredigheid. Er zijn niet veel zaken waar het Hof deze ruime evenredigheidstoets toepast.⁴² In de meeste gevallen zou zo’n toets waarschijnlijk niet zo heel veel toevoegen. Toch zou het naar mijn mening zuiverder zijn, en wellicht zelfs voor enige verrassingen kunnen zorgen dit beginsel toch eens wat vaker recht te doen.

36. Waarmee dit naar mijn mening (pas) de tweede zaak wordt waarin het Hof deze nuancing duidelijk aanbrengt: vgl. ook P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 546. Op deze plaats wordt nog verwezen naar HvJ EG 13 januari 2000, zaak C-254/98, *Heimdienst Sass*, *Jur.* 2000, p. I-00151, dat ook een opening lijkt te maken voor bepaalde maatregelen die meer dan zuiver economische doelstellingen nastreven, *in casu* verband houdende met de bevoorrading van vrij afgelegen gebieden. In deze zaak werd de betreffende bevoorradingsmaatregel echter in strijd geacht met artikel 28 EG-Verdrag, ondanks het feit dat niet kon worden uitgesloten: ‘dat de noodzakelijke voorkoming van een verslechtering van de omstandigheden waarin bevoorrading ter plekke in vrij afgelegen gebieden van een lidstaat kan plaatsvinden, in bepaalde gevallen een belemmering van het intracommunautaire handelsverkeer kan rechtvaardigen.’ (Zie overweging 34.) Dit lijkt mij eerder een vooruitwijzing naar een mogelijke erkenning van het belang van een goede bevoorrading in afgelegen gebieden als niet-economisch belang onder de *rule of reason*.

37. HvJ EG 10 juli 1984, zaak 72/83, *Campus Oil*, *Jur.* 1984, p. 2727.

38. Zie HvJ EG 10 juli 1984, zaak 72/83, *Campus Oil*, *Jur.* 1984, p. 2727, overweging 35.

39. Zie HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74, zaak 8/74, *Dassonville*, *Jur.* 1974, p. 837.

40. HvJ 28 november 1989, zaak C-379/87, *Groener*, *Jur.* 1989, p. 3967.

41. HvJ EG 4 mei 1993, zaak C-17/92, *Fedicine*, *Jur.* 1993, p. I-2239.

42. Een goed voorbeeld biedt HvJ EG 20 september 1988, zaak 302/86, *Commissie v. Denemarken*, *Jur.* 1988 p. 4607, overwegingen 20 en 21, waar het Hof overwoog: ‘Het is stellig juist, dat het retourstelsel voor goedgekeurde verpakkingen de grootst mogelijke mate van hergebruik en dus een zeer merkbare bescherming van het milieu waarborgt (...). Niettemin is ook het retourstelsel voor niet-goedgekeurde verpakkingen een geschikt middel tot milieubescherming, waarbij moet worden opgemerkt dat het, voor zover het de invoer betreft, slechts geldt voor een – in verhouding tot het totale drankverbruik in Denemarken – kleine hoeveelheid dranken, doordat het vereiste dat de verpakkingen moeten worden teruggenomen, de invoer afremt. Onder deze omstandigheden is een beperking van de hoeveelheid producten die door de importeurs in de handel kunnen worden gebracht, onevenredig met het nagestreefde doel.’ In dezelfde lijn redeneerde A-G Slynn: ‘(...) Er moet een afweging van belangen plaatsvinden tussen het vrij verkeer van goederen en de bescherming van het milieu, ook wanneer het ter bereiking van het juiste evenwicht noodzakelijk is, de hoge standaard van de beoogde bescherming te verlagen. Het niveau van de nagestreefde bescherming moet redelijk zijn (...).’

Culturele waarden en mededinging

In *LIBRO* werd het argument aangevoerd dat de Oostenrijkse nationale boekenprijsmaatregel in strijd was met de ‘trits’ van artikel 3 sub g, artikel 10 tweede alinea en artikel 81 lid 1 EG-Verdrag. Het Hof ging op dit argument niet in, maar de advocaat-generaal deed dat wel. Hij verwees naar de zaak *Leclerc*. In die zaak stelt het Hof twee voorwaarden, waaronder een nationale regeling voor vaste boekenprijzen buiten het bereik van artikel 81 EG-Verdrag valt. Ten eerste moet de nationale regeling een zuiver nationaal systeem van vaste boekenprijzen behelzen. Ten tweede mag de nationale regeling niet in strijd zijn met andere bepalingen van het EG-Verdrag, met name niet met die betreffende het vrij verkeer van goederen.

Nu is een inbreuk op artikel 28 EG-Verdrag in de zaak *LIBRO* reeds vastgesteld. Toch gaat de advocaat-generaal in zijn advies nog op de eerste hiervoor genoemde voorwaarde in, het zuiver nationale stelsel. Hij merkt op dat uit *Leclerc* volgt dat ook sprake kan zijn van een nationaal systeem van vaste boekenprijzen wanneer dat systeem mede boeken uit andere lidstaten omvat. Hierbij maakt het voor de toepassing van artikel 10 EG-Verdrag niet uit of de eindprijs van de ingevoerde boeken wordt vastgesteld door de binnenlandse importeur of door de uitgever in een andere lidstaat. Het verschil tussen *Leclerc* en *LIBRO* is, dat in *LIBRO* de Oostenrijkse eindprijs voor Duitse boeken afhankelijk was van de Duitse eindprijs, terwijl in *Leclerc* de detailhandelsprijs voor Frankrijk in principe vrij was.⁴³ Onder die omstandigheid twijfelt de A-G eraan of wel sprake kan zijn van een zuiver nationaal systeem. Dit lijkt mij inderdaad een gerechtvaardigde twijfel.

Cultuur als dienst van algemeen economisch belang

Het is vaststaande jurisprudentie dat omroepactiviteiten het onderwerp van een d.a.e.b. kunnen zijn. De zaken *SIC* en *TV2/Danmark* maken dat nog eens duidelijk. De lidstaten hebben bovendien een ruime discretie bij het omschrijven van een eventuele d.a.e.b. in de omroepsector. Ook wanneer een omroep een breed geschakeerd scala van programma's uitzendt dat voor de grote massa van kijkers interessant is of naast de openbare dienst ook commerciële activiteiten verricht, zoals het uitzenden van reclame, kan sprake zijn van een d.a.e.b.-opdracht. De uitgezonden programma's behoeven niet te worden beperkt tot onrendabele programma's. En ook het feit dat de d.a.e.b. (deels) wordt gefinancierd uit met commerciële activiteiten verworven inkomsten doet aan het d.a.e.b.-karakter van de dienst niet af. Het karakter van een d.a.e.b. mag niet afhangen van de programmakeuze van de commerciële zenders die de rendabele krenten uit de pap pikken, of van het gekozen financieringsmodel, omdat anders de vrijheid van de lidstaten bij het omschrijven van de d.a.e.b. te veel wordt beperkt.

Ook het feit dat de d.a.e.b.-omroep onafhankelijk is bij het bepalen van haar programma doet niet af aan het d.a.e.b.-karakter van een openbare opdracht. Echter, de uitspraak

van het Gerecht in *SIC* maakt duidelijk dat wel sprake moet zijn van toezicht op de gestelde kwaliteitsnormen. Dergelijke kwaliteitsnormen vormen volgens het Gerecht de bestaansreden voor de toekenning van d.a.e.b.'s met betrekking tot omroepdiensten. Hoewel aan deze kwaliteitsnormen op grond van het subsidiariteitsbeginsel in principe geen inhoudelijke eisen kunnen worden gesteld – dit is een bevoegdheid van de lidstaten – zal het toezicht wel moeten voldoen aan de regels en beginselen van het EG-recht. De uitspraken in *Fedicine* en *UTECA* maken wat dit betreft alvast duidelijk dat kwaliteitseisen in ieder geval duidelijk gerelateerd moeten zijn aan de gestelde doelstellingen (van culturele of aan de pluriformiteit gerelateerde aard) en geen vermijdbaar discriminerend effect mogen hebben.

Nog enige opmerkingen over de ‘must-carry’-verplichting

Het *UPC*-arrest laat (helaas) veel vragen met betrekking tot de *must-carry*-verplichting onbeantwoord. Hetzelfde geldt voor artikel 31 van de Universeledienstenrichtlijn,⁴⁴ dat inmiddels van toepassing is geworden op het toekennen van de *must-carry*-status. Echter, wanneer dit artikel wordt aangevuld met de steeds verder uitgekristalliseerde proportionaliteitstoets,⁴⁵ kunnen de grenzen aan de bevoegdheden van de lidstaten met betrekking tot het toekennen van het ‘*must-carry*’-statuut wellicht nog wat strakker worden getrokken.

Om te beginnen volgt uit de jurisprudentie dat lidstaten bij een cultuur- en pluriformiteitsgerelateerd beleid inhoudelijke voorwaarden mogen stellen. Zoals ook blijkt uit de hier besproken uitspraken, zullen die voorwaarden strikt aan de beoogde doelstelling gerelateerd moeten zijn en niet tot vermijdbare discriminatie mogen leiden. Uit artikel 31 UDR en het geschiktheids criterium volgt naar mijn mening dat een zender met een *must-carry*-status in ieder geval een minimale effectiviteit moet bereiken. Een zender moet dus een minimale hoeveelheid publiek trekken.⁴⁶ Wat in dit kader een minimaal kijkcijfer is, zal moeten afhangen van de specifieke doelstelling en de

44. Artikel 31 lid 1 UDR luidt als volgt: ‘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.’ Lid 2 van het artikel luidt: ‘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.’

45. Zoals al wordt gesuggereerd door de laatste zin van artikel 31 lid 1 UDR, die een duidelijke verwijzing naar het proportionaliteitsbeginsel bevat.

46. Artikel 31 UDR stelt immers dat het netwerk dat de *must-carry*-verplichting krijgt opgelegd voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel moet zijn om radio- en televisie-uitzendingen te ontvangen.

43. Tenzij er sprake was van wederimport via een U-bocht constructie.

beoogde doelgroep. Duidelijk lijkt mij dat wanneer een omroepinstelling er over een langere periode, consistent niet in slaagt een beoogd publiek van een redelijke omvang te trekken, deze omroepinstelling kennelijk niet kan worden beschouwd als een geschikt middel voor het verwezenlijken van het beoogde cultuurbelang. Het omgekeerde geldt niet automatisch. Het is niet zo dat omdat een omroep een zeer grote groep kijkers trekt, deze niet meer kan worden beschouwd als een kanaal dat van belang is voor de bescherming of bevordering van de cultuur, de officiële of nationale taal of het pluralisme. De inhoud van de uitgezonden programma's doet wel degelijk ter zake. Uit het noodzakelijkheidsbeginsel laat zich verder nog afleiden dat de gestelde criteria niet mogen leiden tot 'bijvangst' van zenders die duidelijk niet de cultuur, de officiële of nationale taal of de pluriformiteit beschermen of bevorderen.

Ook uit het proportionaliteitsbeginsel laten zich meer concrete grenzen afleiden. Het eist dat de negatieve effecten van een bepaalde nationale maatregel ter bevordering of bescherming van een doel van algemeen belang (de schade aan andere belangen en met name het correct functioneren van de Interne Markt) tenminste worden gecompenseerd door de positieve effecten van die maatregel (het daadwerkelijk bereikte beschermingsniveau). Dit betekent dat lidstaten het beschermingsniveau niet op een zodanig (te) hoog niveau mogen vaststellen dat het vrij verkeer van diensten daardoor bijzonder moeilijk of illusoir wordt. Het Hof onderwerpt beschermingsniveaus die op een (te of willekeurig) hoog niveau zijn gesteld dan ook aan een kritische toets.⁴⁷ Lidstaten zijn derhalve verplicht zich bij hun pogingen de door hen gestelde doelstellingen van algemeen belang te bereiken te beperken tot serieuze en realistische pogingen. Zij moeten zich niet laten verleiden tot het nemen van arbitraire maatregelen of het stellen van onrealistische doelstellingen. Daaruit volgt dat de lidstaten het beschermingsniveau voor cultuur, taal of pluralisme niet zo hoog mogen zetten dat zij gedwongen zouden worden (door hun eigen wetgeving) ook aan omroepinstellingen die slechts een zeer zwakke link hebben met de bescherming of bevordering van deze doelstellingen de *must-carry*-status toe te kennen. Evenmin lijkt het mij toegestaan de '*must-carry*'-status te verlenen aan zoveel televisiezenders dat daardoor de technische of commerciële bedrijfsvoering van het kabelbedrijf wordt gecompromitteerd.

Uit het proportionaliteitsbeginsel vloeit derhalve voort dat het aantal omroepkanalen en -diensten dat een *must-carry* status krijgt, beperkt zou moeten blijven tot wat nodig is ter bescherming of bevordering van een niet onredelijk hoog niveau van cultuur, taal of pluralisme. De lidstaten hebben een grote mate van discretie bij het vaststellen van het passende beschermingsniveau. Zij zijn echter niet geheel vrij dit niveau zo hoog, of zo laag te plaatsen als hun goeddunkt. Daar komt bij dat lidstaten zich in principe zullen moeten beperken tot het beschermen of bevorderen van de cultuur of de nationale of officiële taal of het pluralisme in hun eigen land. Lidstaten

dienen zichzelf niet de verplichting op te leggen het algemeen belang van andere lidstaten te beschermen of te bevorderen.⁴⁸ Om die reden lijkt het gerechtvaardigd te stellen dat lidstaten bij het aanwijzen van omroepkanalen die in aanmerking komen voor *must-carry*-status bij voorrang kanalen moeten aanwijzen die zich met hun programma's richten op het nationale grondgebied. Dat dit mogelijk is, ondanks het feit dat omroepinstellingen die zijn gevestigd op het nationale grondgebied daarmee in een gunstigere positie worden gebracht, is bevestigd in *UTECA*, op voorwaarde natuurlijk dat dit gevolg 'inherent' is aan de gekozen doelstelling.

Artikel 31 lid 1 laatste zin UDR vermeldt naast het noodzakelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, ook het transparantiebeginsel als voorwaarde voor de toekenning van het *must-carry*-statuut. Deze beginselen hebben naar mijn mening ook rechtstreeks betrekking op de procedures voor de toekenning van *must-carry*-status. Net als het geschiktheids- en noodzakelijkheidsbeginsel beoogt het transparantiebeginsel dat een duidelijke grens wordt gesteld aan de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten, opdat willekeur wordt voorkomen. Uit het transparantiebeginsel zou onder meer kunnen volgen dat de toewijzing van het *must-carry*-statuut slechts kan plaatsvinden na de openbare aankondiging ervan of na een uitnodiging gericht aan mogelijke kandidaten. In deze aankondiging of uitnodiging zouden dan ook reeds de toewijzingscriteria van het statuut openbaar gemaakt moeten worden, zodat geïnteresseerde partijen deze van tevoren kunnen kennen.⁴⁹ Zoals verder volgt uit de jurisprudentie van het Hof moeten besluiten worden genomen in ieder concreet en individueel geval, op basis van een objectief oordeel.⁵⁰ Bovendien moeten procedureregels gemakkelijk toegankelijk zijn, en waarborgen dat een eventuele aanvraag van een *must-carry*-statuut binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden behandeld. Een eventuele weigering moet in het kader van een beroep in rechte kunnen worden betwist.⁵¹

Vervolgens de *million-dollar*-vraag: wie gaat dit allemaal betalen? Het is één om aan kabelexploitanten een *must-carry*-verplichting op te leggen, maar het is een tweede om te bepalen wie daarvan de kosten moet dragen. In de praktijk zal voor een deel van de zenders die het *must-carry*-statuut krijgen dit probleem niet spelen. Bepaalde zenders, zoals de publieke omroepkanalen, zijn van zichzelf vaak al zo 'gewild' (*must-haves*) dat de kabelmaatschappij deze toch wel zal willen doorgeven, of daar nu een vergoeding tegenover staat of niet. Maar ten aanzien van de kleine, lokale zenders die, zoals in *UPC* door de Belgische overheid wordt gesteld, het hoofd niet boven water zou-

47. Zie voetnoot 41.

48. Vergelijk ook HvJ EG 23 mei 1990, zaak C-169/89, *Gourmellerie van den Burg*, Jur. 1990, p. I-2143.

49. Zie ook de Belgische Raad van State; zaak no. 185.399, *UPC*, arrest van 14 juli 2008.

50. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 mei 2006, zaak C-372/04, *Watts*, vergelijk overweging 119.

51. Vergelijk onder andere HvJ EG 16 mei 2006, zaak C-372/04, *Watts*, overwegingen 115 tot en met 117; zie ook HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99, *Smits & Peerbooms*, Jur. 2001, I-05473, overweging 82 e.v.; en HvJ EG 13 mei 2003, zaak C-385/99, *Müller-Fauré & Van Riet*, overweging 83 e.v.

den kunnen houden als zij voor doorgifte zouden moeten betalen, is dit een reëel probleem.

Wat betreft het ondersteunen van kwijnende lokale omroepstations, lijkt uit *TV2/Danmark* te volgen dat het Hof geen principiële of categorische bezwaren heeft tegen het ondersteunen van omroepinstellingen. Steun zal vanzelfsprekend wel moeten voldoen aan de toepasselijke regels voor steunverlening. De Commissie geeft in dit kader aan dat zij de verenigbaarheidsgrond onder artikel 87 lid 3 sub *d* EG-Verdrag (instandhouding van de cultuur of het cultureel erfgoed) strikt en terughoudend interpreteert. Zoals uit de beschikkingspraktijk van de Commissie volgt,⁵² maakt zij dan ook een onderscheid tussen de educatieve en democratische behoeften van de samenleving en de bevordering van cultuur. Dat betekent dat steun aan een openbare omroep alleen onder artikel 87 lid 3 sub *d* EG-Verdrag kan worden gebracht wanneer die steun afzonderlijk is omschreven en gefinancierd en uitsluitend is bestemd ter bevordering van de culturele doelstellingen van de betreffende omroepinstelling. In de omroepsector zal dan ook vaker het leerstuk van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag worden toegepast, omdat veel bijzondere taken die aan de openbare omroepinstellingen zijn opgedragen de vorm van een d.a.e.b. krijgen.⁵³ Wat betreft het toekennen van een *must-carry*-statuut aan lokale omroepen die niet zouden overleven indien zij de kabelmaatschappij een doorgiftevergoeding zouden moeten betalen, zoals in *UPC* ter sprake kwam, zal normaal gesproken geen sprake zijn van staatssteun wanneer de kabelmaatschappij een privaat bedrijf is. Het voordeel dat deze kleine lokale omroepen ontvangen, komt dan immers niet rechtstreeks van de staat of een door de staat ingesteld of aangewezen lichaam. In die zin kan de verplichte investering die kabelmaatschappijen moeten doen in het doorgeven van lokale zenders worden vergeleken met de verplichte investering die Spaanse omroepmaatschappijen moeten doen in filmproducties, zoals in *UTECA*. Echter, indien de kabelmaatschappij die wordt belast met een *must-carry*-verplichting een geheel of gedeeltelijk door de (lagere) overheid gehouden bedrijf is, roept het opleggen van een *must-carry*-verplichting vragen op die aanzienlijk ingewikkelder zijn. Deze materie valt echter buiten het bestek van deze bespreking.⁵⁴

Wat betreft betalingen aan de kabelmaatschappij staat de UDR, bij monde van artikel 31 lid 2, het betalen van een passende doorgiftevergoeding in het geval van een *must-carry*-verplichting expliciet toe. Op grond van de *Alt-*

mark-jurisprudentie mogen de kosten die samenhangen met het uitvoeren van de betreffende dienst van algemeen economisch belang, ofwel het doorgeven van de *must-carry*-programma's, ook door de overheid worden gecompenseerd. Deze vergoeding moet de betreffende bedrijven in staat stellen de *must-carry*-verplichting onder economisch aanvaardbare omstandigheden en in financieel evenwicht te vervullen.⁵⁵ Een winstmarge mag worden vergoed voor zover die nodig is voor het doen van investeringen en het onderhoud en de verbetering van het netwerk waarop de signalen worden doorgegeven. De winstmarge mag bovendien een redelijke vergoeding voor de moeite omvatten.⁵⁶ Hierbij moet worden uitgegaan van de nettokosten van de openbare opdracht.⁵⁷ De vraag of een *must-carry*-opdracht als een d.a.e.b. onder artikel 86 lid 2 EG-Verdrag kan worden gebracht, wordt door het Hof in *UPC* niet beantwoord, maar hiertegen lijken geen grote bezwaren te bestaan.

Conclusie

Het beeld dat de vijf hier besproken zaken laten zien, is dat het invoeren van het cultuurbelang, de bescherming van de taal en het belang van pluriformiteit in het Gemeenschapsrecht anno 2009 in principe niet leidt tot een alternatieve toepassing van het Gemeenschapsrecht. De Commissie, het Gerecht en het Hof passen de bekende leerstukken van het Gemeenschapsrecht op orthodoxe wijze toe. Deze leerstukken zijn flexibel genoeg om aan de speciale noden van de culturele sector en het pluriformiteitsbelang tegemoet te kunnen komen. Wel is opmerkelijk dat een, zo men wil, *Campus Oil*-achtige bijzondere positie wordt geaccepteerd voor culturele, taal- of pluriformiteitsgerelateerde belangen die een 'inherent' bevoordelend effect hebben, zoals de bescherming van de nationale of officiële taal of het brengen van lokaal nieuws. Ten aanzien van cultuur en pluriformiteit geldt derhalve het beginsel dat lidstaten in principe van hun eigen bevoegdheid op dit gebied gebruik mogen maken op een wijze die hen zelf het beste lijkt. De Gemeenschap houdt echter scherp in de gaten dat geen grenzen worden overschreden die leiden tot mededingingsverstoringe *spill-over*-effecten of tot het afwentelen van de kosten van het beleid op derden die met dat beleid niets of weinig van doen hebben. Kortom, wanneer lidstaten een cultuurbe-

52. In haar Mededeling betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, Pb.EG 2001, C 320/5, randnummer 26 verwijst de Commissie naar zaak NN 70/98, betreffende staatssteun voor de openbare televisiekanaal 'Kinderkanal' en 'Phoenix', Pb.EG 1999, C 238/3. Zie over deze beschikking ook het XXIXe Verslag over het mededingingsbeleid 1999, p. 286. *Inmiddels heeft de Commissie op 2 juli 2009 een nieuwe mededeling aanvaard over de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroepen. Deze regeling vervangt de mededeling van 2001 (red.).*

53. Zie hierover de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, Pb.EG 2001, C 320/5, randnummers 26 en 27.

54. Vragen over onder andere staatscontrole en toerekenbaarheid. Zie in dit kader onder andere HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99, *Frankrijk/Commissie (Stardust Marine)*, Jur. 2000, p. I-04397.

55. Zie onder meer HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-266/96, *Corsica Ferries*, Jur. 1998, p. I-3949, overwegingen 44 en 46; en HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark*.

56. Zie echter beschikking van de Commissie van 19 mei 2004, zaak NN22/02 – C2/2003, *TV2/Danmark*, Pb.EU 2006, L 85/1, overwegingen 116 tot en met 124. Hier oordeelt de Commissie dat de herinvestering van het 'surplus' in TV2 niet kon gelden als een herinvestering van winst, omdat de Deense overheid zich niet gedroeg als een *market investor*. Zo had de Deense overheid nooit gevraagd om een uitkering van de winst, en was ook nooit een business plan of een duidelijk strategie opgesteld waaruit kon blijken dat de herinvestering strategisch nut had en zou kunnen leiden tot toegevoegde waarde op de initiële investering.

57. Zie beschikking van de Commissie van 19 mei 2004, zaak NN22/02 – C2/2003, *TV2/Danmark*, Pb.EU 2006, L 85/1, overwegingen 101 en 104 e.v.

leid willen voeren, of een beleid gericht op pluriformiteit of de bescherming van de officiële of nationale taal, dan kan dat, maar zij zullen er wel *zelf* voor moeten betalen. ■