FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 24 juni 1999 *

1. Tvisten i detta mål gäller reklamavbrott i filmer som visas på TV, särskilt den metod som enligt TV-direktivet [1] skall användas för att beräkna antalet tillåtna avbrott.

Bakgrund och förfarande vid den nationella domstolen

2. Sökanden utgörs av elva offentligrättsliga sändningsföretag som ägs av de tyska delstaterna, sammanslutna i Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (nedan kallad ARD). Enligt den tyska grundlagen ingår TV-sändningsverksamhet i delstaternas jurisdiktion. De ovannämnda företagen är gemensamt ansvariga för TV-kanalen ARD. Svaranden, PRO Sieben Media AG (nedan kallat Pro Sieben), är ett privat TV-programföretag.

3. Tvisten har uppkommit med anledning av ordalydelsen i artikel 11.3 i direktivet, i vilken föreskrivs att det tillåtna antalet reklamavbrott i filmer som sänds på TV skall beräknas på grundval av en period kallad "programlagd sändningstid".

4. Enligt bruttometoden, vilken Pro Sieben har förordat, skall reklamens sändningstid medräknas i den tidsperiod som ligger till grund för beräkningen av antalet tillåtna avbrott. Enligt nettoprincipen, vilken ARD har förordat, skall reklamen inte medräknas i denna period, det vill säga sändningstiden i fråga skall enbart utgöras av själva filmens längd. Skillnaden är att en tillämpning av bruttoprincipen i vissa fall tillåter att det görs ett större antal reklamavbrott än vad nettoprincipen gör.

5. ARD ställde frågan inför de tyska domstolarna efter att ha väckt talan mot Pro Sieben för illojal konkurrens. Två andra

* Originalspråk: engelska.

1 — Rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (EGT L 298, s. 23; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997 (EGT L 202, s. 60), se nedan punkt 8.

privata TV-programföretag, SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH och Kabel 1, K 1 Fernsehen GmbH, intervenerade i det tyska domstolsförfarandet till stöd för Pro Siebens yrkanden. I oktober 1996 fann Landgericht Stuttgart (distriktsdomstol), att den aktuella tyska lagstiftningen [2] skulle tolkas så, att Pro Sieben inte fick göra fler avbrott i filmer än vad som följer av en tillämpning av nettoprincipen. I överklagande till Oberlandesgericht Stuttgart (appelationsdomstol) gjorde Pro Sieben gällande att även om den tyska lagstiftningen föreskrev att nettoprincipen skulle tillämpas stod denna lagstiftning i strid med direktivet och med gemenskapens primärrätt.

6. Oberlandesgericht Stuttgart beslutade att vilandeförklara målet i november 1997 och att hänskjuta följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:

"1) Föreskrivs i artikel 11.3 [3] i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997 om ändring av direktiv 89/552/EEG (direktiv om ändring av TV-direktivet) respektive den likalydande artikel 11.3 i rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (TV-direktivet) bruttoprincipen eller nettoprincipen?

2) Om det antas att det i artikel 44.4 i Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (tredje statsfördraget om ändring av statsfördrag avseende sändningsverksamhet — bilaga B 33, s. 437 i bilagan), föreskrivs en nettoprincip, är denna artikel då förenlig med artikel 11.3 jämförd med artikel 3.1 i TV-direktivet respektive gemenskapens primärrätt (artiklarna 5, 6, 30 och följande artiklar, artikel 59 och följande artiklar samt artikel 85 och följande artiklar i EG-fördraget, och med den allmänna principen om likabehandling)?"

Den första frågan

7. De medlemsstater som har inkommit med yttranden till domstolen har olika uppfattning om hur den första frågan skall besvaras. Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Republiken Portugal förordar nettoprincipen medan Republiken Italien, Storhertigdömet Luxemburg samt Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och kommissionen förordar bruttoprincipen. Ko-

2 — Artikel 26.4 i Staatsvertrag der 16 Bundesländer über den Rundfunk im vereinigten Deutschland (Statsfördrag om sändning inom det förenade Tyskland) av den 31 augusti 1991. Denna bestämmelse ersattes av artikel 44.4 i Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Tredje statsfördraget om ändring av statsfördrag om sändningsverksamhet) som trädde i kraft den 1 januari 1997.

3 — Denna hänvisning till artikel 11.3 är oriktig. Den nya lydelsen av artikel 11.3 i direktiv 89/552 infördes genom artikel 1.13 i direktiv 97/36.

nungariket Sverige har endast svarat på den andra frågan.

TV-direktivet

8. TV-direktivet antogs den 3 oktober 1989 och bestämmelserna i detta skulle vara införlivade senast den 3 oktober 1991.[4] Det ändrades genom direktiv 97/36/EG, vilket skulle vara införlivat senast den 31 december 1998.[5] Trots att tvisten i detta mål inleddes innan det sistnämnda direktivet hade antagits fattade inte Oberlandesgericht Stuttgart beslut om att inhämta förhandsavgörande av EG-domstolen förrän i december 1997 och innehållet i detta hänvisar således till båda direktiven. Artikel 1.13 i det sistnämnda direktivet ändrade artikel 11 i det ursprungliga direktivet men ändrade inte på ett betydande sätt ordalydelsen i artikel 11.3, vilken är i fråga i detta mål. De avsnitt i direktivet som citeras i detta förslag till avgörande kommer från direktivet i dess ändrade lydelse om inte annat anges.

9. Direktivet antogs i enlighet med artikel 57.2 i EG-fördraget (nu artikel 47.2 EG i ändrad lydelse) och med artikel 66 (nu artikel 55 EG). Det framgår av ingressen i direktivet att målsättningen med detta var att upprätta en rättslig ram för TV-sändningar inom den inre marknaden, då antagandet av gemensamma regler för sändningar ansågs bidra till särskilt förverkligandet av friheten att tillhandahålla tjänster. Av dessa gemensamma regler utgör de som angår reklam en viktig del i direktivet och de anges i kapitel 4 i direktivet under rubriken "TV-reklam och sponsring" (artiklarna 10—20).

10. Reklam skall vara lätt att känna igen som sådan och hållas åtskild från andra delar av programmen (artikel 10.1). Den skall i allmänhet infogas mellan program och får infogas i program endast "på sådant sätt och med hänsyn till naturliga pauser samt programmets sändningslängd och karaktär, att varken programmets integritet och värde eller innehavarnas rättigheter kränks" (artikel 11.1). Det är tydligt att direktivet genom dessa bestämmelser försöker att upprätta en balans mellan flera potentiellt motstridiga intressen, nämligen TV-tittarnas intresse, TV-programföretagens intresse, annonsörernas intresse, av vilka TV-sändningarna är ekonomiskt beroende, och av programproducenternas intresse.

11. I artikel 11.2 finns en specialbestämmelse för program som av naturliga skäl består av skilda delar, såsom till exempel sändningar av sportevenemang. I dessa fall får reklam endast infogas i pauserna, till exempel vid halvtid.

4 — Artikel 25 i direktivet.

5 — Artikel 2 i ändringsdirektivet.

12. Artikel 11.3 har följande lydelse:

"Sändningar av audiovisuella produktioner såsom spelfilm och filmer gjorda för TV (utom TV-serier, lätta underhållningsprogram och dokumentärer) får, under förutsättning att deras programlagda sändningstid överstiger 45 minuter, avbrytas en gång för varje hel period om 45 minuter. Ytterligare ett avbrott är tillåtet om den programlagda sändningstiden är minst 20 minuter längre än två eller flera fullständiga 45-minutersperioder."

13. I allmänhet måste reklaminslag i ett program vara åtskilda av en period på minst 20 minuter (artikel 11.4).

14. I artikel 11.5 föreskrivs följande:

"Reklam och köp-TV får inte infogas i sändningar av gudstjänster. Nyhetsprogram och program om aktuella samhällsfrågor, dokumentärprogram, religiösa program och barnprogram får inte avbrytas av reklam eller TV-köp om deras programlagda sändningstid är mindre än 30 minuter. Om deras programlagda sändningstid är 30 minuter eller mer skall de ovan angivna styckena gälla."

15. Artiklarna 12—20 innehåller andra bestämmelser om reklam och sponsring varav vissa kommer att redogöras för nedan.

16. Vilken verkan som artikel 11.3 har är beroende av om bruttoprincipen eller nettoprincipen skall tillämpas. Om till exempel en film sänds under 40 minuter får den enligt nettoprincipen inte avbrytas av reklam medan den enligt bruttoprincipen får avbrytas av reklam under sex minuter. Detta gäller dock med förbehåll för de allmänna begränsningar som anges i artikel 18. Artikel 18.2 till exempel definierar reklamens maximala längd inom en entimmesperiod. Även om en tillämpning av nettoprincipen tillåter färre avbrott än bruttoprincipen, påverkar det följaktligen inte den totala reklamvolymen om den maximala volymen som anges i artikel 18.3 är utnyttjad till fullo. Frågan kan således sammanfattas på så sätt att valet står mellan oftare och kortare avbrott enligt bruttoprincipen eller avbrott mer sällan fast längre enligt nettoprincipen. I vilket fall som helst är frågan av stort intresse i flera medlemsstater och verkar vara av betydande vikt både ur kommersiell synvinkel och av TV-sändningspolitiska skäl.

17. För att kunna avgöra huruvida artikel 11.3 föreskriver bruttoprincipen eller nettoprincipen kommer jag att i tur och ordning först (i likhet med hur ombudet för den franska regeringen gjorde vid förhandlingen) göra en tolkning enligt ordalydel-

sen, sedan granska direktivets förhistoria, därefter göra en systematisk tolkning och sist granska direktivets målsättningar.

Tolkning enligt ordalydelsen

18. Både de som förordat bruttoprincipen och de som förordat nettoprincipen grundar sig i stor utsträckning på ordalydelsen i artikel 11.3.

19. Ett första argument som framförts till stöd för nettoprincipen är att i flera, men inte alla, språkversioner av artikel 11.3 avser uttrycket för sändningstid audiovisuella produktioner (filmer) i sig till skillnad från *sändningen* av filmen. Det har anförts att eftersom denna bestämmelse hänvisar till filmernas sändningstid borde den förstås så att den avser film utan reklamavbrott medan en hänvisning till sändningen av filmen lättare kan förstås så att den avser både film och reklamavbrott. [6]

20. Mot detta argument har de som förordat bruttoprincipen invänt att ordalydelsen i artikel 11.3 inte endast hänvisar till produktionernas "sändningstid" utan till deras "programlagda sändningstid". Enligt dem måste uttrycket syfta på sändningstiden för programmet såsom det tagits upp i TV-programtablån och således inklusive reklamtiden. De har gjort gällande att om så inte är fallet är uttrycket "programlagd" överflödigt.

21. Andra uppfattningar om hur detta uttryck skall tolkas har emellertid framförts. En tolkning är att spelfilm för bio sänds på TV med en något annorlunda hastighet, varför det är nödvändigt att ange att det inte är originalproduktionens längd som är avgörande utan filmens längd såsom den programlagts på TV. En annan tolkning som är minst lika rimlig är att uttrycket "programlagd" måste användas för att kunna förutse möjligheten av att den filmversion som sänds kan vara kortare än planerat på grund av klippningar och andra ändringar som det inte var möjligt att förutse. Det har ansetts att TV-programföretaget inte skall stå risken för att utsättas för sanktioner för mindre skillnader av denna typ samt att det relevanta kriteriet bör vara den programlagda sändningstiden och inte den faktiska sändningstiden. Båda dessa tolkningar överensstämmer med nettoprincipen. Jag anser det därför inte rimligt att lägga alltför stor vikt vid uttrycket "programlagd" som stöd för bruttoprincipen.

22. Det har även lagts vikt vid den omständigheten att ändringsdirektivet ersatte uttrycket "programmed duration", i den

6 — Se Pechstein, M., "Brutto- bzw. Nettoprinzip bei der Unterbrecherwerbung", *EuZW*, 1994, s. 583.

engelska versionen av det ursprungliga direktivet, med uttrycket "scheduled duration". Det verkar emellertid som om "programmed duration" ursprungligen antogs som en ordagrann översättning, men en olycklig sådan, av det franska uttrycket "durée programée" och man tog tillfället i akt i ändringsdirektivet att förbättra den engelska versionen. I vilket fall som helst innebär detta enligt min mening inte någon relevant skillnad i innehåll.

23. Det sista argumentet att granska i detta skede följer av en normal tolkning med sunt förnuft av artikel 11.3. Det kan tyckas paradoxalt att tolka uttrycket "programlagd sändningstid", vilket fastställts i denna bestämmelse som ett kriterium för att bestämma antalet tillåtna avbrott, genom att räkna med själva avbrotten. Logiskt sett verkar det som att man först behöver förvissa sig om själva filmens längd och att man först därefter kan bestämma hur många avbrott som är tillåtna.

24. Vid första anblick verkar detta vara ett tungt argument till stöd för nettoprincipen. Det måste dock erkännas att bestämmelsen kan tolkas, och har tolkats, på annat sätt. Vidare inkluderas i andra delar av direktivet själva avbrotten i grunden för beräkningen av reklamavbrotten. Så är fallet med till exempel artikel 18.2 som anger reklamens maximala längd inom en entimmesperiod.

25. Sammanfattningsvis ger de argument som grundar sig på ordalydelsen i artikel 11.3, sedda var för sig eller tillsammans, inte någon klar vägledning huruvida den bestämmelsen föreskriver en tillämpning av bruttoprincipen eller nettoprincipen. Jag övergår därmed till direktivets förhistoria.

Förhistorien

26. Förhistorien till en gemenskapsrättsakt har inte använts särskilt ofta av domstolen som vägledning till rättsaktens innebörd och anses i allmänhet utgöra endast ett kompletterande tolkningsredskap. Domstolen har lagt större vikt vid rättsaktens struktur, det sammanhang i vilket den ingår (systematisk tolkning) och dess mål och syfte. Domstolen har inte desto mindre godtagit att förhistorien kan ge värdefull vägledning. I domen i målet RTI m.fl.[7] stödde sig domstolen, genom en granskning av förhistorien till direktivet i fråga i det målet, på samma uppgifter som har åberopats i detta förfarande, nämligen Europeiska konventionen om gränsöverskridande television och den ståndpunkt som gemenskapsinstitutionerna har intagit under lagstiftningsprocessen.

7 — Dom av den 12 december 1996 i de förenade målen C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 och C-339/94, RTI m.fl. (REG 1996, s. I-6471).

Europeiska konventionen om gränsöverskridande television

27. För att belysa direktivets förhistoria har för det första åberopats Europeiska konventionen om gränsöverskridande television [8], vilken antogs av Europarådet strax innan direktivet antogs och som innehåller mycket likartade bestämmelser. Arbetet med att upprätta dessa två dokument pågick samtidigt och Europeiska rådet, vilket sammanträdde på Rhodos den 2 och den 3 december 1988, gjorde följande uttalande:

"Europeiska rådet anser det viktigt att gemenskapens arbete ges samma inriktning som Europarådets konvention." [9]

Vidare hänvisar ingressen i direktivet till konventionen.

28. Artikel 14.3 i konventionen använder uttryck som är likalydande med artikel 11.3 i direktivet, förutom att den hänvisar till "sändningstid" snarare än till "programlagd sändningstid". Samma skillnad framgår i båda de officiella språkversionerna av konventionen, nämligen i den engelska och den franska versionen.

29. Det är möjligt att dra olika slutsatser av den koppling som finns mellan direktivet och konventionen. Det kan å ena sidan anföras att skillnaden i ordalydelse borde avspegla en skillnad i den avsedda innebörden. Å andra sidan kan det hävdas att man inte skall beakta skillnaden i ordalydelse, eftersom det är föga sannolikt att de stater som förhandlade vid samma tidpunkt (visserligen inom den något vidare ramen för Europarådet och även inklusive andra stater som utgjorde parter i Europeiska konventionen om kultur) skulle ha godtagit bestämmelser med motsägelsefull innebörd.

30. Även om det i artikel 14.3 i konventionen inte talas om "programlagd sändningstid" talas det härom i den förklarande rapporten (vilken inte är bindande). [10] Vidare har konventionen nyligen ändrats genom ett protokoll [11], så att det i artikel 14.3 hänvisas till "programlagd sändningstid". Enligt kommissionens yttranden i detta mål syftar denna ändring till att underlätta gemenskapens anslutning till konventionen. I vilket fall som helst tyder

8 — *Europeiska fördragsserien*, nr 145.

9 — *EG-bulletinen*, nr 12/1988, punkt 8.

10 — Gränsöverskridande television: förklarande rapport om europeiska konventionen (5 maj 1989), punkt 191. Punkt 192 hänvisar emellertid till filmens sändningstid. De förklarande rapporterna till Europarådets konventioner antogs av den mellanstatliga kommittén som antog konventionstexten i fråga, men antogs inte av Europarådets ministerkommitté och har uttryckligen inte någon bindande verkan.

11 — Tilläggsprotokoll till Europeiska konventionen om gränsöverskridande television, *European Treaty Series* nr 171, 1 oktober 1998.

ändringen klart på att uttrycket "programlagd" har ansetts vara av betydelse.

Rådets och kommissionens uttalande

31. Kommissionen och den brittiska regeringen har hänvisat till rådets protokoll av den 3 oktober 1989 [12] (den dag det ursprungliga direktivet antogs), vilket, enligt dem, innehåller ett uttalande från rådet och kommissionen om att de sändningstider som anges i artikel 11.3 och 11.5 skall beräknas på grundval av den programlagda sändningstiden för programmen. Domstolen har i allmänhet varit försiktig med att stödja sig på sådana uttalanden vid tolkningen av en bestämmelse, om inte uttalandets innehåll återspeglas i den bestämmelse som skall tolkas. [13] I detta mål är uttalandet nära avspeglat i bestämmelsens ordalydelse. Det kan emellertid anföras att uttalandet väcker frågan vad som menas med "programlagd sändningstid", vilket precis är det som är i fråga i detta mål. Detta uttalande visar dock återigen den vikt som läggs vid detta uttryck. Dessutom hänvisar det till den programlagda sändningstiden för programmen, vilken, såsom framhållits ovan, lättare kan förstås så att den inkluderar både film och reklamavbrott.

Europaparlamentets förslag till ändring

32. Som del av direktivets förhistoria har även åberopats en ändring av artikel 11.3 som föreslagits av Europaparlamentet den 14 februari 1996 under det förfarande som ledde till att ändringsdirektivet antogs. Den föreslagna ändringen har följande lydelse:

"Överföring av sådana audiovisuella program som längre spelfilmer, filmer som producerats för TV (med undantag för serier, underhållningsprogram och dokumentärprogram) får avbrytas en gång för varje hel period om 45 minuter. Ytterligare ett avbrott får göras om deras programlagda sändningstid, beräknad *utan beaktande av eventuella avbrott*, är minst tjugo minuter längre än två eller flera kompletta fyrtiofemminutersperioder (min kursivering)." [14]

Det framgår således att parlamentet ville klargöra att nettoprincipen var tillämplig,

12 — Åberopat av kommissionen och Förenade kungariket som rådets dokument SN 3063/89. I den franska ursprungliga texten anges följande: "Le Conseil et la Commission déclarent que les durées prévues aux paragraphes 3 et 5 doivent être calculées sur la durée programmée des émissions".

13 — Se dom av den 26 februari 1991 i mål C-292/89, Antonissen (REG 1991, s. I-745), punkt 18, jämförd med dom av den 12 maj 1998 i mål C-106/96, Förande kungariket mot kommissionen (REG 1998, s. I-2729), punkt 29.

14 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (EGT C 65, s. 96, s. 107).

åtminstone beträffande eventuella "ytterligare avbrott".

33. Kommissionens svar [15] på denna punkt var att den inte kunde godta det avsnitt av ändringen som angav att grunden för beräkningen av det tillåtna antalet avbrott var den programlagda sändningstiden "utan beaktande av eventuella avbrott". Detta skulle innebära en onödig inskränkning som skulle ha en mycket negativ inverkan på TV-programföretagens intäkter.

34. Det är enligt min mening inte möjligt att hämta mycken vägledning från de förutnämnda delarna av ändringsdirektivets förhistoria. Den ändring som parlamentet föreslagit visar att parlamentet sökte uppnå ett uttryckligt godkännande av nettoprincipen.

35. Kommissionens svar visar att den anser att uttrycket "programlagd sändningstid" kan omfatta reklamavbrott. Det visar även att kommissionen förordade bruttoprincipen. Kommissionen intog samma ställning som tidigare, vilken framgår av dess rapport från maj 1995 om tillämpningen av direktivet. [16] I denna rapport förklarade den att bruttoprincipen utgjorde en miniregel som var nödvändig för att direktivets syften skulle uppnås.

36. Även om jag inte lägger någon större vikt vid förhistorien visar denna emellertid sammanfattningsvis att parlamentet i vissa delar inte lyckades få nettoprincipen godkänd. Vidare antyder den möjligtvis att det avsiktligen upprätthölls en tvetydig formulering i lagstiftningen, vilken formulering enligt kommissionen och vissa medlemsstater innebar att det var tillåtet att tillämpa bruttoprincipen.

Systematisk tolkning

37. Vid en systematisk tolkning kan det vara av nytta att tolka artikel 11.3 mot bakgrund av kapitel 4 i direktivet (TV-reklam, sponsring och köp-TV) sett i sin helhet. Bestämmelserna i övriga artiklar synes emellertid inte vara relevanta.

38. Det huvudsakliga argument som framhållits av särskilt den nederländska regeringen i dess skriftliga yttranden och av den franska regeringen vid förhandlingen rör förhållandet mellan artikel 11.1 och artikel 11.3. Jag erinrar om att artikel 11.1 fastställer en allmän regel om att reklam skall infogas mellan program, men att den godtar att, under förutsättning att de villkor som anges i punkterna 2—5 i

15 — Ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television, KOM(96) 200, slutlig.

16 — Rapport om tillämpning av direktiv 89/552, KOM(95) 86 slutlig.

nämnda artikel är uppfyllda, reklam "också [får] infogas i program på sådant sätt... att varken programmets integritet och värde eller innehavarnas rättigheter kränks".

39. Den nederländska och den franska regeringen har hävdat att eftersom artikel 11.1 fastställer en allmän regel om att reklam får infogas *mellan* program, utgör det programavbrott som tillåts av artikel 11.3 ett undantag som, i egenskap av avvikelse från en allmän regel, bör tolkas restriktivt, det vill säga enligt nettoprincipen.

40. Jag tror inte att denna slutsats är nödvändig. I konkreta ordalag är den huvudsakliga frågan, vilket redovisats ovan, om det är möjligt att göra fler men kortare avbrott eller färre men längre avbrott. Ett allmänt argument som grundar sig på principen om en restriktiv tolkning av undantag innebär enligt min mening inte att denna enskilda fråga blir löst.

41. I vilket fall som helst verkar antagandet i sig tvivelaktigt. Ett undantag bör naturligtvis tolkas restriktivt i de fall det avviker från en grundläggande frihet. I andra fall kan det vara riktigare att ge undantaget den räckvidd som är lämplig mot bakgrund av dess innehåll, syfte och mål. I detta mål är det bruttoprincipen som i större utsträckning verkar överensstämma med förverkligandet av en grundläggande frihet. Det är nettoprincipen som medför en större inskränkning av TV-programföretagens och annonsörernas frihet. Sådana inskränkningar kan visserligen vara önskvärda, exempelvis som skydd för TV-tittarna. De kan dock enligt min mening inte vara rättfärdigade enbart på grund av den tolkningsprincip som har åberopats.

42. Enligt min mening kan det emellertid dras en annan slutsats av en systematisk tolkning. Eftersom artikel 11.1 fastställer en allmän regel verkar det som att reklam som avbryter en filmsändning enligt den bestämmelsen, oavsett om det är bruttoprincipen eller nettoprincipen som skall tillämpas enligt artikel 11.3, i vilket fall som helst måste uppfylla villkoren om att filmens integritet och värde eller innehavarnas rättigheter inte kränks.

43. Ett annat strukturellt argument grundar sig på hur det likalydande uttrycket "programlagd sändningstid" i artikel 11.5 i direktivet används, med den utgångspunkten att uttrycket borde tolkas på samma sätt i de båda bestämmelserna. Detta argument har framförts av särskilt den brittiska regeringen, vars huvudargument beträffande artikel 11.5 ger upphov till något annorlunda frågor jämfört med dem som är föremål för talan i detta mål. Enligt detta argument skulle en tillämpning av nettoprincipen i artikel 11.5 undergräva

TV-programföretagens praxis i Förenade kungariket i fråga om programläggning. Denna praxis innebär att flertalet nyhetsprogram, politiska program och dokumentärer programläggs i perioder om en halvtimme och att endast ett enda reklamavbrott planeras mitt i sådana program. Av skäl som framgår nedan är det eventuellt inte nödvändigt att pröva de verkningar som följer av detta argument, särskilt vad gäller de berättigade förväntningar som de berörda personerna kan ha. Jag medger emellertid att uttrycket "programlagd sändningstid" bör ha samma innebörd i både artikel 11.3 och artikel 11.5.

Teleologiska argument: direktivets målsättningar

44. Jag övergår slutligen till att granska direktivets målsättningar. Båda sidor har framfört argument som grundar sig på de målsättningar som anges i ingressen till direktivet. Enligt tjugosjunde övervägandet i ingressen syftar således direktivet till att helt och fullt säkerställa att konsumenternas och TV-tittarnas intressen är skyddade och att TV-reklamen därför skall underkastas ett visst antal minimiregler och standarder. Dessa argument har framförts till stöd för en restriktiv tolkning av artikel 11.3 och därmed till stöd för nettoprincipen.

45. Pro Sieben har påstått att direktivet grundar sig på friheten att utöva yrkesverksamhet och i synnerhet friheten att sända TV-program. Företaget har särskilt åberopat sjätte och sjunde övervägandena i ingressen, vilka anger dels att televisionssändning är en tjänst i fördragets mening, dels att fördraget föreskriver fri rörlighet för alla tjänster som normalt tillhandahålls mot betalning. I ingressen nämns även principen om yttrandefrihet, vilken fastställts i artikel 10.1 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

46. Flera andra ekonomiska målsättningar anges i ingressen, såsom till exempel upprättandet av lojala konkurrensförhållanden [17] och främjandet av europeiska produktioner. [18] Direktivet skyddar följaktligen olika konkurrerande intressen. Det är dessutom långt ifrån klart huruvida nettoprincipen eller bruttoprincipen bäst skulle gagna de olika målsättningarna och det har framförts ekonomiska argument från båda sidor.

47. Det har till exempel hävdats att bruttoprincipen skadar konsumenter eftersom den tillåter att program avbryts oftare av reklam. Vidare skulle ett större utbud på potentiellt billigare reklamutrymme minska annonsörernas efterfrågan. Detta skapar dock ett stort initialt hinder för eventuella nya TV-programföretag som är beroende av reklam för sina intäkter. Såväl den europeiska TV-programindustrin som pro-

17 — Tredje övervägandet.

18 — Tjugonde, tjugoandra och tjugofjärde övervägandena.

ducenter och TV-tittare skulle lida skada, vilket således skulle begränsa den mångfald som direktivet söker främja.

48. Pro Sieben och den brittiska regeringen har hävdat att en tillämpning av nettoprincipen har en negativ ekonomisk inverkan på de privata TV-programföretagen och annonsörerna. Deras resonemang grundar sig på antagandet att nettoprincipen tillåter ett färre antal reklamavbrott men längre sådana, såsom förklarats ovan.

49. Enligt en studie som beställts av Pro Sieben har avbrott av sådan längd två verkningar. För det första har TV-tittarna en benägenhet att byta kanal så fort sådana avbrott görs och för det andra går igenkänningsvärdet av de olika reklaminslagen förlorat under sådana avbrott.[19] Detta innebär i praktiken att TV-programföretagen skulle behöva minska reklamvolymen för att deras avbrott skulle kunna godtas av både TV-tittare och annonsörer. En minskning av reklamvolymen skulle ha en negativ inverkan på de privata TV-programföretagens intäkter. Från annonsörernas håll — analysen kan i detta fall komma att vara motsägelsefull — har det antytts att utbudet av reklamutrymme skulle minska, vilket skulle leda till högre priser. De europeiska producenterna och TV-tittarna skulle vidare bli lidande eftersom TV-programföretagen i mindre utsträckning skulle kunna finansiera en mångfald av program.

50. Mot bakgrund av argumenten ovan, baserade på direktivets mål, verkar det återigen som att det inte finns någon klar anvisning om huruvida bruttoprincipen eller nettoprincipen skall väljas. Det är därför enligt min mening inte nödvändigt att bedöma de ekonomiska argument som har framförts.

Bedömning

51. Det kan inte dras någon klar slutsats av de argument som har framförts, vare sig dessa grundar sig på en analys av ordalydelsen, på direktivets förhistoria, på en systematisk tolkning eller på direktivets mål och möjliga verkningar. Trots att förhistorien kanske är till fördel för bruttoprincipen är argumenten inte på något sätt avgörande.

52. Jag anser att om ett direktiv kan tolkas på två sätt borde det principiellt sett vara fel att välja den mer restriktiva tolkningen. Om en rättslig bestämmelse syftar till att göra en inskränkning av en verksamhet skall denna inskränkning uttryckas i klara ordalag. Denna princip borde gälla i än

19 — Publieurope International Ltd, Memorandum zu den Auswirkungen des Nettoprinzips auf ausländische Werbetreibende, s. 3.

högre grad om verksamheten i fråga utgör både en grundläggande frihet i fördraget — såsom friheten att tillhandahålla tjänster — och en grundläggande frihet i Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna — såsom yttrandefriheten. Dessa båda friheter har ju dessutom särskilt framhållits i ingressen.

53. Denna princip verkar i vilket fall som helst särskilt lämplig att tillämpa i detta mål, där bestämmelsen i fråga inte bara synes kunna tolkas på två mot varandra stridande sätt med hänsyn till de argument som framförts från båda sidor, utan kanske avsiktligen har gjorts tvetydig. En tvetydighet — och i synnerhet en avsiktlig sådan — kan inte åberopas till stöd för en inskränkning av en grundläggande frihet.

54. I brist på klart stöd för motsatsen skulle detta innebära att bestämmelsen borde tolkas så, att den föreskriver att bruttoprincipen skall tillämpas, av det skälet att den är mindre restriktiv.

55. Detta principiella övervägande stöds även, tror jag, av en viktig uppgift rörande direktivet som inte har fått tillräckligt stor uppmärksamhet.

56. Det är viktigt att ha i åtanke att direktivet endast avser att fastställa minimiregler och att dessa regler uttryckligen utgår från att de program som sänds inom en enskild medlemsstat kommer att underkastas olika rättssystem. Detta kännetecken för direktivet har framhållits i domstolens rättspraxis beträffande tolkningen av andra direktivbestämmelser om reklam, se särskilt domarna i målen Leclerc-Siplec, RTI m.fl. samt De Agostini och TV-Shop. [20]

57. I ingressen till det ursprungliga direktivet anges följande:

... "Detta direktiv fastställer minimikraven för att garantera frihet för sändning ... [21];

... För att säkerställa att konsumenternas intressen som TV-tittare är helt och fullt skyddade är det väsentligt att TV-reklamen underkastas vissa minimiregler och standarder och att medlemsstaterna behåller rätten att fastställa mer detaljerade eller striktare regler och under vissa omständig-

20 — Dom av den 9 februari 1995 i mål C-412/93, Leclerc-Siplec (REG 1995, s. I-179), domen i de förenade målen RTI m.fl. (ovan fotnot 7) och av den 9 juli 1997 i de förenade målen C-34/95—C-36/95, De Agostini och TV-Shop (REG 1997, s. I-3843).

21 — Trettonde övervägandet.

heter kan fastställa olika villkor för programföretag inom deras jurisdiktion." [22]

58. I ingressen till ändringsdirektivet anges dessutom följande:

"Förfaringssättet i direktiv 89/552/EEG och i det här direktivet har antagits för att uppnå den grundläggande harmonisering som är nödvändig och tillräcklig för att säkerställa den fria rörligheten för TV-sändningar i gemenskapen. Det står medlemsstaterna fritt att gentemot de programföretag som står under deras jurisdiktion tillämpa mer detaljerade eller striktare regler för områden som omfattas av detta direktiv..." [23]

59. Det framgår klart av övervägandena och artikel 3.1 i direktivet, som jag kommer att granska nedan, att direktivet endast rör en minimiharmonisering och att det beaktar möjligheten att medlemsstaterna antar olika rättssystem för TV-programföretag inom deras jurisdiktion.

60. Mot bakgrund av ovan angivna argument är jag av den uppfattningen, beträffande svaret på fråga 1, att artikel 11.3 skall tolkas så att den föreskriver att bruttoprincipen skall tillämpas, men att avbrotten i vilket fall som helst måste uppfylla de allmänna villkor som fastställts i artikel 11.1.

61. Med hänsyn till den slutsats jag har kommit fram till är det onödigt att granska eventuella problem och möjliga verkningar för befintliga avtal samt de berättigade förväntningar som de berörda kan ha om de medlemsstater som fram till denna dag hade antagit bruttoprincipen var tvungna att införa nettoprincipen. Om jag däremot hade kommit till den motsatta slutsatsen skulle det ha varit nödvändigt att granska vilka begränsningar som skulle behöva göras i den dom som domstolen skulle fatta för att skydda sådana berättigade förväntningar, särskilt med hänsyn till den ställning som kommissionen genomgående har tagit till stöd för bruttoprincipen. [24]

Den andra frågan

62. Den nationella domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida det är förenligt med artikel 11.3, jämförd med artikel 3.1 i direktivet, och med gemenskapens primärrätt att en medlemsstat föreskriver tillämpning av nettoprincipen.

22 — Tjugosjunde övervägandet.

23 — Punkt 44 i övervägandena.

24 — Se ovan punkt 35. För det relevanta med-kommissionens inställning i fråga om berättigade förväntningar, se dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59) punkterna 72 och 73.

63. Endast Pro Sieben anser att denna fråga skall besvaras nekande. Sökandena i det nationella målet och den franska, den italienska, den nederländska, den svenska och den brittiska regeringen samt kommissionen har samtliga förespråkat ett jakande svar.

64. Den andra frågan kan delas upp i två delar: a) huruvida artikel 11.3, jämförd med artikel 3.1 i direktivet, erbjuder medlemsstaterna en möjlighet att föreskriva att nettoprincipen skall tillämpas, och b) huruvida nettoprincipen är förenlig med gemenskapens primärrätt.

Den andra frågans första del

65. Det finns för närvarande två bestämmelser i direktivet som ger medlemsstaterna rätt att uppställa andra villkor än dem som anges i direktivets övriga bestämmelser, nämligen artikel 3.1 och artikel 20. (Direktivet innehöll ursprungligen ytterligare två bestämmelser, nämligen artikel 8, som rörde språkfrågor, och artikel 19, som gav medlemsstaterna rätt att fastställa striktare regler "för sändningstid och föreskrifter för programföretagens TV-sändningar, än de i artikel 18").

66. I artikel 20 föreskrivs följande: "Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 3 får medlemsstaterna, med vederbörlig hänsyn till gemenskapsrätten, fastställa andra villkor än de som fastställs i artikel 11.2—11.5... i fråga om sändningar som är avsedda uteslutande för det nationella territoriet och som inte kan tas emot, direkt eller indirekt, av allmänheten i en eller flera andra medlemsstater."

67. I artikel 3.1 föreskrivs i mer allmänna ordalag att "[m]edlemsstaterna skall ha frihet att föreskriva att TV-programföretagen inom deras jurisdiktion skall följa mer detaljerade eller striktare regler inom de områden som omfattas av detta direktiv". Ordalydelsen i denna bestämmelse kan förefalla vara av avgörande betydelse.

68. Pro Sieben har dock hävdat att artikel 3.1 inte är tillämplig i förevarande fall, eftersom de omtvistade bestämmelserna rör samma sak som dem i artikel 11 (reklamavbrotts förläggning i tiden) och på den grunden att medlemsstaterna, eftersom artikel 20 hänvisar till artikel 11, har rätt att fastställa ytterligare regler av samma slag som dem som anges i artikel 11 endast under de omständigheter som anges i artikel 20, det vill säga då sändningarna i fråga endast kan tas emot inom det nationella territoriet.

69. Jag anser emellertid att det är tillräckligt att konstatera att det uttryckligen föreskrivs att artikel 20 skall tillämpas "utan

att det påverkar tillämpningen av artikel 3". Det faktum att artikel 20 rör "andra" villkor än dem som avses i artikel 11 tyder dessutom på att den förstnämnda artikeln är avsedd att gälla för andra slags regler än dem som är tillåtna enligt artikel 3.1, i vilken det talas om "mer detaljerade eller striktare regler". Denna uppfattning har även stöd i ordalydelsen i tjugosjunde respektive tjugoåttonde övervägandet i ingressen till det ursprungliga direktivet, där det görs en åtskillnad mellan "mer detaljerade eller striktare regler" och "olika villkor".

70. Såsom domstolen har konstaterat i domen i målet Leclerc-Siplec [25], i fråga om artikel 19 i det ursprungliga direktivet, kan man varken av övervägandena i ingressen eller av direktivets syfte dra slutsatsen att direktivet måste tolkas så, att det berövar medlemsstaterna den handlingsfrihet som de åtnjuter enligt artikel 3.1. [26] Att medlemsstater ålägger TV-programföretag inom deras jurisdiktion striktare regler kan dessutom inte på något sätt försvåra förverkligandet av direktivets syfte, att säkerställa frihet att tillhandahålla sådana sändningstjänster som uppfyller de minimikrav som uppställs i direktivet. [27]

71. Jag anser därför att artikel 3.1 i direktivet ger medlemsstaterna möjlighet att tillämpa sådana regler som nettoprincipen, som är striktare än bruttoprincipen, på programföretag inom deras jurisdiktion, under förutsättning att reglerna är förenliga med andra relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser.

Den andra frågans andra del

72. Efter att ha slagit fast att det inte strider mot direktivet att en medlemsstat tillämpar nettoprincipen på TV-programföretag inom deras jurisdiktion, kommer jag att undersöka huruvida det är förenligt med fördraget och allmänna rättsprinciper att tillämpa den principen.

73. Oberlandesgericht Stuttgart har i detta avseende hänvisat till artiklarna 5, 6, 30, 59 och 85 i fördraget (enligt tidigare gällande numrering) samt till den allmänna likhetsprincipen.

74. Artikel 3.1 i direktivet ger inom de områden som omfattas av direktivet endast möjlighet att anta mer detaljerade eller striktare regler (och således nettoprincipen) för de programföretag som lyder under den lagstiftande statens jurisdiktion. Det skulle emellertid av följande skäl kunna hävdas att en medlemsstats antagande av nettoprincipen enligt artikel 3.1 även kan ha gränsöverskridande verkningar för tjänster och varor.

25 — Se ovan fotnot 20.
26 — Punkt 42 i domen.
27 — Punkt 44 i domen.

75. För det första skulle det kunna hävdas att det lägre antalet attraktiva reklamavbrott och det högre pris för dessa som troligen skulle följa av denna minskning skulle försvåra för personer som är etablerade i utlandet och som säljer varor eller tjänster att göra reklam för dessa i staten i fråga.

76. För det andra har det i domstolens rättspraxis och i ingressen till direktivet konstaterats att tillhandahållande av sändningstjänster i allmänhet och sändning av TV-reklam i synnerhet omfattas av fördragets regler om tjänster.[28] Om antalet tillgängliga attraktiva reklamavbrott begränsas kan det hävdas att programföretags möjlighet att erbjuda sändningstjänster för ändamålet att sända reklam på uppdrag av kunder (det vill säga annonsörer) som är etablerade i andra medlemsstater påverkas. Om en stat tillämpar nettoprincipen kan ett programföretag som lyder under den statens jurisdiktion sägas ha en konkurrensnackdel jämfört med ett programföretag i en stat som tillämpar bruttoprincipen (under förutsättning att båda programföretagen kan sända program som kan ses i det andra företagets stat), eftersom det förstnämnda företaget i en sådan situation kan erbjuda ett lägre antal attraktiva reklamavbrott, vilka av den anledningen dessutom antagligen är dyrare, än det sistnämnda företaget.

77. Argumentet att detta innebär ett fördragsbrott kan emellertid förkastas relativt enkelt. Vad först gäller artikel 30 (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse), vill jag erinra om domen i det ovannämnda målet Leclerc-Siplec[29], där domstolen fann att ett förbud mot TV-reklam på ett visst område (försäljning) inte omfattades av tillämpningsområdet för den artikeln. Eftersom den ifrågavarande begränsningen av reklam i detta mål är av samma art som den som prövades i målet Leclerc-Siplec, men är mindre ingripande, anser jag att tillämpningen av nettoprincipen inte faller inom tillämpningsområdet för den artikeln.

78. Vad gäller tillämpningen av artikel 59 (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse), i den utsträckning som nettoprincipen begränsar friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i den artikeln, kan sådana begränsningar enligt min mening motiveras av konsumentskyddshänsyn.

79. Domstolen har redan accepterat att vissa begränsningar i fråga om sändning av reklam, inklusive en begränsing av

28 — Se särskilt den tidiga domen av den 30 april 1974 i mål 155/73, Sacchi (REG 1974, s. 409; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269), punkt 6. Se även punkt 48 i den ovannämnda domen i målet De Agostini och TV-shop samt punkt 106 i förslaget till avgörande i det målet.

29 — Se ovan fotnot 20.

reklaminslagens längd eller visningsfrekvens, kan vara motiverade av hänsyn till tvingande skäl hänförliga till allmänintresset, om de införs för att skydda konsumenter mot att bli utsatta för alltför mycket reklam, eller för att uppnå det kulturpolitiska målet att säkerställa att programmen håller en viss kvalitet, eller för att bevara en viss mångfald (se domen i målet Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl. [30]).

80. Enligt ARD ingår konsumentskydd och skydd för konstnärliga arbeten bland syftena med nettoprincipen. Kommissionen har däremot hävdat att anledningen till att nettoprincipen tillämpas i Tyskland är att man vill förhindra att reklampriserna sjunker, vilket skulle minska de offentliga sändningsmyndigheternas intäkter. Syftena är enligt kommissionen att bevara mångfalden i massmedia, av kulturpolitiska skäl, samt att motverka illojal konkurrens.

81. Jag anser att det står klart att nettoprincipen kan motiveras av konsumentskyddshänsyn. Direktivet ger visserligen redan i sig visst skydd mot alltför omfattande reklaminslag, av hänsyn till konsumenterna. Detta kan emellertid inte anses innebära att medlemsstaterna med nödvändighet saknar möjlighet att införa striktare regler under åberopande av konsumentskyddshänsyn. Direktivet syftar ju uttryckligen endast till att uppnå en minimiharmonisering. Om medlemsstaterna inte hade någon sådan möjlighet skulle, såsom kommissionen har påpekat, direktiv om minimiharmonisering förvandlas till direktiv om fullständig harmonisering, vilka ålägger maximiregler.

82. Såsom kommissionen har hävdat kan det inte heller anses att tillämpningen av nettoprincipen skulle strida mot proportionalitetsprincipen, eftersom den vid en jämförelse med bruttoprincipen inte förefaller ha någon större inverkan på friheten att tillhandahålla tjänster samt dess verkningar uppenbarligen inte är oproportionerliga i förhållande till de syften som eftersträvas med den nationella regleringen.

30 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89 (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, volym 11), punkterna 27 och 23.

83. Det föreligger inte någon diskriminering på grund av nationalitet i den mening som avses i artikel 6 i fördraget (nu artikel 12 EG i ändrad lydelse). Att Tyskland tillämpar striktare regler på sina inhemska programföretag än andra medlemsstater tillämpar på sina programföretag är inte något som faller inom tillämpningsområdet för den artikeln, eftersom den inte kräver att en medlemsstat skall behandla sina egna programföretag på samma sätt som andra medlemsstater behandlar sina programföretag. [31]

84. Inte heller kan likhetsprincipen anses åsidosatt. Även om olika villkor kan gälla för programföretag i olika medlemsstater, med resultatet att det kan råda vissa ojämlikheter i konkurrensvillkoren, förefaller sådana ojämlikheter vara en naturlig följd av en lagstiftning som föreskriver minimiregler. Domstolen har i andra sammanhang godtagit att sådana verkningar är ofrånkomliga då det är fråga om harmoniseringsåtgärder som syftar till införande av minimikrav och som därför inte kan anses vara rättsstridiga. [32]

85. Det är slutligen svårt att förstå hur artikel 85 (nu artikel 81 EG) och artikel 5 (nu artikel 10 EG) kan vara relevanta, eftersom det inte har påståtts föreligga något avtal mellan företag. Det har inte heller gjorts gällande att tillämpningen av nettoprincipen skulle tvinga fram eller utgöra ett incitament till att företag ingick avtal eller skulle förstärka verkningarna av sådana avtal. Inte heller har det påståtts att den omtvistade lagen innebär att privata företag ges bemyndigande att utfärda regler om TV-reklam.

31 — Se exempelvis dom av den 7 maj 1992 i de förenade målen C-251/90 och C-252/90, Wood och Cowie (REG 1992, s. I-2873), punkt 19.

32 — Se dom av den 19 oktober 1995 i mål C-128/94, Hönig (REG 1995, s. I-3389), punkt 17.

Förslag till avgörande

86. Följaktligen skall enligt min mening de tolkningsfrågor som Oberlandesgericht Stuttgart har ställt besvaras enligt följande:

1) Artikel 11.3 i rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television, i dess ursprungliga lydelse och i dess lydelse enligt artikel 1.13 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997, skall tolkas så, att den föreskriver att bruttoprincipen skall tillämpas, vilket innebär att reklaminslagens sändningstid skall medräknas i den 45-minutersperiod som ligger till grund för beräkningen av det tillåtna antalet reklamavbrott i en sändning av audiovisuella produktioner, såsom till exempel spelfilm och filmer gjorda för TV. Sådana avbrott är emellertid endast tillåtna under förutsättning att varken programmets integritet och värde eller innehavarnas rättigheter kränks.

2) Under samma förutsättningar står det medlemsstaterna fritt att enligt artikel 3.1 i direktivet föreskriva att nettoprincipen skall gälla för TV-programföretag inom deras jurisdiktion, det vill säga att reklamens sändningstid inte skall beaktas vid bestämmandet av denna period.