Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 1. juli 2015 [1]

Sag C-347/14

New Media Online GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Verwaltungsgerichtshof (Østrig))

»Fri udveksling af tjenesteydelser — udbud af audiovisuelle medietjenester — direktiv om audiovisuelle medietjenester — artikel 1, stk. 1, litra a), b) og g) — begreberne »program« og »audiovisuelle medietjenester« — korte videoer, der er tilgængelige på webstedet for en avis«

Indledning

1. »Alle ved, hvordan en hest ser ud.« Sådan lød en af definitionerne i den første polske encyklopædi fra det 18. århundrede [2]. Sådan forholder det sig tilsyneladende også i relation til definitionen af audiovisuelle medietjenester på internettet, som udgør genstanden for den foreliggende sag: Alle er i stand til intuitivt at beskrive en sådan tjeneste. Men når begrebet skal gives en juridisk definition, er det vanskeligt at finde et begreb, der både er tilstrækkeligt præcist og tilstrækkeligt bredt.

2. Dette skyldes efter min opfattelse, at fastlæggelsen af de retlige rammer for internettets funktion udgør en af de største udfordringer, som lovgivningen og retspraksis i alle verdens lande står over for i dag, herunder Den Europæiske Union og medlemsstaterne. Den hidtil usete mangfoldighed og den virtuelt uendelige mængde af tilgængelige informationer, fraværet af nationale grænser, som kunne hindre informationsstrømmen mærkbart, letheden, hvormed enhver frit kan offentliggøre og sprede information til et næsten ubegrænset antal modtagere, og endelig opdelingen mellem den virtuelle, digitale verden og den materielle verden kræver nye retlige instrumenter, der ofte bygger på et helt nyt grundlag [3]. Endvidere ændrer denne virkelighed sig i et hæsblæsende tempo, som langt overstiger lovgivers evne til at reagere på disse forandringer, navnlig i demokratiske lande. Anvendelsen af regler, der er affattet med henblik på en analog verden i en digital tidsalder, er forbundet med en række vanskeligheder. Denne sag illustrerer de dilemmaer, som de myndigheder, der skal påse, at lovgivningen overholdes, og regulere markedet, står over for.

1 — Originalsprog: polsk.

2 — B. Chmielowski, *Nowe Ateny*, Lwów 1745-1746, s. 475.

3 — Et godt eksempel på, hvor lidt de nuværende retlige kategorier svarer til den nye virkelighed, er den forlegenhed, hvormed vi kvalificerer digital distribution af bøger som »tjenesteydelser« (e-books) (jf. domme Kommissionen mod Frankrig, C-479/13, EU:C:2015:141, og Kommissionen mod Luxembourg, C-502/13, EU:C:2015:143).

Retsforskrifter

EU-retten

3. De relevante retsforskrifter i denne sag skal findes i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU af 10. marts 2010 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester)[4]. Den fortolkning, som den forelæggende ret har anmodet om, kræver, at der ud over direktivets bestemmelser også tages hensyn til visse betragtninger, der henviser til det anvendelsesområde, som lovgiver har tiltænkt direktivet.

4. Følgende fremgår af 11., 21., 22., 24., 28. og 29. betragtning til direktiv 2010/13:

»(11) For at undgå konkurrenceforvridning, forbedre retssikkerheden, bidrage til gennemførelsen af det indre marked og lette etableringen af et fælles område for information er det nødvendigt mindst at indføre et sæt fælles grundregler for alle audiovisuelle medietjenester, såvel fjernsynsudsendelser (dvs. lineære audiovisuelle medietjenester) som on-demand tjenester (dvs. ikke-lineære audiovisuelle medietjenester).

[…]

(21) Med henblik på dette direktiv bør definitionen af en audiovisuel medietjeneste kun dække audiovisuelle medietjenester, hvad enten de er fjernsynsudsendelser eller on-demandbaserede, der er massemedier, dvs. som er bestemt for og vil kunne have en klar indvirkning på en betydelig del af offentligheden. Definitionen bør kun omfatte tjenester, der falder inden for definitionen af tjenesteydelser i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, og bør således omfatte enhver form for økonomisk virksomhed, herunder udøvet af public service-foretagender, men ikke virksomhed, der overvejende er af ikke-økonomisk art, og som ikke konkurrerer med tv-spredning, som f.eks. private websteder og tjenester, der består i at udbyde eller distribuere audiovisuelt indhold, skabt af private brugere til deling eller udveksling inden for interessegrupper.

(22) Med henblik på dette direktiv bør definitionen af en audiovisuel medietjeneste dække massemedier, hvis funktion er at informere, underholde og oplyse offentligheden og bør omfatte audiovisuel kommerciel kommunikation, men bør udelukke enhver form for privat korrespondance, som f.eks. e-mails, der udsendes til et begrænset antal modtagere. Definitionen bør udelukke alle tjenester, hvis hovedformål ikke er distribution af audiovisuelt indhold, dvs. hvis eventuelle audiovisuelle indhold blot er accessorisk til tjenesten. Eksempler på dette kunne være websteder, der kun indeholder audiovisuelle elementer, der fungerer som støtte, f.eks. animerede grafiske elementer, korte reklamespots eller information om et produkt eller en ikke-audiovisuel tjeneste. […]

[…]

(24) Det er kendetegnende for on-demand audiovisuelle tjenester, at de er »tv-lignende«, dvs. at de konkurrerer om samme seere som fjernsynsudsendelser, og at deres art og måden, hvorpå man får adgang til dem, med rimelighed vil få brugeren til at forvente, at tjenesterne er reguleret ved dette direktiv. I lyset af dette og for at hindre skævheder med hensyn til fri bevægelighed og konkurrence bør begrebet »program« derfor fortolkes dynamisk under hensyn til udviklingen inden for tv-spredning.

4 — EUT L 95, s. 1.

[…]

(28) Direktivets anvendelsesområde bør ikke dække elektroniske udgaver af aviser og blade.

(29) Alle de egenskaber ved en audiovisuel medietjeneste, som er angivet i definitionen og forklaret i [21. til 28.] betragtning […], bør være til stede samtidigt.«

5. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige en fortolkning af bestemte definitioner i direktiv 2010/13. Disse definitioner fremgår af direktivets artikel 1, der bestemmer:

»1. I dette direktiv forstås ved:

a) »audiovisuel medietjeneste«:

i) en tjeneste som defineret i artikel 56 og 57 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, som en medietjenesteudbyder har det redaktionelle ansvar for, og hvis hovedformål er at udbyde informerende, underholdende eller oplysende programmer til offentligheden via elektroniske kommunikationsnet som defineret i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/21/EF. Sådanne audiovisuelle medietjenester er enten fjernsynsudsendelser som defineret i litra e) i nærværende stykke eller on-demand audiovisuelle medietjenester som defineret i litra g) i nærværende stykke

[…]

b) »program«: et sæt levende billeder med eller uden lyd, der udgør en individuel del inden for en programflade eller et katalog udarbejdet af en medietjenesteudbyder, og hvis form og indhold kan sammenlignes med form og indhold af tv-spredning. Programmer kan eksempelvis være film af spillefilmslængde, sportsbegivenheder, sitcom-serier, dokumentarprogrammer, børneprogrammer og tv-drama

[…]

g) »on-demand audiovisuel medietjeneste« (dvs. en ikke-lineær audiovisuel medietjeneste): en audiovisuel medietjeneste, der udbydes af en medietjenesteudbyder med henblik på modtagelse af programmer på et brugervalgt tidspunkt og på den enkelte brugers anmodning på grundlag af et programkatalog udvalgt af medietjenesteudbyderen

[…]«

Østrigsk ret

6. Direktiv 2010/13 er gennemført i østrigsk ret ved Bundesgesetz über audiovisuelle Mediendienste (lov om audiovisuelle medietjenester, herefter »AMD-G«)[5]. Definitionerne af audiovisuel medietjeneste, on-demand audiovisuel medietjeneste og program fremgår af AMD-G's § 2, nr. 3, 4 og 30. De svarer i deres ordlyd til de tilsvarende definitioner i direktiv 2010/13.

7. Det følger af AMD-G's § 9, stk. 1:

»Tv-spredningsforetagender, medmindre de er omfattet af et krav om tilladelse i henhold til § 3, stk. 1, samt udbydere af on-demand medietjenester skal, senest to uger før de påbegynder deres virksomhed, give meddelelse herom til tilsynsmyndigheden.«

5 — BGBl nr. 84/2001, som ændret.

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

8. New Media Online GmbH (herefter »New Media Online«), der er et østrigsk selskab, driver avisen Tiroler Tageszeitungs websted under navnet Tiroler Tageszeitung Online[6]. Webstedet indeholder bl.a. et separat link med betegnelsen »Videoer«, der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen omfattede et katalog med ca. 300 videoer. Disse videoer, der varer fra et par sekunder til flere minutter, var i mere eller mindre grad emnemæssigt forbundet med webstedets øvrige indhold og hidrørte fra forskellige kilder (egne videoer, materiale fremstillet af lokal-tv eller tilvejebragt af webstedets brugere osv.).

9. Ved afgørelse af 9. oktober 2012 fastslog Kommunikationsbehörde Austria (den østrigske kommunikationsmyndighed), at linket »Videoer« på Tiroler Tageszeitung Onlines websted udgjorde on-demand audiovisuel medietjeneste som omhandlet i AMD-G, der er omfattet af meddelelsespligten i henhold til AMD-G's § 9, stk. 1.

10. Selskabet New Media Online iværksatte appel til prøvelse af denne afgørelse ved Bundeskommunikationssenat (den kompetente myndighed på telekommunikationsområdet), som traf afgørelse den 13. december 2012. Selskabet indbragte dernæst denne afgørelse for Verwaltungsgerichtshof (øverste forvaltningsdomstol).

11. Under disse omstændigheder har Verwaltungsgerichtshof udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, stk. 1, litra b), i [direktiv 2010/13] fortolkes således, at det kan lægges til grund, at en tjeneste, der skal undersøges, i form og indhold i fornødent omfang kan sammenlignes med tv-spredning, når sådanne tjenester også tilbydes i forbindelse med tv-spredning, der kan anses for massemedier, som er bestemt for og vil kunne have en klar indvirkning på en betydelig del af offentligheden?

2) Skal artikel 1, stk. 1, litra a), nr. i), i [direktiv 2010/13] fortolkes således, at der i forbindelse med elektroniske udgaver af aviser ved undersøgelsen af hovedformålet med en tilbudt tjeneste kan tages udgangspunkt i et delområde, hvor der hovedsageligt udbydes korte videoer samlet, som i andre dele af det pågældende elektroniske mediums websted kun anvendes som støtte til tekster i online-dagbladet?«

12. Anmodningen om præjudiciel afgørelse blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 18. juli 2014. Skriftlige indlæg blev indgivet af New Media Online, den svenske regering og Europa-Kommissionen. New Media Online og Kommissionen deltog i retsmødet, der fandt sted den 22. april 2015.

Bedømmelse

13. Den forelæggende ret ønsker en fortolkning af to af de kriterier, der gør det muligt at kvalificere en tjenesteydelse som en audiovisuel medietjeneste som omhandlet i direktiv 2010/13. Jeg bestrider ikke betydningen af disse to kriterier. Efter min opfattelse rejser nærværende sag imidlertid flere generelle spørgsmål i relation til direktivets anvendelsesområde for så vidt angår indhold, der er offentligt tilgængeligt via internettet. Derfor vil jeg også foreslå, at den problemstilling, som den forelæggende ret har rejst, anskues mere generelt. Dette synes hensigtsmæssigt, navnlig fordi Domstolen i denne sag for første gang får lejlighed til at udtale sig om fortolkningen af begrebet audiovisuelle medietjenester som omhandlet i direktivet.

6 — www.tt.com.

14. Inden jeg tager stilling til dette spørgsmål, vil jeg først kort redegøre for tilblivelseshistorien for de EU-retlige bestemmelser på området for audiovisuelle medietjenester[7].

Direktiv 2010/13's tilblivelseshistorie

15. Selv om Domstolen siden 1974 har anset fjernsynsudsendelser for at udgøre en tjenesteydelse som omhandlet i traktaten[8], blev dette område først genstand for fællesskabslovgivers opmærksomhed i 1980'erne. Dette skyldes, at det traditionelle jordbaserede fjernsyn var afhængigt af tilgængeligheden af radiofrekvenser. Medlemsstaterne, der rådede over radiofrekvenser og forestod tildelingen af disse til forskellige tv-stationer, udstedte en sendetilladelse til tv-stationerne, som kun gjaldt deres respektive område. Tv-tjenesterne havde derfor kun en minimal grænseoverskridende betydning.

16. Situationen ændrede sig med udviklingen af kabel-tv, og navnlig satellit-tv. Den nye teknologi gav ikke blot mulighed for at øge antallet af tv-kanaler betragteligt, men også at nå seere uden for den medlemsstat, hvor udbyderen var etableret. Dette åbnede markedet for et indre marked for tv-tjenester.

17. Lovgivningsarbejdet blev indledt med Kommissionens grønbog af 14. juni 1984 om tv uden grænser[9]. Arbejdet førte til vedtagelsen af direktivet om fjernsyn uden grænser[10]. Dette direktiv fastsatte princippet om modtagefrihed for fjernsynsudsendelser, der transmitteres fra en medlemsstat til de øvrige medlemsstaters område. Til gengæld pålagde direktivet samtlige radiospredningsorganer i Fællesskabet minimumskrav, hvorved der indførtes kvalitative og kvantitative begrænsninger for reklamer, sponsorering og teleshopping, samt krav om beskyttelse af mindreårige og offentlighedens interesse, ligesom der blev indført en ret til at tage til genmæle. De regler, der var fastsat i direktivet om de forskellige medlemsstaters kompetence i forhold til radiospredningsorganerne, sikrede, at ethvert organ kun var undergivet lovgivningen og tilsynsmyndighederne i en medlemsstat. Direktivet om »fjernsyn uden grænser« pålagde endvidere tv-radiospredningsorganer en forpligtelse til at fremme europæiske produktioner. Ved en ændring af direktivet om »fjernsyn uden grænser« i 1997[11] fik medlemsstaterne navnlig mulighed for at anføre de begivenheder, hvis retransmission ikke udelukkende skal kunne forbeholdes betalingskanaler.

18. Den hurtige teknologiske udvikling på området for elektroniske medier omkring århundredskiftet gav ikke alene mulighed for i endnu højere grad at øge omfanget af traditionelle tv-tilbud, men banede også vejen for nye former for audiovisuelle tjenester, såsom enhver form for on-demand tjenester. Internettet undergik en selvstændig udvikling – både for så vidt angår indhold og tilgængelighed for brugerne – og blev et nyt medium i det 21. århundrede. De teknologiske fremskridt blev efterfulgt af en gradvis ændring i brugernes adfærd og forventninger. Mens den retlige situation forblev uændret, medførte udviklingen en stigende konkurrencemæssig ubalance på markedet for audiovisuelle tjenester.

7 — Jeg henviser til bestemmelserne vedrørende indhold transmitteret ved hjælp af audiovisuelle medier. Der ses herved bort fra bestemmelserne om telekommunikationsnettets funktion og adgangen hertil samt bestemmelserne vedrørende informationssamfundets tjenester, som ikke er audiovisuelle, og beskyttelsen af ophavsretten osv., da disse bestemmelser ikke er genstand for nærværende sag.

8 — Dom Sacchi (155/73, EU:C:1974:40, præmis 6).

9 — Fjernsyn uden grænser: Grønbog om etableringen af det fælles marked for radiospredning, specielt ved satellit- og kabelfremføring (KOM(84) 300 endelig).

10 — Rådets direktiv 89/552/EØF af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv- radiospredningsvirksomhed (EFT L 298, s. 23). Jf. om dette emne C. Mik, *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 1999, s. 239-243.

11 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30.6.1997 om ændring af Rådets direktiv 89/552/EØF (EFT L 202, s. 60).

19. Behovet for ændringer blev påpeget af Kommissionen i den fjerde beretning om gennemførelsen af direktiv 89/552[12] samt i meddelelsen om den fremtidige europæiske lovgivningspolitik på det audiovisuelle område[13]. Efter afslutningen af forarbejderne og gennemførelsen af omfattende høringer vedtog Kommissionen et udkast til et direktiv om ændring af direktiv 89/552[14]. Bortset fra enkelte mindre ændringer blev dette udkast vedtaget som direktiv 2007/65[15].

20. Dette direktiv ændrede navnlig direktiv 89/552. For det første blev selve titlen på direktivet ændret som følge af en terminologisk ændring: Der var ikke længere tale om tv-spredningsvirksomhed, men om audiovisuelle medietjenester. Direktivets materielle bestemmelser, bl.a. vedrørende reklame og andre former for promovering af varer og tjenesteydelser, blev grundlæggende revideret hen imod en liberalisering. Den vigtigste ændring med henblik på nærværende sag er udvidelsen af anvendelsesområdet for direktivets bestemmelser til at omfatte de såkaldte »ikke-lineære« audiovisuelle tjenester, der går under fællesbetegnelsen »on-demand-tjenester«. Disse tjenester blev i store træk omfattet af bestemmelserne om beskyttelse af mindreårige og den offentlige interesse, reklame samt bestemmelser, der tog sigte på at fremme europæiske produktioner. Mere detaljerede bestemmelser regulerede lineære tjenester, dvs. det traditionelle fjernsyn. Med direktiv 2010/13 blev direktiv 89/552 kodificeret, så det omfatter de ændringer, der blev indført ved direktiv 2007/65[16].

21. Som det fremgår af ovenstående betragtninger, der i sagens natur udgør en meget kort sammenfatning, er reguleringen af ikke-lineære audiovisuelle tjenester blot afledt af reglerne om lineære tjenester, dvs. af reglerne om fjernsyn. Efter min opfattelse skal definitionen af audiovisuelle medietjenester i direktiv 2010/13 fortolkes på baggrund af direktivets tilblivelseshistorie, idet de skal placeres i informationssamfundets virkelighed.

Definition af audiovisuelle medietjenester i forbindelse med informationssamfundet

Udvikling af internet og audiovisuelle medietjenester

22. Parallelt med tv-udviklingen, beskrevet ovenfor, fandt en anden udvikling sted, som nogle gange beskrives som en ren revolution, nemlig tilblivelsen og udbredelsen af et verdensomspændende informationsnet, dvs. internettet. Fra at have været en teknisk kuriositet, der var forbeholdt en begrænset kreds af specialister, blev internettet over et tidsrum på nogle årtier et almindeligt hverdagsværktøj, der blev anvendt i forbindelse med arbejde, uddannelse og underholdning. En række aktiviteter er helt eller delvist blevet overført til nettet: E-mail erstatter den traditionelle brevkorrespondance, informationsportaler erstatter aviser, elektronisk handel erstatter forretninger i den virkelige verden, online-datingsites erstatter ægteskabsbureauer osv. Internettet har imidlertid også frembragt en række nye fænomener, der er særlige for dette medium, eksempelvis de nye kommunikationsmidler i form af diskussionsfora eller sociale netværk, hvor de mest kendte er Facebook og Twitter.

12 — Fjerde beretning fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget om gennemførelsen af direktiv 89/552/EØF om »fjernsyn uden grænser« (KOM(2002) 778 endelig).

13 — Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget – den fremtidige europæiske lovgivningspolitik på det audiovisuelle område (KOM(2003) 784 endelig).

14 — KOM(2005) 464 endelig.

15 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 11.12.2007 om ændring af direktiv 89/552/EØF om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-spredningsvirksomhed (EUT L 332, s. 27).

16 — For flere oplysninger om udviklingen i EU-lovgivningen på området for audiovisuelle tjenester se f.eks. K. Chałubińska-Jentkiewicz, *Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej*, Warszawa 2013, s. 78-118; M. Burri-Nenova, The New Audiovisual Media Services Directive: Television Without Frontiers, Television Without Cultural Diversity, *Common Market Law Review*, Bind 44(2007), s. 1689 (på s. 1693 ff.).

23. »Internetiseringen« stoppede ikke ved de audiovisuelle tjenester. Navnlig udviklingen af bredbåndsinternet – gennem gentagen forøgelse af hastigheden for datatransmissioner – gjorde det muligt dels at sprede lineære og ikke-lineære audiovisuelle tjenester via internettet (Internet Protocol Television, IPTV), dels at frembringe et i praksis ubegrænset antal nye udbydere og nye former for audiovisuelle tjenester.

24. Med bredbåndsinternettet følger også andre fænomener, der er relevante for nærværende vurdering, nemlig multimedier. I den analoge tidsalder og i opstarten af internettets udvikling var skrift, lyd og billede, navnlig animerede billeder, helt adskilt. Aviser og bøger var kilder til det skrevne ord, som nogle gange var illustreret ved hjælp af fotos eller tegninger, radioen var udelukkende et auditivt medium, mens biograf og fjernsyn var audiovisuelle medier, dvs. at de kombinerede det animerede billede med lyd. Internettet gjorde det muligt at udsende indhold til offentligheden, som kombinerede alle tre medietyper. På denne måde er informationsportaler på internettet ikke henvist til kun at udbrede tekst, idet de kan illustrere og supplere med videoer, mens undervisnings- og uddannelsessteder kan berige det didaktiske indhold med optagelser fra konferencer, og sportsklubber kan illustrere referater med videoklip fra sportskampe osv.

25. I dag tilbyder enhver internetportal med respekt for sig selv ikke kun skriftlige og grafiske dokumenter, men også audiovisuelle elementer, der i større eller mindre omfang er tematisk knyttet til portalen i øvrigt. Disse elementer kan indgå som en integrerende del i tekster, men kan også udgøre selvstændige dele. Uanset dette er webstedet generelt opbygget således, at de audiovisuelle elementer er samlet på separate sider, der enten er knyttet til portalens forskellige emner eller udgør en helt separat del, der går under fællesbetegnelsen »video« eller »tv« (selv om det ikke reelt udgør et tv, dvs. en lineær tjeneste).

26. Ud fra et juridisk synspunkt er spørgsmålet, om indhold af denne karakter fuldt ud kan betragtes som audiovisuelle medietjenester, og, i benægtende fald, hvor grænsernes skal drages. Direktivets anvendelsesområde i forhold til dette indhold giver anledning til tvivl og er behandlet forskelligt i medlemsstaternes lovgivning og tilsynsmyndighedernes praksis[17]. Denne situation står i modsætning til kravet om en ensartet anvendelse af direktivets bestemmelser inden for hele EU.

Anvendelsen af direktiv 2010/13 på audiovisuelle elementer i internetportaler

27. I den afgørelse, der er genstand for hovedsagen, har den østrigske tilsynsmyndighed anlagt en vid definition af begrebet audiovisuelle medietjenester, idet den anser kataloget med audiovisuelt indhold, som tilbydes på Tiroler Tageszeitung Onlines websted under afsnittet »videoer«, for at udgøre en del heraf.

28. Selv om en sådan antagelse kunne begrundes i direktiv 2010/13, er det min opfattelse, at en så vid fortolkning af direktivets anvendelsesområde af flere grunde er forfejlet.

29. For det første synes en sådan fortolkning ikke at være i overensstemmelse med de mål, som lovgiver har tilstræbt gennem vedtagelsen af direktivet om audiovisuelle medietjenester[18]. Som anført ovenfor er reglerne om audiovisuelle tjenester blot afledt af reglerne om lineære tjenester, dvs. det traditionelle fjernsyn (traditionel for så vidt angår indhold og programfladen, og ikke for så vidt angår spredningsteknikken). Ifølge begrundelsen for forslaget til direktiv 2007/65[19] og betragtningerne til

17 — Jf. om udviklingen af EU-lovgivningen på området for audiovisuelle tjenester f.eks. F.J. Cabrera Blázquez, On-demand Services: Made in the Likeness of TV?, i: *What Is an On-demand Service*, IRIS-Plus 2013-4, European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2013, s. 7, J. Metzdorf, The Implementation of the Audiovisual Media Services Directive by National Regulatory Authorities. National Responses to Regulatory Challenges, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Bind 5(2014), Issue 2, s. 88.

18 — Ved denne betegnelse henviser jeg alt efter, hvilken periode der er tale om, til direktiv 89/552, som ændret ved direktiv 2007/165, eller til direktiv 2010/13.

19 — KOM(2005) 646 endelig.

direktiv 2010/13 [20] skal reglerne for ikke-lineære tjenester sikre, at konkurrencen ikke forvrides mellem lignende økonomisk aktiviteter ved at der i det mindste i det væsentlige anvendes analoge regler på disse aktiviteter. Der er efter min opfattelse ingen grund til at anlægge en vid fortolkning af dette mål og lade tjenester, som ikke er i direkte konkurrence med tv-spredning, omfatte heraf.

30. For det andet indebærer den fortolkning, som den østrigske tilsynsmyndighed har anlagt i hovedsagen, at direktivet om audiovisuelle medietjenester ville omfatte et betydeligt antal operatører, som ganske vist driver et websted med audiovisuelt indhold, men hvis primære mål ikke er at tilbyde audiovisuelle tjenester som omhandlet i direktivet. De forpligtelser, som direktiv 2010/13 pålægger udbydere af ikke-lineære tjenester, er ganske vist minimumskrav, men når en tjeneste er omfattet af bestemmelser, der gennemfører direktivet, indebærer dette efter de nationale tilsynsmyndigheders praksis som minimum en registreringspligt, og i visse medlemsstater yderligere forpligtelser i form af betaling af en afgift (Det Forenede Kongerige), eller en indberetningspligt (Frankrig). Selv om en sådan registrering ikke har karakter af en tilladelse til at udøve den pågældende aktivitet, indebærer den ikke desto mindre, at en stor del af den aktivitet, der udøves på internettet, underkastes en administrativ kontrol, hvilket kan give det indtryk, at handlefriheden for dette medium begrænses.

31. Et ønske om at udstrække den administrative kontrol til alt for mange af de områder, der indgår i funktionen af et websted, ville tillige udgøre en kæmpe udfordring for tilsynsmyndighederne i medlemsstaterne, når henses til, hvor nemt det er at oprette disse websteder og offentliggøre alle former for indhold, herunder audiovisuelt indhold. At forsøge at anvende for vide regler kunne derfor resultere i, at direktivet mister sin effektive virkning selv på det område, det er tiltænkt.

32. For det tredje indebærer det synspunkt, som er fremført af den østrigske tilsynsmyndighed, at anvendelsen af direktivet vil afhænge af det pågældende websteds konkrete opbygning. Ifølge en sådan fortolkning er det alene det audiovisuelle indhold samlet i kataloget, der udgør en audiovisuel medietjeneste som omhandlet i direktivet. Såfremt det samme indhold derimod opdeles, så det optræder flere forskellige stedet på webstedet, anses det for at udgøre en integrerende del af webstedet og ikke for en separat tjeneste, og dermed omfattes det ikke af direktivets bestemmelser. Efter min opfattelse er der imidlertid udelukkende tale om en bestemt teknisk løsning, som ikke kan have nogen indvirkning på anvendelsen af direktivets bestemmelser. Spørgsmålet om, hvorvidt en tjeneste er omfattet af direktivet, kan ikke afhænge af opbygningen af det websted, hvor den pågældende tjeneste tilbydes.

33. Jeg bestrider ikke, at ordlyden af direktiv 2010/13 kunne tale for den fortolkning, som den østrigske tilsynsmyndighed har anlagt, eller at der i hvert fald er tale om en fortolkning, som direktivet giver mulighed for. Det er imidlertid min opfattelse, at denne fortolkning ikke er i overensstemmelse med lovgivers vilje. Af de ovenfor anførte grunde er det tillige min opfattelse, at denne fortolkning ikke gør det muligt effektivt at nå de mål, der tilstræbes med direktivet, ligesom den heller ikke bidrager til en ensartet anvendelse af direktivet i alle medlemsstater.

34. Direktivet om audiovisuelle medietjenester synes ikke at være fremtidssikret, således som dets ophavsmænd ønskede [21]. Flere af de formuleringer, som det indeholder, er upræcise eller er ikke tilpasset bredbåndsinternettet. Anlægges der imidlertid en dynamisk fortolkning af direktivet, er det muligt at give det et indhold, som svarer til nutiden og den hurtige udvikling af internettet.

20 — Jf. 11. og 24. betragtning til direktiv 2010/13.

21 — V. Reding, The Audiovisual Media Services Directive: the Right Instrument to Provide Legal Certainty for Europe's Media Business in the Next Decade, *ERA Forum*, 2006-2, s. 265.

Elementerne i definitionen af audiovisuelle medietjenester i henhold til direktiv 2010/13

35. Definitionen af audiovisuelle medietjenester fremgår af artikel 1, stk. 1, litra a), i direktiv 2010/13, idet bemærkes, at visse af de deri anvendte ord også er anvendt i de følgende litraer i samme artikel. Den retlige ramme, som fastlægger det materielle anvendelsesområde for direktiv 2010/13, fremgår tillige af betragtningerne til dette direktiv, som henviser direkte til definitionerne i artikel 1 eller mere generelt til direktivets anvendelsesområde.

36. I henhold til artikel 1, stk. 1, litra a), nr. i) [22], i direktiv 2010/13, sammenholdt med 29. betragtning til samme direktiv, skal en audiovisuel medietjeneste opfylde følgende kriterier:

— være af økonomisk art

— henhøre under udbyders redaktionelle ansvar

— have som hovedformål at udbyde audiovisuelle indhold

— bestå i at udbyde programmer

— have en informerende, underholdende eller oplysende karakter

— være tilgængelig for offentligheden

— udsendes via elektroniske kommunikationsnet.

37. I 29. betragtning til direktiv 2010/13 understreges det, at en tjeneste kun kan kvalificeres som en audiovisuel medietjeneste som omhandlet i direktivet, såfremt alle kriterier er opfyldt, og de egenskaber, der er anført i de øvrige betragtninger, er til stede samtidigt. Dette er efter min opfattelse udtryk for lovgivers vilje, hvorefter det kun er de former for tjenester, som er udtrykkeligt defineret, der er omfattet af denne definition og dermed af direktivets anvendelsesområde. Dette taler for en streng fortolkning af definitionen af audiovisuelle medietjenester.

38. Ifølge det første af de nævnte kriterier er der tale om en tjenesteydelse som omhandlet i traktaten, der følgelig er af økonomisk art. Ifølge 21. betragtning til direktiv 2010/13 bør følgende udelukkes fra direktivets anvendelsesområde: »private websteder og tjenester, der består i at udbyde eller distribuere audiovisuelt indhold, skabt af private brugere til deling eller udveksling inden for interessegrupper«. Det drejer sig i det væsentlige om ethvert privat websted, der oprettes og drives af privatpersoner uden økonomisk formål, herunder blogs eller video blogs, som eksempelvis websteder som YouTube.

39. Webstedet for en avis, der også udgives i papirform, som portalen for Tiroler Tageszeitung Online, er utvivlsomt af økonomiske art og opfylder således det første kriterium. Det skal derfor blot i en sidebemærkning nævnes, at denne afgrænsning ikke altid er så oplagt, som det synes. For det første bliver det i stadigt stigende grad mere almindeligt at indsætte betalingsreklamer på de mest populære private websteder, hvilket udgør en indtægtskilde for deres ophavsmænd og dermed en form for økonomisk aktivitet. For det andet indeholder websteder som YouTube professionelle kanaler (»branded channels«), som ikke er indhold, der er oprettet af brugerne. Spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilket omfang direktiv 2010/13 kan finde anvendelse på denne type af udsendelser, udgør den næste udfordring for de nationale tilsynsmyndigheder og domstole.

22 — Blandt de audiovisuelle medietjenester henvises der i artikel 1, stk. 1, litra a), nr. ii), i direktiv 2010/13 tillige til audiovisuel kommerciel kommunikation. Jeg kommer imidlertid ikke ind på dette aspekt, idet det ikke er relevant i forbindelse med nærværende forslag til afgørelse.

40. Kriterierne, hvorefter udsendelse skal ske via elektroniske kommunikationsnet og være tilgængelig for offentligheden [23], er ikke særligt nyttige i forbindelse med fastlæggelsen af anvendelsesområdet for direktiv 2010/13 for så vidt angår det aspekt, der er relevant her. Internettet er det foretrukne kommunikationsnet, og alt, hvad der ikke er forbeholdt en særlig gruppe af brugere, er offentligt tilgængeligt. På samme måde udgør kriteriet, hvorefter indholdet skal være af informerende, underholdende eller oplysende karakter, ikke et særligt selektivt kriterium, eftersom det næsten omfatter hele det tænkelige spektrum af audiovisuelt indhold, navnlig såfremt dette indhold derudover skal have en kommerciel og offentlig karakter.

41. Det redaktionelle ansvar er meget bredt defineret i artikel 1, stk. 1, litra c), i direktiv 2010/13. Der er ikke tale om et ansvar for alt udsendt audiovisuelt materiale (»programmer« i direktivets terminologi), men blot om udvælgelsen af programmer og deres tilrettelæggelse i forbindelse med tjenester. Dette kriterium kan udelukkende tjene som grundlag for en sondring mellem udbydere af indhold og operatører, der tilbyder datatransmission (såsom udbydere af kabelnet-tv og internetforbindelser).

42. Tilbage står at fortolke de to kriterier, som den forelæggende ret har anmodet om. Ifølge kriteriet om hovedformålet er der kun tale om en audiovisuel tjeneste, såfremt hovedformålet er at udbyde audiovisuelle indhold. I den afgørelse, der er genstand for hovedsagen, fandt den østrigske tilsynsmyndighed, at kataloget med videoindhold på webstedet udgjorde en separat tjeneste. Hovedformålet for en således defineret tjeneste er nødvendigvis at udbyde audiovisuelle indhold. I en sådan fortolkning mister kriteriet om hovedformålet enhver mening, idet direktivets anvendelsesområde, som allerede anført, kommer til at afhænge af opbygningen af et givet websted på et givet tidspunkt.

43. Begrebet program er herefter defineret i artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2010/13. Det er en tilpasning af ordlyden af den oprindelige definition i direktiv 89/552. Denne bestemmelse definerer program som en individuel del inden for en programflade i forbindelse med en lineær tjeneste eller inden for et katalog i forbindelse med en ikke-lineær tjeneste. Programmet skal desuden have en form og et indhold, der kan sammenlignes med formen og indholdet af tv-spredning. Dette forbehold er endnu en indikator for, at lovgivers hensigt ikke var, at audiovisuelt indhold, som ikke almindeligvis udsendes via tv, skulle være omfattet af direktivets anvendelsesområde.

44. Ud over den generelle definition af audiovisuelle medietjenester indeholder direktiv 2010/13 i artikel 1, stk. 1, litra g), en definition af ikke-lineære tjenester (betegnet som on-demand-tjenester). I henhold til denne definition kan brugeren i forbindelse med en ikke-lineær tjeneste på et brugervalgt tidspunkt vælge og se et program fra et katalog, udvalgt af tjenesteudbyderen. I den afgørelse, der er genstand for hovedsagen, synes den østrigske tilsynsmyndighed at have lagt til grund, at eftersom der på Tiroler Tageszeitung Onlines websted findes et katalog med videoindhold, udgør dette sted (eller snarere den del, der omfatter dette katalog) en on-demand-audiovisuel medietjeneste.

45. Jeg mener imidlertid ikke, at der i forbindelse med fortolkningen af denne definition er grund til at tillægge begrebet katalog for stor betydning. Definitionen i direktivets artikel 1, stk. 1, litra g), udgør pendanten til definitionen af en lineær audiovisuel tjeneste (dvs. tv-spredning), i samme stykke, litra e). Kataloget i forbindelse med en ikke-lineær tjeneste svarer til »programflade«, dvs. den tidsmæssige tilrettelæggelse af programmer i forbindelse med lineære tjenester. En ikke-lineær tjeneste adskiller sig netop fra en lineær tjeneste derved, at programmerne ikke *sendes* på et bestemt tidspunkt, men *vælges* af brugeren, på et ønsket tidspunkt. Der skal således være et katalog, hvorfra brugeren kan vælge de overskrifter, som interesserer ham. Dette bør imidlertid ikke fortolkes sådan, at eksistensen af et katalog indebærer, at tjenesten udgør en audiovisuel medietjeneste som omhandlet i direktiv 2010/13.

23 — De to sidste led i punkt 36 til nærværende forslag til afgørelse.

46. Betragtningerne til direktiv 2010/13 indeholder andre indikatorer for så vidt angår dets anvendelsesområde i relation til ikke-lineære audiovisuelle medietjenester.

47. Ifølge 24. betragtning til direktivet skal ikke-lineære audiovisuelle medietjenester være »tv-lignende«, hvilket vil sige, at de konkurrerer om samme seere som fjernsynsudsendelser. Det er imidlertid vanskeligt at antage, at fjernsyn henvender sig til en eller flere bestemte seergrupper. Fjernsynet tilbyder et meget varieret indhold, der i princippet henvender sig til alle former for tænkelige seergrupper og opfylder deres behov for information, underholdning og oplysning. Denne betragtning er snarere et udtryk for lovgivers bestræbelser på at sikre, at konkurrencen ikke forvrides mellem lignende økonomiske aktiviteter, ved at de undergives bestemmelser, der i hvert fald i det væsentlige er analoge. Som følge heraf skal kravet om »tv-lignende« tjenester fortolkes strengt; i overensstemmelse med lovgivers hensigt kan direktiv 2010/13 kun finde anvendelse, for så vidt som udviklingen inden for telekommunikationsteknologien gør det muligt at tilbyde det samme indhold i ikke-lineær form, som det, der tidligere kun var tilgængeligt i fjernsynet, dvs. i forbindelse med en lineær tjeneste. Det var imidlertid ikke lovgivers hensigt at udvide anvendelsesområdet for direktivet til at omfatte nye områder, der opstår som følge af den øgede adgang til internettet, herunder navnlig bredbåndsinternettet, såsom eksempelvis multimedie websteder.

48. Denne konklusion står ikke i modsætning til resten af 24. betragtning til direktiv 2010/13, hvorefter begrebet »program« bør fortolkes dynamisk under hensyn til udviklingen inden for tv-spredning. Den indebærer blot, at direktivets anvendelsesområde for så vidt angår ikke-lineære tjenester skal følge udviklingen på det hovedområde, som er genstand for direktivet, nemlig lineære tjenester. De ikke-lineære tjenester kan ikke omfattes af direktivet som et selvstændigt område. Dette ville indebære, at stadigt flere nye typer af audiovisuelt indhold, som i givet fald intet havde til fælles med lineær tv-spredning, skulle omfattes af direktivet.

49. Endelig fremgår det af 28. betragtning til direktiv 2010/13, at direktivet ikke omfatter »elektroniske udgaver af aviser og blade«. Denne betragtning bør efter min opfattelse læses i lyset af det nuværende udviklingstrin for informationssamfundets tjenester. Der er således ikke her tale om en tjeneste, der består af en mekanisme til overførsel af indholdet af papirudgaven af aviser og blade til internettet. For det første ville der ikke i forbindelse med en sådan tjeneste være plads til audiovisuelle indhold, som papirmedier nødvendigvis ikke besidder. For det andet falder antallet af websteder for aviser og blade, som begrænser sig til i elektronisk form at gengive de artikler, som er udgivet i papirform. I dag oprettes der oftest portaler, der omfatter en langt større mængde forskelligartet materiale end papirudgaven, herunder audiovisuelt materiale. Det gælder navnlig dagsaviser, hvis websteder generelt antager form af informationsportaler, som indeholder nyheder, der løbende opdateres, analyser, dybdegående, specialiserede sektioner osv. Webstedet for Tiroler Tageszeitung Online er netop et eksempel herpå. Endvidere drives portaler af denne type ikke kun af aviser, men de kan også tilhøre tv- eller radiostationer, navnlig portaler med informativt indhold, eller de kan fungere udelukkende som internetportaler. Disse kategorier af portaler har alle deres særlige kendetegn, men i deres overordnede struktur og indhold ligner de hinanden. At behandle visse internetportaler med informativt indhold anderledes alene fordi de tilhører en avis eller et blad ville efter min opfattelse være ubegrundet og være ensbetydende med forskelsbehandling. 28. betragtning til direktiv 2010/13 skal derfor forstås som en indikation af, at lovgiver havde til hensigt at udelukke enhver form for informations-websted, der har karakter af multimedie, dvs. som bl.a. omfattede audiovisuelt indhold, fra direktivets anvendelsesområde.

Besvarelse af de præjudicielle spørgsmål

50. Den forelæggende ret har forelagt præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af kriteriet vedrørende hovedformålet og begrebet program[24] i forbindelse med en tvist, hvor spørgsmålet er, om en del af Tiroler Zeitung Onlines websted, der har et audiovisuelt indhold, kan kvalificeres som en audiovisuel medietjeneste som omhandlet i direktiv 2010/13. Spørgsmålet er imidlertid i det væsentlige, om direktivet finder anvendelse på informationsportaler på internettet af multimedietypen, dvs. portaler, der indeholder såvel skriftligt og fotografisk materiale som lytte- og audiovisuelt materiale.

51. De foregående betragtninger fører til følgende konklusioner, som har betydning for at kunne besvare de forelagte spørgsmål.

52. For det første er direktiv 2010/13 det direkte resultat af udviklingen i lovgivningen på fjernsynsområdet, og formålet er alene, at de tjenester, som er i direkte konkurrence med fjernsynet, dvs. de tjenester, som tilbyder det samme indhold i en ikke-lineær form, skal omfattes af direktivets anvendelsesområde.

53. For det andet har en audiovisuel medietjeneste, som omhandlet i direktiv 2010/13 som hovedformål at udbyde programmer, dvs. dele af et traditionelt tv-program (programflade i direktivets terminologi), herunder når disse programmer i forbindelse med en ikke-lineær tjeneste ikke udbydes på et bestemt tidspunkt, men på brugerens anmodning.

54. For det tredje har lovgiver i betragtningerne til direktivet klart – om end utidssvarende set i lyset af den teknologiske udvikling på internettet – tilkendegivet, at det ikke var hensigten, at direktivet skulle finde anvendelse på informationsportaler på internettet.

55. Internetportaler som Tiroler Tageszeitung Online opfylder følgelig ikke betingelserne for audiovisuelle medietjeneste som omhandlet i direktivet. For det første er oprettelsen af multimedie internetportaler, der ud over skriftligt og fotografisk materiale også indeholder lytte- og audiovisuelt materiale, ikke et resultat af den teknologiske fjernsynsudvikling, men et helt nyt fænomen, som navnlig skyldes udbredelsen af telekommunikationsbredbånd. For det andet er det i forbindelse med multimedieportaler såsom Tiroler Tageszeitung Onlines websted ikke muligt at foretage en separat analyse af portalens øvrige audiovisuelle indhold, selv om sidstnævnte indhold er samlet i en separat del på nævnte portal. Kernen i en multimedie tjeneste er nemlig kombinationen af forskellige former for meddelelser – ord, billeder og lyd – idet portalens konkrete struktur kun er et sekundært teknisk aspekt. For det tredje udgør sådanne multimedie internetportaler det, som lovgiveren på tidspunktet for arbejdet med direktivet om audiovisuelle tjenester stadig kunne betegne som de »elektroniske udgaver af aviser og blade«.

56. Det er på den baggrund min opfattelse, at artikel 1, stk. 1, litra a), nr. i), i direktiv 2010/13 skal fortolkes således, at hverken webstedet for en avis, der indeholder audiovisuelt materiale, eller en del af det nævnte websted udgør en audiovisuel medietjeneste som omhandlet i direktivet.

57. Jeg vil gerne understrege, at jeg ikke deler den anførte bekymring om, at en sådan fortolkning giver personer, der faktisk udbyder audiovisuelle medietjenester, mulighed for at tilrane sig navnet på en multimedie internetportal for således at omgå den lovgivning på området, der finder anvendelse. Det er klart, at når medlemsstaternes nationale tilsynsmyndigheder anvender bestemmelser vedtaget på grundlag af direktiv 2010/13, skal der foretages en bedømmelse af karakteren af de tjenester, der findes på markedet med henblik på at vurdere, om de kan kvalificeres som audiovisuelle medietjenester som omhandlet i direktivet. Selv ikke de mest præcise retsforskrifter kan erstatte en

24 — Jf. punkt 36, 42 og 43 i nærværende forslag til afgørelse.

sådan konkret vurdering; dette gør sig i øvrigt gældende på alle retsområder. De eventuelle vanskeligheder, der er forbundet hermed, kan imidlertid ikke begrunde, at direktivet fortolkes således, at det i praksis omfatter ethvert audiovisuelt indhold på internettet, idet dette ville gå ud over det af lovgiver fastsatte anvendelsesområde for direktivet.

58. Jeg kommer her tilbage til hesten, som blev nævnt i indledningen til nærværende forslag til afgørelse. Den omstændighed, at det er teoretisk vanskeligt at udarbejde en abstrakt definition af audiovisuelle medietjenester, betyder ikke, at det ikke i praksis vil være nemt at identificere en sådan tjeneste. Langt størstedelen af tjenester af denne type består i på websteder at udbyde film af spillefilmslængde, tv-serier, sportsbegivenheder osv. Denne type udsendelser kan med lethed kvalificeres som typiske tv-tjenester. I tilfælde af tvivl skal direktivet om audiovisuelle medietjenester fortolkes i lyset af dets formål, hvorefter det ikke finder anvendelse på multimedie-websteder. Det er således kun de websteder, der utvivlsomt opfylder alle kriterier, der kan kvalificeres som audiovisuelle medietjenester.

59. Den fortolkning, som jeg foreslår, vedrører selvfølgelig definitionen af audiovisuelle medietjenester på grundlag af den nuværende ordlyd af direktiv 2010/13. Dette direktiv er resultatet af de løsninger, der er udviklet for tv-spredning, og er præget af det 20. århundrede, således som en forfatter har anført [25]. Dette betyder imidlertid ikke, at indholdet på internettet, herunder audiovisuelt indhold, slet ikke kan eller ikke skal være genstand for retlig regulering, herunder EU-retlige bestemmelser, for så vidt angår spørgsmålet om eksempelvis beskyttelsen af mindreårige og hensynet til den offentlige interesse, reklamer eller princippet om transmission af vigtige begivenheder. Der skal imidlertid efter min opfattelse være tale om bestemmelser, der er tilpasset internettets egenskaber, herunder dets karakter af multimedie. Det arbejde, som Kommissionen for nylig har lanceret [26] i relation til en ny lovgivning for et digitalt indre marked, kunne være anledningen hertil.

Forslag til afgørelse

60. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Verwaltungsgerichtshof forelagte spørgsmål som følger:

»Artikel 1, stk. 1, litra a), nr. i), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU af 10. marts 2010 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester) skal fortolkes således, at hverken webstedet for en avis, der indeholder audiovisuelt materiale, eller en del af det nævnte websted udgør en audiovisuel medietjeneste som omhandlet i direktivet.«

25 — F.J. Cabrera Blázquez, op.cit., s. 25.

26 — Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, En strategi for et digitalt indre marked i EU (COM(2015) 192 final).