

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

ANTONIO TIZZANO

fremsat den 10. marts 2005¹

1. Ved kendelse af 18. februar 2004 har Raad van State (Nederlandene) i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed² (herefter »direktiv 89/552«) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester³, som ændret ved direktiv 98/48/EF⁴ (herefter »direktiv 98/34«).

2. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige oplyst, om en tv-radiospredningsvirksomheds udbud af film, der udsendes på et netværk på forud fastsatte tidspunkter og i kodet form, og som kan ses af kunderne ved hjælp af en særlig afkodningsnøgle, der

fremsendes til dem, når de har betalt, udgør en »tv-radiospredningstjeneste« i medfør af direktiv 89/552, eller en »tjeneste i informationssamfundet« i medfør af direktiv 98/34.

I — Retsforskrifter

A — Fællesskabsbestemmelser

3. I den foreliggende sag er den relevante bestemmelse først og fremmest artikel 1, litra a), i direktiv 89/552, i henhold til hvilken der ved »tv-radiospredning« forstås:

»førstegangsudsendelse over tråd eller trådløst, også via satellit i kodet eller ukodet form af fjernsynsprogrammer, der er bestemt for offentligheden. [...] Derimod er kommunikationstjenester, der formidler informationer eller andre meddelelser på individuel basis,

¹ — Originalsprog: italiensk.

² — EFT L 298, s. 23.

³ — EFT L 204, s. 37.

⁴ — Europa-parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20.7.1998 om ændring af direktiv 98/34/EF om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT L 217, s. 18).

såsom telefaxtjenester, elektroniske databanker og andre lignende tjenesteydelser, ikke omfattet.»

der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager.

4. Dette direktivs artikel 4, stk. 1, er ligeledes relevant, idet den indeholder en forpligtelse for medlemsstaterne til »når det er muligt, med passende midler [at] drage omsorg for, at tv-radiospredningsorganerne afsætter den største halvdel af [...] sendetid[en] [...] til transmission af europæiske programmer«.

Med henblik på denne definition forstås ved:

5. Af interesse i den foreliggende sag skal ligeledes nævnes artikel 1 i direktiv 98/34, som ændret ved direktiv 98/48, der bestemmer følgende:

— »teleformidling«: at en tjeneste ydes, uden at parterne er til stede samtidig

»I dette direktiv forstås ved:

— »ad elektronisk vej«: at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på bestemmelsesstedet modtages ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler

[...]

2) »tjeneste«: enhver tjeneste i informationssamfundet, dvs. enhver tjeneste,

— »på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«: at en tjeneste ydes ved transmission af data på individuel anmodning.

En vejledende liste over tjenester, der ikke er omfattet af denne definition, findes i bilag V.

kunne modtages samtidig af et ubegrænset antal modtagere (punkt-til-multipunkt-transmission)

Direktivet gælder ikke tjenester i forbindelse med:

a) tv-radiospredning (herunder near-video on-demand-tjenester) som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552/EØF

— radiospredning

b) radiospredning

— tv-radiospredning som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552/EØF«.

c) teletekst (tv).«

B — Nationale bestemmelser

6. I punkt 3 i bilag V nævnes følgende tjenester:

7. I Nederlandene er udsendelse af tv- og radioprogrammer omfattet af medieloven (Mediawet)⁵.

»tjenester, der ikke formidles »på individuel anmodning af en tjenestemodtager«

8. Ifølge Mediawets artikel 71a, stk. 1, er det kun tilladt et kommercielt tv-radio-foreta-

tjenester, der ydes ved datatransmission uden en individuel anmodning med henblik på at

⁵ — Nederlandsk lov af 21.4.1987 om udsendelse af radio- og tv-programmer, tv-radioalfilter samt bistand til presseorganer (Staatsblad af 4.6.1987, nr. 249).

gende at udsende eller lade udsende et af dette produceret program, såfremt det har indhentet tilladelse hertil fra Commissariaat voor de Media (organ, der fører tilsyn med tv-radiospredningssektoren, herefter »Commissariaat«).

11. Ved beslutning af 15. marts 2001 oplyste Commissariaat Mediakabel om, at tjenesteydelsen Filmtime måtte anses for et tv-program, der skulle gives tilladelse til i medfør af Mediawets artikel 71a, stk. 1.

II — Faktiske omstændigheder og retshandlinger

9. Siden slutningen af 1999 har Mediakabel givet sine kunder mulighed for som et supplement til de programmer, der udsendes af andre tv-udbydere, at modtage en række ekstra tv-udsendelser (den såkaldte »Mr. Zap«-tjeneste). I forbindelse med denne tjeneste kan abonnenten endvidere bestille en eller flere film, der vælges på en liste via fjernsynsskærmen eller programoversigten (den såkaldte »Filmtime«-tjeneste).

10. Filmene i Filmtime-tjenesten udsendes samtidigt, men i kodet form til samtlige abonnenter på tidspunkter, der er fastlagt af Mediakabel. Abonnenten oplyser altså via fjernkommunikation, herunder via telefon, hvilken film han ønsker at se på et af de fastsatte tidspunkter, og når han har foretaget betalingen, modtager han en elektronisk nøgle til afkodning af tv-billederne.

12. Da Mediakabels klage over denne beslutning blev forkastet, anlagde Mediakabel, der dog i mellemtiden havde fået den ønskede tilladelse, et søgsmål ved Rechtbank te Rotterdam, hvori selskabet anførte Commissariaats kvalifikation af dets tjenesteydelse.

13. Mediakabel fik heller ikke medhold i dette søgsmål. Mediakabel iværksatte herefter en appel til Raad van State, og gjorde til støtte herfor gældende, at dens tjeneste, »Filmtime«, ikke kunne betragtes som en »tv-radiospredningstjeneste«, der var undergivet en tilladelse og pligten til at overholde kvoterne for europæiske programmer, men snarere kunne betragtes som en »tjeneste i informationssamfundet«, en slags »near-video on-demand-tjeneste«, der ikke som sådan var undergivet ovennævnte krav.

14. Den forelæggende ret, der nærede tvivl om den korrekte kvalifikation af den pågæl-

dende tjeneste, besluttede at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1 a) Skal begrebet »tv-radiospredning« i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552/EØF fortolkes således, at det ikke omfatter en »tjeneste i informationssamfundet« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1, nr. 2, i direktiv 98/34/EF, som ændret ved direktiv 98/48/EF, men tjenester, der er nævnt på den vejledende liste, som er optaget i bilag V til direktiv 98/34/EF over tjenester, der ikke er omfattet af sidstnævnte direktivs artikel 1, nr. 2, og navnlig de tjenester, der er beskrevet i nævnte listes punkt 3, herunder »near-video on-demand-tjenester«, og som følge heraf ikke udgør en »tjeneste i informations-samfundet«?

b) Såfremt spørgsmål 1a besvares benægtende, hvorledes skal da afgrænsningen mellem begrebet »tv-radiospredning« i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552/EØF og det i samme bestemmelse indeholdte begreb »kommunikationstjenester, der formidler informationer [...] på individuel basis«, foretages?

2 a) På grundlag af hvilke kriterier skal det afgøres, om en tjenesteydelse som den foreliggende, hvorved der

udsendes kodede signaler på et net for et af tjenesteyderen udvalgt udbud af film, som abonnenter kan afkode og se på forskellige af udbyderen fastlagte tidspunkter mod en særskilt betaling pr. film ved hjælp af en kode, som udbyderen tilsender efter individuel anmodning, og som indeholder såvel elementer af en (individuel) tjeneste i informationssamfundet som elementer af en tjenesteydelse i form af tv-radiospredning, har karakter af tv-radiospredning eller en tjeneste i informationssamfundet?

b) Bør der herved lægges særlig vægt på abonnentens eller snarere på tjenesteyderens synspunkt? Er det i den forbindelse af betydning, hvilke tjenesteydelser den pågældende tjenesteydelse konkurrerer med?

3) Er det i denne forbindelse af betydning,

— på den ene side, at kvalifikationen af en tjenesteydelse som den foreliggende som en »tjeneste i informationssamfundet«, der ikke omfattes af direktiv 89/552/EØF, vil kunne undergrave direktivets effektive virkning, i særdeleshed hvor der er tale om de formål,

som ligger til grund for forpligtelsen efter direktivet til at anvende en bestemt procentdel af sendetiden til europæiske produktioner

III — Retlig vurdering

Præmisser

— på den anden side, at forpligtelsen efter direktiv 89/552/EØF — hvis dette finder anvendelse — til at anvende en bestemt procentdel af sendetiden til europæiske produktioner ikke har megen mening, da abonnenterne betaler pr. film og kun kan se den film, som der er betalt for?»

17. Som bekendt har de senere års hurtige teknologiske udvikling resulteret i en stor stigning i antallet af de tjenesteydelser, som tv leverer.

18. De traditionelle tv-tjenester er således blevet suppleret af tjenester som »pay TV«, »pay per view«, »video-on-demand« og »near-video on-demand«, der i forhold til førstnævnte giver seerne en større fleksibilitet i den måde, hvorpå de benytter produktet.

15. I den således anlagte sag har Mediakabel, Commissariaat, den nederlandske, den belgiske, den franske og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen indgivet skriftlige indlæg.

16. Mediakabel, Commissariaat, den nederlandske regering og Kommissionen har endvidere afgivet mundtlige indlæg for Domstolen i retsmødet den 20. januar 2005.

19. I forbindelse med »pay TV« indgår produktet i en programflade fastlagt af tv-selskabet, som seeren kan modtage i sin helhed; det samme gælder »pay per view« med den forskel, at seeren kan nøjes med at se og betale for et enkelt produkt. En større fleksibilitet sikres med »near-video on-demand-tjenesten«, hvor det enkelte produkt udsendes flere gange med meget korte mellemrum, eller »video on demand«, hvor seeren vælger fra et elektronisk katalog og selv kan bestemme, hvilket program denne ønsker at se, og hvornår.

20. Ud over disse nye tjenester findes der interaktive »online«-ydelser, der transmitteres via fjernsynet (såkaldt »interaktivt« fjernsyn), såsom »home banking«, »home shopping«, tilbud om rejser og ferier, downloading af spil og online undervisning.

23. Jeg mener imidlertid ligesom de nationale regeringer, der har afgivet indlæg, og Kommissionen, at svaret på dette spørgsmål fremgår direkte og klart af en læsning af direktiv 98/34.

21. Det af den nederlandske ret forelagte spørgsmål, der vedrører en meget præcis tjeneste (near-video on-demand), som udtrykkeligt er omhandlet i direktiv 98/34, og som indtager en meget præcis plads heri, indgår i denne sammenhæng. I min analyse af de præjudicielle spørgsmål vil jeg hovedsageligt henvise til dette direktiv og eventuelt sammenholde det med det ældre direktiv 89/552.

24. Som bekendt defineres »tjenester i informationssamfundet« i artikel 1, nr. 2, første afsnit, som »enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«, hvorefter det i fjerde afsnit i samme bestemmelse udtrykkeligt bestemmes, at den ikke finder anvendelse på »tv-radiospredning som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552/EØF«.

A — Kvalifikation af near-video on-demand-tjenester (spørgsmål 1a)

22. Med spørgsmål 1a ønsker den nederlandske ret i det væsentlige oplyst, om near-video on-demand-tjenester er omfattet af begrebet »tv-spredning« eller af begrebet »tjeneste i informationssamfundet«.

25. Endvidere bestemmes det i samme direktivs bilag V, punkt 3, litra a), udtrykkeligt, efter en gentagelse af, at ovenstående definition ikke omfatter »tv-radiospredning som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552/EØF«, at »near-video on-demand-tjenester« er »omfattet« af sidstnævnte begreb.

26. Det er således uforlødent at foretage yderligere undersøgelser, og det kan på grundlag af ovennævnte utvetydige bestemmelser konkluderes, at near-video on-demand-tjenester i medfør af bilag V, punkt 3, litra a), i direktiv 98/34 er omfattet af begrebet »tv-radiospredning«, der er omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552. Tv-radiospredningstjenester er ikke omfattet af definitionen af »tjenester i informationssamfundet« i artikel 1, nr. 2, i direktiv 98/34.

27. En sådan konklusion forekommer mig, som Det Forenede Kongeriges regering ligeledes har gjort gældende, i sig selv at være tilstrækkelig til at afgøre tvisten i hovedsagen, dvs. til at afgøre, om Commissariaat lovligt har underlagt tjenesteydelsen Filmtime en tilladelsesprocedure.

28. Den forelæggende ret har således selv i sin kendelse understreget, at denne tjenesteydelse netop henhører under kategorien near-video on-demand⁶, dvs. en kategori, der som anført ovenfor anses for at være omfattet af begrebet »tv-radiospredning« i direktiv 98/34. I forbindelse med denne form for spredning kræver den nederlandske lovgivning netop den tilladelse, som Commissariaat har anført.

29. Under retsmødet har Mediakabel imidlertid fremsat en formalitetsindsigelse for så vidt angår kvalifikationen af tjenesteydelsen Filmtime. Det bestred således, at denne tjenesteydelse rent faktisk kunne betegnes som en near-video on-demand.

30. Det skal dog i denne forbindelse nævnes, at de direktiver, der her er tale om, ikke indeholder nogen definition af near-video on-demand eller mere generelt af de forskellige tv-radiospredningstjenester; og at kvalifikationen af denne tjenesteydelse også er omtvistet i teorien. For at kunne besvare Mediakabels indsigelse på en mindre usikker og samtidig mere hensigtsmæssig måde i denne sammenhæng, finder jeg det hensigtsmæssigt at gå direkte over til at fastslå, hvilke kriterier der adskiller »tv-spredning« fra »tjenester i informationssamfundet« for derefter på grundlag af disse kriterier at afgøre, om en tjenesteydelse som Filmtime henhører under det ene eller det andet begreb.

31. Denne fremgangsmåde har endvidere den fordel, at den fører til de øvrige spørgsmål, der blev rejst i forelæggelseskendelsen, og som herefter skal analyseres.

6 — Jf. forelæggelseskendelsen, punkt 2.2.

Sondringen mellem »tv-radiospredningstjenester« og »tjenester i informationssamfundet« [andet spørgsmål, litra a)]

32. Med spørgsmål 2a, der i det væsentlige er sammenfaldende med spørgsmål 1b, således at en specifik besvarelse af sidstnævnte overflødiggøres, anmoder den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen om at oplyse, hvilke kriterier der skal lægges til grund for en afgørelse af, om en tv-transmission som den foreliggende har karakter af »tv-radiospredning« i henhold til direktiv 89/552 eller en »tjeneste i informationssamfundet« i henhold til direktiv 98/34.

33. Ifølge Mediakabel er det afgørende, hvis man henholder sig til sidstnævnte direktiv, seerens mulighed for at fremsætte en »individuel anmodning« om produktet. Hvis seeren med andre ord kan anmode tjenesteyderen om at se en bestemt film, er der tale om en »tjeneste i informationssamfundet«, mens der derimod er tale om en »tv-radiospredningstjeneste«, hvis denne mulighed ikke findes.

34. Ud over muligheden for at fremsætte en individuel anmodning er den omstændighed, at tjenesteyderen har indført systemer til afkodning af billederne og retningslinjer for betaling af gebyret, der giver seeren mulighed for kun at se og betale for den film, der anmodes om, stadig ifølge Mediakabel et andet tegn på, at der er tale om en »tjeneste i informationssamfundet«.

35. På dette grundlag når Mediakabel frem til, at Filmtime skal kvalificeres som en »tjeneste i informationssamfundet«. Ifølge selskabet kan de bestemte film, der udbydes af en sådan tjeneste, selv om de sendes til samtlige abonnenter, kun ses af dem, der specifikt har anmodet herom, og som har fået tilsendt en kode efter at have foretaget den krævede betaling.

36. Jeg mener imidlertid ikke, at det er muligt at tiltræde en sådan løsning. Efter min mening er den baseret på en overvurdering af elementer, der ikke har nogen som helst relevans for den kvalificering, der her er tale om (kodningsformer og betalingsmetoder), og samtidig er den baseret på en fejlagtig fortolkning af begrebet »individuel anmodning« om en tv-tjenesteydelse, der er omhandlet i direktiv 98/34.

37. Til støtte for ovenstående vil jeg begynde med at gengive de definitioner, der her er tale om:

— i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552 forstås ved »tv-radiospredning« »førstegangsudsendelse over tråd eller trådløst, også via satellit i kodet eller ukodet form af fjernsynsprogrammer, der er bestemt for offentligheden«

— i henhold til artikel 1, nr. 2, første afsnit, i direktiv 98/34 forstås derimod ved »tjeneste i informationssamfundet« »enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«⁷.

38. Begrebet »individuel anmodning« er præciseret yderligere i artikel 1, nr. 2, andet afsnit, og i bilag V, punkt 3.

39. Ifølge den første af disse bestemmelser omfatter dette begreb »tjeneste[r] yde[t] ved transmission af data på individuel anmodning«. Den anden bestemmelse udelukker derimod fra det pågældende begreb tjenesteydelser, såsom tv-radiospredning (der omfatter near-video on-demand), »[t]jenester, der ydes ved datatransmission uden en individuel anmodning med henblik på at kunne modtages samtidig af et ubegrænset antal modtagere (punkt-til-multipunkt-transmission)«⁸.

40. Som de intervenerende regeringer imidlertid har gjort gældende, fremgår det først og fremmest af en analyse af disse bestemmelser, at der ikke, når der skal sondres mellem »tv-radiospredning« og »tjenester i informationssamfundet«, kan tages udgangspunkt i, hvorvidt de transmitterede billeder er i kodet eller ukodet form, da denne form ifølge direktiv 89/552 ikke har nogen som helst relevans i forbindelse med denne sontring. Man kan heller ikke tage udgangspunkt i betalingsbetingelserne for de udbudte tjenester, da det er underforstået i de nævnte bestemmelser, at en sådan betaling kan foretages på mange forskellige måder, og at der undertiden i forbindelse med tjenester i informationssamfundet slet ikke finder nogen betaling sted, selv om det er meget usædvanligt.

41. De to første elementer er altså ikke relevante her. Det, der derimod er afgørende, er at fastslå, hvornår transmissionen af tv-indholdet kan betegnes som værende

7 — Min fremhævelse.

8 — Min fremhævelse.

»bestemt for offentligheden«, og hvornår den svarer til en »individuel anmodning«.

42. Som Kommissionen imidlertid også har understreget, fremgår det af en parallel undersøgelse af de i punkt 37 nævnte bestemmelser, at der er tale om en »tv-radiospredning« og ikke en »tjeneste i informationssamfundet«, når de transmitterede tv-udsendelser netop er »bestemt for offentligheden«, dvs. når de pågældende signaler — for at blive i direktiv 98/34's mere præcise terminologi — ikke sendes til en enkelt seer, der har anmodet om dem (punkt-til-punkt-transmission), men skal kunne modtages samtidig af et ubegrænset antal modtagere (punkt-til-multipunkt-transmission).

43. På grundlag af dette sondringskriterium, skal en tjeneste som den, der her er tale om, der, som anført af den forelæggende ret og ifølge Mediakabel selv, forudsætter en samtidig transmission, selv i kodet form, af film til alle abonnenter, i princippet kvalificeres som »tv-radiospredning«.

44. Når dette er sagt, tilkommer det den forelæggende ret, der har et bedre kendskab til alle sagens omstændigheder, at foretage kvalificeringen i den foreliggende sag.

45. Sammenfattende foreslår jeg, at dette spørgsmål besvares med, at en tjeneste, hvor de transmitterede audiovisuelle signaler er »beregnet til offentligheden«, dvs. at de ikke sendes til en enkelt seer, der har anmodet om dem (punkt-til-punkt-transmission), men skal kunne modtages samtidig af et ubegrænset antal modtagere (punkt-til-multipunkt-transmission), er »tv-radiospredning« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552, og ikke en »tjeneste i informationssamfundet« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, nr. 2, i direktiv 98/34.

De elementer, der skal tages i betragtning ved kvalifikationen af en tjenesteydelse med tv-indhold (spørgsmål 2b og 3)

46. Med spørgsmål 2b og 3, der behandles samlet, spørger den nederlandske ret Domstolen, om der ved kvalifikationen af en transmission med et tv-indhold skal lægges særlig vægt på abonnentens eller snarere på tjenesteyderens synspunkt, om der skal tages hensyn til, hvilke tjenesteydelser den pågældende tjenesteydelse konkurrerer med, eller til den omstændighed, at forpligtelsen efter direktiv 89/552 til at anvende en bestemt procentdel af sendetiden til europæiske produktioner rent faktisk ikke finder anvendelse på en tjeneste, hvor det er seeren, der vælger og betaler for den film, han ønsker at se.

47. Mediakabel har gjort gældende, at dets tjeneste og video-on-demand-tjenester, der er punkt-til-punkt-transmissioner og uden videre kan kvalificeres som »tjenester i informationssamfundet«, har de samme kendetegn og kan træde i stedet for hinanden. Faktisk giver de begge seeren mulighed for at vælge den film, han ønsker at se. De bør derfor kvalificeres ens og pålægges de samme forpligtelser. I denne henseende præciserer Mediakabel, at det lige så godt kunne have tilrettelagt transmissionen af film fra kataloget Filmtime som en punkt-til-punkt-transmission, men at det opgav dette på grund af de høje omkostninger, der er forbundet med denne teknik.

48. Mediakabel har tilføjet, at kvalifikationen af dets tjeneste som »tv-radiospredning« og den deraf følgende forpligtelse til at overholde procentdelene for transmission af europæiske produktioner ikke giver nogen mening, da det i forbindelse med denne form for tjeneste er seeren, der vælger programmet og dermed beslutter, om han ønsker at se en europæisk produktion eller ej.

49. Efter min opfattelse kan dette synspunkt ikke tiltrædes.

50. Som anført ovenfor (punkt 42) skal det, for at det kan afgøres, om en bestemt

tjeneste er en »tjeneste i informationssamfundet« eller en »tv-radiospredningstjeneste«, undersøges, om tv-indholdet sendes til en enkelt seer, der har anmodet herom (punkt-til-punkt-transmission), eller om det skal kunne modtages samtidig af et ubegrænset antal modtagere (punkt-til-multipunkt-transmission).

51. Som den nederlandske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har understreget, skal der med henblik herpå gennemføres en objektiv evaluering baseret på et væsentligt teknisk kriterium, der er uløseligt forbundet med forskrifterne for transmission af tv-indholdet.

52. Dette fører til, at kvalifikationen af en tjenesteydelse ikke kan variere afhængigt af den situation, som den, der fortolker den, befinder sig i, uanset om der er tale om tjenesteyderen eller om modtageren. Kvalifikationen kan heller ikke gøres betinget af de eventuelle konkurrencemæssige ulemper, som punkt-til-multipunkt-transmission kan indebære (i øvrigt billigere og mere hensigtsmæssig i andre henseender).

53. Efter min opfattelse er det navnlig ikke muligt at undslippe denne objektive vurde-

ring ved at påberåbe sig en potentiel ulempe som følge af anvendelsen af artikel 4, stk. 1, i direktiv 89/552, der pålægger medlemsstaterne »når det er muligt, med passende midler« at drage omsorg for, at tv-radio-spredningsorganerne afsætter den største halvdel af deres sendetid til transmission af europæiske programmer.

54. I modsætning til, hvad den forelæggende ret og Mediakabel synes at mene, finder denne forpligtelse ligeledes anvendelse på tjenesteydelser som Filmtime, hvor det er seeren, der vælger og betaler for den film, han ønsker at se.

55. Som den franske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har understreget, pålægger artikel 4, stk. 1, *tv-radiospredningsorganerne* at afsætte den største del af deres sendetid til europæiske produktioner, men den forpligter til gengæld ikke *seerne* til at vælge disse produktioner. Tv-radiospredningsorganer som Mediakabel kan altså meget vel være forpligtet til at programsætte og transmittere europæiske produktioner, selv i kodet form, mens abonnenterne naturligvis frit kan vælge, om de ønsker at se dem og betale for dem.

56. Som allerede anført skal medlemsstaterne endvidere kun sikre overholdelse af den pågældende forpligtelse, »når det er

muligt« og udelukkende »med passende midler«.

57. Dette betyder efter min opfattelse, at denne forpligtelse ikke gælder under alle omstændigheder, og det er helt sikkert ikke tilfældet, når det gør leveringen af visse tjenesteydelser *umulig* i økonomisk henseende. Endvidere skal den tilpasses og modereres afhængigt af de særlige forskrifter for levering og modtagelse af tv-transmissionen om nødvendigt ved hjælp af delvise eller midlertidige dispensationer⁹.

58. Endelig finder denne forpligtelse, som Det Forenede Kongeriges regering har understreget, anvendelse på alle tv-radio-spredningstjenester, herunder de tjenester, hvor det er seeren, der vælger de film, han ønsker at se, men den finder kun konkret anvendelse, hvis og i det omfang den ikke indebærer uoverstigelige problemer for tv-radiospredningsorganerne.

59. Sammenfattende mener jeg, at det er muligt at konkludere, at kvalifikationen af en tjeneste som en »tv-radiospredningstjeneste«

9 — Under retsmødet har Commissariaat oplyst, at den nederlandske lov åbner mulighed for at graduere anvendelsen af forpligtelsen i artikel 4 i direktiv 89/552 ved i visse tilfælde at indrømme delvise eller midlertidige dispensationer.

i henhold til direktiv 89/552 eller som en »tjeneste i informationssamfundet« i henhold til direktiv 98/34 ikke afhænger af tjenesteyderens eller modtagerens subjektive opfattelse og heller ikke af de konkurrencemæssige ulemper, som den valgte teknik til billedtransmission måtte indebære.

60. Den i artikel 4, stk. 1, i direktiv 89/552 omhandlede forpligtelse til at afsætte den største procentdel af sendetiden til europæiske produktioner, når det er muligt og med passende midler, gælder ligeledes for tv-transmissionstjenester, hvor det er seeren, der vælger og betaler for den film, han ønsker at se.

IV — Forslag til afgørelse

61. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Raad van State således:

- »1) Near-video on-demand-tjenester er ifølge bilag V, punkt 3, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20. juli 1998, omfattet af begrebet »tv-radiospredning« i artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed.

»Tv-radiospredningstjenester« i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552 er ikke omfattet af definitionen af »tjenester i informationssamfundet« i artikel 1, nr. 2, i direktiv 98/34, som ændret ved direktiv 98/48.

- 2a) En tjeneste, hvor de transmitterede audiovisuelle signaler er beregnet til offentligheden, dvs. at de ikke sendes til en enkelt seer, der har anmodet om dem (punkt-til-punkt-transmission), men skal kunne modtages samtidig af et ubegrænset antal modtagere (punkt-til-multipunkt-transmission), er »tv-radiospredning« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552, og ikke en »tjeneste i informationssamfundet« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, nr. 2, i direktiv 98/34.
- 2b) Kvalifikationen af en tjeneste som »tv-radiospredning« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 89/552, eller som en »tjeneste i informations-samfundet« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 98/34, afhænger ikke af tjenesteyderens eller modtagerens subjektive opfattelse og heller ikke af de konkurrencemæssige fordele, som den valgte teknik til billedtransmission måtte indebære.
- 3) Den i artikel 4, stk. 1, i direktiv 89/552 omhandlede forpligtelse til at afsætte den største halvdel af sendetiden til transmission af europæiske programmer, når det er muligt og med passende midler, gælder ligeledes for tv-transmissions-tjenester, hvor det er seeren, der vælger og betaler for den film, han ønsker at se.«