Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 13. juli 2023 [1]

Sag C-255/21

Reti Televisive Italiane SpA (RTI)
mod
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
procesdeltagere:
Elemedia SpA
Radio Dimensione Suono SpA
RTL 102, 5 Hit Radio s.r.l.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – audiovisuelle medietjenester – direktiv 2010/13/EU – TV-reklame – artikel 23 – maksimale sendetider for TV-reklame – undtagelse for TV-spredningsforetagendets annonceringer i forbindelse med egne programmer – reklame for en radiostation i samme mediekoncern«

I. Baggrund

1. Kan et TV-spredningsforetagendes reklame for en radiostation i samme mediekoncern udgøre »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester [2], og som sådan være fritaget fra medregning i de maksimale sendetider for TV-reklame i henhold til dette direktiv? Dette er essensen i det spørgsmål, som Domstolen skal besvare i forbindelse med den foreliggende præjudicielle anmodning.

[1] – Originalsprog: tysk.

[2] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU af 10.3.2010 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester) (Kodificeret udgave) (EUT 2010, L 95, s. 1).

II. Retsgrundlag

A. EU-ret

2. Den EU-retlige ramme for den foreliggende sag udgøres af direktiv 2010/13 i dets oprindelige affattelse (herefter »direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse«) (1). Den forelæggende ret spørger desuden om betydningen af direktiv (EU) 2018/1808 om ændring af direktiv 2010/13 i betragtning af de ændrede markedsforhold [3] for den foreliggende sag, selv om de ændringer, der ved dette direktiv blev indføjet i direktiv 2010/13, ikke finder anvendelse i hovedsagen (2).

1. Direktiv 2010/13

3. 5., 21.-23., 25., 41., 83., 87., 96. og 97. betragtning til direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse er affattet således (uddrag):

»(5) Audiovisuelle medietjenester er i lige så høj grad kulturelle tjenester som økonomiske tjenester. Deres stadig større samfundsmæssige, demokratiske – især til sikring af informationsfrihed, meningsmangfoldighed og mediepluralisme – uddannelsesmæssige og kulturelle betydning gør en specifik regulering af disse tjenester berettiget.

[…]

(21) Med henblik på dette direktiv bør definitionen af en audiovisuel medietjeneste […] 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 […]

(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 […]. Definitionen bør udelukke alle tjenester, hvis hovedformål ikke er distribution af audiovisuelt indhold, det vil sige hvis eventuelle audiovisuelle indhold blot er en biomstændighed ved 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. […]

(23) I dette direktiv bør udtrykket »audiovisuel« henvise til levende billeder med eller uden lyd, herunder således stumfilm, men ikke lydtransmission eller radiotjenester. […]

[…]

(25) Begrebet »redaktionelt ansvar« er afgørende for definitionen af medietjenesteudbyderens rolle og dermed for definitionen af audiovisuelle medietjenester. […]

[…]

[3] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1808 af 14.11.2018 om ændring af direktiv 2010/13/EU om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester) i betragtning af de ændrede markedsforhold (EUT 2018, L 303, s. 69).

(41) Medlemsstaterne bør kunne anlægge mere detaljerede eller strengere regler over for medietjenesteudbydere under deres jurisdiktion på de områder, der samordnes i dette direktiv, men bør samtidig sikre, at disse regler er i overensstemmelse med de generelle principper i EU-retten. […]

[…]

(83) For at sikre, at forbrugernes interesser i deres egenskab af seere beskyttes fuldt ud og behørigt, er det vigtigt, at fjernsynsreklamer underkastes en række minimumsregler og -normer, og at medlemsstaterne fortsat har ret til at indføre mere detaljerede eller strengere regler, eller i visse tilfælde andre vilkår, for [TV-]spredningsforetagender, der henhører under deres myndighed.

[…]

(87) En 20%-grænse for [TV-]reklame- og teleshoppingindslag pr. klokketime, også gældende i prime time, bør fastsættes. Ved [TV-]reklameindslag bør forstås [TV-]reklamer i henhold til artikel 1, stk. 1, litra i), af en varighed på højst 12 minutter.

[…]

(96) Det er nødvendigt at præcisere, at selvpromoverende aktiviteter er en særlig form for reklame, hvorved [TV-]spredningsforetagendet fremmer sine egne produkter, tjenesteydelser, programmer eller kanaler. Navnlig skal trailers, der består af uddrag af programmer, betragtes som programmer.

(97) Den daglige sendetid, der tildeles [TV-]spredningsforetagendets meddelelser vedrørende egne programmer og heraf direkte afledte supplerende produkter eller public service-meddelelser og vederlagsfrie indslag til fordel for velgørenhed, bør ikke medregnes i den maksimale sendetid pr. dag eller pr. time, der kan tildeles reklame og teleshopping.«

4. Artikel 1 i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse indeholder definitioner, og dens stk. 1 er affattet således (uddrag):

»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 […]. […]

   ii) audiovisuel kommerciel kommunikation

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

c) »redaktionelt ansvar«: udøvelse af effektiv kontrol over både udvælgelsen af programmer og deres tilrettelæggelse, enten i en kronologisk programflade, såfremt der er tale om fjernsynsudsendelser, eller i et katalog, såfremt der er tale om on-demand audiovisuelle medietjenester. Redaktionelt ansvar indebærer ikke nødvendigvis et juridisk ansvar i henhold til national lovgivning med hensyn til indholdet eller de udbudte tjenester

d) »medietjenesteudbyder«: den fysiske eller juridiske person, der har det redaktionelle ansvar for valget af audiovisuelt indhold i den audiovisuelle medietjeneste og bestemmer, hvordan det tilrettelægges

e) »[TV-]spredning« eller »fjernsynsudsendelser« (det vil sige en lineær audiovisuel medietjeneste): en audiovisuel medietjeneste, der udbydes af en medietjenesteudbyder med henblik på samtidig modtagelse af programmer på basis af en programflade

f) »[TV-]spredningsforetagende«: en medietjenesteudbyder af fjernsynsudsendelser

[…]

h) »audiovisuel kommerciel kommunikation«: billeder med eller uden lyd, som har til formål direkte eller indirekte at fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser eller promovere et image for en fysisk eller juridisk person, der udøver økonomisk virksomhed. Sådanne billeder følger med eller er indeholdt i et program mod betaling eller anden modydelse eller med selvpromoverende formål. Audiovisuel kommerciel kommunikation omfatter bl.a. [TV-]reklamer, sponsorering, teleshopping og produktplacering

i) »[TV-]reklame«: enhver meddelelse uanset form, som udsendes enten mod betaling eller anden modydelse eller med selvpromoverende formål af et offentligt eller privat foretagende eller en juridisk person i forbindelse med handel, industri, håndværk eller liberale erhverv for at promovere levering mod betaling af varer eller tjenesteydelser, herunder fast ejendom, rettigheder og forpligtelser

[…]«.

5. Artikel 4, stk. 1, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse fastsætter:

1. »Medlemsstaterne kan kræve, at medietjenesteudbydere under deres jurisdiktion overholder mere detaljerede eller strengere bestemmelser på de områder, der er omfattet af dette direktiv, hvis sådanne bestemmelser er forenelige med EU-retten.«

6. Artikel 23 i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse fastsætter følgende:

»1. [TV]-reklame- eller teleshoppingindslag må ikke fylde mere end 20% af en given klokketime.

2. Annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer, samt sponsorannonceringer og produktplaceringer er ikke omfattet af stk. 1.«

2. Direktiv 2018/1808

7. Ved direktiv 2018/1808 ændredes nogle dele af direktiv 2010/13. 1., 3. og 43. betragtning til dette direktiv er affattet således (uddrag):

»(1) Den seneste væsentlige ændring af Rådets direktiv 89/552/EØF, som efterfølgende blev kodificeret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU, blev foretaget i 2007 med vedtagelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/65/EF. Siden da har markedet for audiovisuelle medietjenester udviklet sig markant og hurtigt som følge af den stadig større konvergens mellem TV-tjenester og internettjenester. […]

[…]

(3) Direktiv 2010/13/EU bør fortsat kun gælde for tjenester, hvis hovedformål er at sende programmer, der skal informere, underholde eller oplyse. Hovedformålskravet bør også betragtes som opfyldt, hvis tjenesten har et audiovisuelt indhold og en audiovisuel form, som kan adskilles fra tjenesteudbyderens hovedaktivitet, såsom selvstændige dele af internetaviser med audiovisuelle programmer eller brugergenererede videoer, hvis disse dele kan anses for at kunne adskilles fra hovedaktiviteten. En tjeneste bør anses for blot at være et supplement, der er uadskilleligt fra hovedaktiviteten, i kraft af forbindelserne mellem det audiovisuelle udbud og hovedaktiviteten såsom levering af nyheder i skriftlig form. […]

[…]

(43) Den sendetid, der tildeles TV-spredningsforetagendets annonceringer i forbindelse med egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer eller public service-meddelelser og vederlagsfrie indslag til fordel for velgørenhed, med undtagelse af de omkostninger, der afholdes i forbindelse med transmission af sådanne indslag, bør ikke medregnes i den maksimale sendetid, der kan tildeles TV-reklame og teleshopping. Endvidere indgår mange TV-spredningsforetagender i større TV-koncerner og foretager annonceringer med relation til ikke blot deres egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer, men også til programmer og audiovisuelle medietjenester fra andre enheder, der tilhører den samme TV-koncern. Den sendetid, der tildeles sådanne annonceringer, bør heller ikke medregnes i den maksimale sendetid, som må afsættes til TV-reklame og teleshopping.«

8. Artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2010/13, som ændret ved direktiv 2018/1808, er affattet således:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

b) »program«: et sæt levende billeder med eller uden lyd, der udgør en individuel del, uanset dens længde, inden for en programflade eller et katalog udarbejdet af en medietjenesteudbyder, herunder film af spillefilmslængde, videoklip, sportsbegivenheder, sitcom-serier, dokumentarprogrammer, børneprogrammer og TV-drama.«

9. Artikel 23 i direktiv 2010/13 fik ved direktiv 2018/1808 følgende ordlyd:

»1. Andelen af TV-reklame- eller teleshoppingindslag i perioden mellem kl. 06.00 og 18.00 må ikke fylde mere end 20% af den pågældende periode. Andelen af TV-reklame- eller teleshoppingindslag i perioden mellem kl. 18.00 og 24.00 må ikke fylde mere end 20% af den pågældende periode.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse på:

a) annonceringer, som TV-spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer eller med programmer og audiovisuelle medietjenester fra andre enheder, der tilhører den samme TV-koncern

b) sponsorannonceringer

c) produktplaceringer

d) neutrale rammer mellem redaktionelt indhold og TV-reklamer eller teleshoppingindslag og mellem individuelle indslag.«

B. Italiensk ret

10. Decreto legislativo del 31 luglio 2005, n. 177 – Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (lovdekret nr. 177/2005 af 31.7.2005 om de konsoliderede bestemmelser vedrørende audiovisuelle og radio-medietjenester) (herefter »lovdekret nr. 177/2005«) bestemmer i artikel 38, stk. 2, at for selskaber, der udbyder frit tilgængeligt TV – herunder analogt – bortset fra indehaveren af koncession til udsendelse af public service-TV, må landsdækkende udsendelse af reklameindslag ikke overskride 15% af den daglige programflade og 18% af en given klokketime, idet en eventuel overskridelse, der under alle omstændigheder højst må udgøre 2% i løbet af en time, skal udlignes i den foregående eller efterfølgende time.

11. Artikel 38, stk. 6, i lovdekret nr. 177/2005 fastsætter, at annonceringer, som TV-spredningsforetagender, herunder analoge, foretager i forbindelse med egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer, samt sponsorannonceringer og produktplaceringer ikke er omfattet af ovennævnte stk. 2.

12. Artikel 52 i decreto legislativo nr. 177/2005 regulerer sanktioner for overtrædelser af dekretets artikel 38.

III. Sagens faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

13. Reti Televisive Italiane s.p.a. (herefter »RTI«) er indehaver af TV-stationerne »Canale 5«, »Italia 1« og »Rete 4«. Selskabet ejer desuden 80% af Monradio Srl, som driver radiostationen »R101«; de øvrige 20% ejes af et andet selskab, som hører til samme TV-koncern.

14. Ved tre afgørelser af 19. december 2017, forkyndt den 8. januar 2018, som hver især vedrørte stationerne »Canale 5«, »Italia 1« og »Rete 4«, pålagde Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (den italienske tilsynsmyndighed for kommunikation) RTI sanktioner for tilsidesættelse af den efter national ret tilladte maksimale reklamesendetid på grundlag af

artikel 38, stk. 2, og artikel 52 i lovdekret nr. 177/2005. Myndigheden medregnede i denne forbindelse reklamer, som var blevet sendt i programmer på »Canale 5«, »Italia 1« samt »Rete 4« og indholdsmæssigt reklamerede for radiostationen »R101«.

15. RTI anlagde tre forskellige søgsmål med identisk indhold til prøvelse af de tre ovennævnte afgørelser for Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, herefter »TAR«). Efter RTI's opfattelse vedrørte de meddelelser, som koncernens tre TV-spredningsforetagender udsendte, alene en præsentation af R101's programmer og skulle derfor kvalificeres som annonceringer i forbindelse med egne programmer, der ikke skulle medregnes i den grænse for reklamesendetiden, som foreskrives i artikel 38, stk. 6, i lovdekret nr. 177/2005.

16. TAR var derimod af den opfattelse, at annonceringer i forbindelse med et *radio*spredningsforetagendes udsendelser ikke kan være annonceringer i forbindelse med et *TV* -spredningsforetagendes »egne udsendelser«, heller ikke selv om dette radiospredningsforetagende hører til samme koncern som TV-spredningsforetagendet. Den forkastede følgelig RTI's søgsmål.

17. RTI har herefter iværksat appel til den forelæggende ret, Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien).

18. Ifølge RTI er for det første den omstændighed, at »R101« ejes af et andet selskab end RTI, uden betydning, eftersom begge tilhører samme koncern. Det afgørende for, om undtagelsen for reklame for egne programmer fra beregningen af de maksimale reklameperioder finder anvendelse, er mediekoncernen som økonomisk enhed, ikke de forskellige juridiske personer.

19. Desuden er praksis med »tværmedial« reklame for egne programmer mellem TV-, radio- og internettjenester nu meget udbredt. Dette bekræftes også af 43. betragtning til direktiv 2018/1808 og den ændring, som dette direktiv indførte i artikel 23, stk. 2, litra a), i direktiv 2010/13. Selv om denne ændring ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, er den alligevel relevant for fortolkningen af den tidligere gældende ret.

20. På denne baggrund har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og ved præjudiciel anmodning af 25. marts 2021, der indgik til Domstolen den 21. april 2021, at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»[1]) Kan en fortolkning af national ret – under hensyn til EU-rettens regler om begrænsning af reklamesendetiden og under hensyn til den betydning, som [EU-retten] generelt tillægger begrebet koncern eller en enkelt økonomisk enhed, som fremgår af talrige kilder i konkurrenceretten (af relevans for dette tilfælde er 43. betragtning til direktiv 2018/1808/EU og den nye affattelse af artikel 23 i direktiv 2010/13/[EU]) – på trods af den sondring, der følger af national italiensk lovgivning i medfør af artikel 5, stk. 1, litra b), i lovdekret [nr.] 177/[2005], mellem TV- og radiostationer – anses for at være forenelig med EU-retten, når denne fortolkning bevirker, at det af artikel 1, stk. 1, litra a), i lovdekret [nr.] 177/[2005], som ændret i den nuværende affattelse med virkning fra den 30. marts 2010 (til gennemførelse af direktiv 2007/65/EF), udledes, at konvergensprocessen mellem de forskellige former for kommunikation (elektronisk kommunikation, skriftlige udgivelser, herunder digitale, og internet i alle afskygninger) navnlig gælder mellem udbydere af TV- og radiomedier, især når de allerede indgår i indbyrdes forbundne virksomhedssammenslutninger, og at [denne proces] generelt finder anvendelse med de

deraf følgende konsekvenser for fortolkningen af [lovdekretets] artikel 38, stk. 6, således, at spredningsforetagendet også kan være koncernen som økonomisk enhed, eller kan der, efter de nævnte EU-retlige principper, og under hensyn til, at området for forbud mod reklamesendetid er selvstændigt i forhold til konkurrenceretten, ikke – i perioden før 2018 – tillægges koncerner og nævnte konvergensproces og den såkaldte tværmedialitet nogen betydning, idet alene det enkelte spredningsforetagende skal tages i betragtning ved beregningen af reklametidsindekset, selv om den pågældende enhed er tilknyttet en koncern (også fordi denne omstændighed alene nævnes i den konsoliderede udgave af artikel 23 i direktiv 2010/13/[EU], som følger af vedtagelsen af direktiv 2018/1808/EU)?

[2]) Kan det af begrebet »medietjenesteudbyder i en koncern« (eller med appellantens ordvalg: forlagskoncern) – henset til ovennævnte EU-retlige principper om koncerner og virksomheder som en enkelt økonomisk enhed, når henses til forbuddet mod at overskride grænserne for reklamesendetiden og i betragtning af den senere affattelse af nævnte artikel 23 – på trods af den nævnte sondring for så vidt angår tilladelser, også udledes af den konkurrenceretlige ramme om [det integrerede kommunikationssystem], som fremgår af artikel 43 i lovdekret [nr.] 177/[2005], at koncerninterne, tværmediale reklamebeskeder ikke medregnes i grænserne for reklamesendetiden i medfør af artikel 38, stk. 6, i lovdekret [nr. 177/2005], eller er en sådan fortolkning udelukket for perioden før 2018, eftersom konkurrenceretten på TV-området er selvstændig i forhold til reglerne om begrænsning af reklamesendetiden?

[3]) Er den nye affattelse af artikel 23, stk. 2, litra a), i direktiv 2010/13/EU en anerkendelse af et allerede eksisterende princip i konkurrenceretten om koncerners generelle betydning, eller er der tale om en fornyelse? Er der i det førstnævnte tilfælde tale om en retlig virkelighed, der allerede er taget højde for i EU-retten – som dermed ligeledes kan omfatte det foreliggende tilfælde, som tidsmæssigt ligger forud for den nye affattelse, og påvirke [den nationale tilsynsmyndigheds] fortolkning, idet denne under alle omstændigheder forpligtes til at anerkende begrebet koncernforbundet »medietjenesteudbyder« – eller er denne fornyelse i sidstnævnte tilfælde til hinder for, at der lægges vægt på virksomhedssammenslutninger i situationer, der er opstået inden indførelsen heraf, eftersom bestemmelsen ikke finder anvendelse ratione temporis, henset til, at der er tale om en ny bestemmelse?

[4]) Under alle omstændigheder og ud over tilladelsesordningen i artikel 5 i lovdekret [nr.] 177/2005 og den nye affattelse af artikel 23, der blev indført i 2018, – dvs. såfremt denne nye bestemmelse ikke blot anerkender et eksisterende princip, men er udtryk for en fornyelse som omhandlet i […] [det tredje spørgsmål] – er de indbyrdes radio-TV-forhold, henset til den generelle og tværgående karakter af begreberne økonomisk enhed og koncern, generelt inden for konkurrenceretten nøglen til fortolkning af de grænser for reklamesendetiden, der i det mindste implicit er fastsat i forhold til virksomhedssammenslutninger (eller nærmere bestemt i forhold [til] kontrolforholdene mellem virksomhederne i koncernen) og til disse virksomheders funktionelle enhed, således at reklame for koncerninterne TV- og radioprogrammer [4], eller er disse integrationsforhold omvendt uden betydning for grænserne for reklamesendetiden, og skal de »egne« programmer som omhandlet i artikel 23 (i den oprindelige affattelse) således anses for at være de programmer, som alene tilhører det spredningsforetagende, der

4 – Den tyske oversætters anmærkning: Denne sætning er ufuldstændig på italiensk.

reklamerer for disse, og ikke koncernen som helhed, for så vidt som denne regel er en selvstændig bestemmelse, som ikke giver mulighed for en systematisk fortolkning, der udvider bestemmelsen til koncerner forstået som en enkelt økonomisk enhed?

[5]) Skal artikel 23 i sin oprindelige affattelse – selv i det tilfælde, hvor denne bestemmelse ikke skal fortolkes som en bestemmelse, der henhører under konkurrenceretten – under alle omstændigheder forstås som en tilskyndelsesbestemmelse, der beskriver de særlige kendetegn ved reklamer, som udelukkende er oplysende og ikke tilsigter at overbevise nogen om at købe andre varer og tjenesteydelser end de programmer, der reklameres for, og skal denne bestemmelse dermed anses for at være udelukket fra anvendelsesområdet for bestemmelserne vedrørende reklametid, hvorved den for virksomheder i samme koncern finder anvendelse på al integreret, tværmedial reklame, eller skal denne bestemmelse forstås som en fravigelse af eller undtagelse til beregningen af reklamesendetiden og dermed fortolkes indskrænkende?«

21. I sagen for Domstolen har RTI, Elemedia m.fl. (parter i hovedsagen), Italien, Polen og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg. Med undtagelse af Polen var de samme procesdeltagere også repræsenteret i retsmødet den 14. september 2022.

IV. Bedømmelse

22. Med sine fem præjudicielle spørgsmål, som skal besvares under ét, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om et TV-spredningsforetagendes reklame for en radiostation, der hører til samme koncern, kan være omfattet af undtagelsen i henhold til artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, hvorefter »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer og produkter«, ikke medregnes i de maksimale sendeperioder for reklame i henhold til denne bestemmelses stk. 1.

23. I denne forbindelse refererer den forelæggende ret på den ene side til begrebet »virksomhed« som økonomisk enhed, således som det er blevet præget inden for EU's konkurrenceret[5], og til ændringen af artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 ved direktiv 2018/1808.

24. I modsætning til artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, som kun undtog »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer og produkter« fra medregningen i de maksimale sendetider for reklame i henhold til stk. 1, fastsætter artikel 23, stk. 2, litra a), i direktiv 2010/13 som ændret ved direktiv 2018/1808 nemlig, at også »annonceringer, som TV-spredningsforetagendet foretager i forbindelse med […] programmer og audiovisuelle medietjenester fra andre enheder, der tilhører den samme TV-koncern«, nyder godt af denne undtagelse. De ændringer, der ved direktiv 2018/1808 blev indføjet i direktiv 2010/13, finder ganske vist ikke anvendelse på den foreliggende sag. Det nyere direktiv 2018/1808 trådte nemlig først i kraft den 18. december 2018. De i hovedsagen omtvistede afgørelser blev imidlertid vedtaget allerede den 19. december 2017 og forkyndt den 8. januar 2018. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt ændringen af artikel 23 i direktiv 2010/13 ved direktiv 2018/1808 er udtryk for et almindeligt retsprincip, som også kan påvirke fortolkningen af direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse.

[5] – Jf. dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 46-48 og den deri nævnte retspraksis).

25. På den anden side rejser den forelæggende ret med sit femte spørgsmål det forudgående spørgsmål, om »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« overhovedet skal anses for reklame, som er omfattet af bestemmelserne i artikel 23 i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse om maksimale sendetider for reklame.

26. Jeg vil derfor først behandle begrebet selvpromoverende aktiviteter som omhandlet i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse og vise, at »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i dette direktivs artikel 23, stk. 2, udgør en sådan selvpromoverende aktivitet (A). Derefter vil jeg belyse, at spørgsmålet om, hvorvidt annonceringer i forbindelse med en radiomedietjenestes programmer kan være »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, skal besvares benægtende, uden at det er nødvendigt at besvare spørgsmålet om, hvorvidt annonceringer i forbindelse med programmer fra en station i samme koncern kan klassificeres som »egne programmer«. En annoncering i forbindelse med et program fra en radiomedietjeneste kan nemlig i reglen slet ikke være en annoncering i forbindelse med et »program« henholdsvis en »audiovisuel medietjeneste« som omhandlet i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse (B). Kun subsidiært vil jeg derfor afslutningsvis behandle spørgsmålet om betydningen af begrebet mediekoncern i forbindelse med hovedsagen (C).

A. Begrebet »selvpromoverende aktiviteter« som omhandlet i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse

27. Med det femte spørgsmål ønsker Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) oplyst, om artikel 23 i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse skal »forstås som en tilskyndelsesbestemmelse, der beskriver de særlige kendetegn ved reklamer, som udelukkende er oplysende og ikke tilsigter at overbevise nogen om at købe andre varer og tjenesteydelser end de programmer, der reklameres for, og denne bestemmelse dermed skal anses for at være udelukket fra anvendelsesområdet for bestemmelserne vedrørende reklametid«.

28. Det fremgår imidlertid af artikel 1, stk. 1, litra h) og i), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, at dette spørgsmål skal besvares benægtende. Det fremgår nemlig af disse bestemmelser, at annonceringer i forbindelse med et TV-spredningsforetagendes programmer skal klassificeres som TV-reklame. Dermed er de kun undtaget fra medregning i de maksimale reklametider, hvis det drejer sig om et TV-spredningsforetagendes annonceringer i forbindelse med egne programmer.

29. I artikel 1, stk. 1, litra h), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse er »audiovisuel kommerciel kommunikation« defineret som »billeder med eller uden lyd, som har til formål direkte eller indirekte at fremme afsætningen af varer eller tjenesteydelser eller promovere et image for en fysisk eller juridisk person, der udøver økonomisk virksomhed. Sådanne billeder følger med eller er indeholdt i et program mod betaling eller anden modydelse eller med selvpromoverende formål. Audiovisuel kommerciel kommunikation omfatter bl.a. [TV-]reklamer […]«.

30. I henhold til artikel 1, stk. 1, litra i), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse er »[TV-]reklame« »enhver meddelelse uanset form, som udsendes enten mod betaling eller anden modydelse eller med selvpromoverende formål af et offentligt eller privat foretagende eller en juridisk person i forbindelse med handel, industri, håndværk eller liberale erhverv for at promovere levering mod betaling af varer eller tjenesteydelser […]«.

31. Fjernsynsudsendelser, herunder fjernsynsudsendelser, som transmitteres via teledistribution, udgør en tjenesteydelse i henhold til artikel 56 TEUF [6]. Dette blev udtrykkeligt præciseret i sjette betragtning til direktiv 89/552/EØF om »fjernsyn uden grænser« [7]. Også 21. og 35. betragtning til direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse taler om de »tjenesteydelser«, der hører under begrebet »audiovisuel medietjeneste« henholdsvis dette direktiv. Desuden er en »audiovisuel medietjeneste« i henhold til artikel 1, stk. 1, litra a), nr. i), en tjeneste som defineret i artikel 56 TEUF og 57 TEUF, hvis hovedformål er at udbyde informerende, underholdende eller oplysende programmer til offentligheden.

32. Annonceringer i forbindelse med et TV-spredningsforetagendes programmer har derfor til formål at fremme afsætningen af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra h), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse og skal således klassificeres som »audiovisuel kommerciel kommunikation« som defineret i denne bestemmelse. Ligeledes er sådanne annonceringer omfattet af begrebet »[TV-]reklame« som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra i), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, da de udgør en meddelelse, som udsendes af et offentligt eller privat foretagende som selvpromoverende reklame for at promovere levering mod betaling af tjenesteydelser.

33. Heraf følger, at det er en vildfarelse, når RTI vil sondre mellem neutrale annonceringer med rent oplysende karakter på den ene side og reklame forstået som anprisning af et produkt eller en tjenesteydelse på den anden. Selv når annonceringer i forbindelse med et TV-spredningsforetagendes programmer har oplysende karakter, sigter de alligevel mod, at seerne skal se disse programmer og dermed mod levering af tjenesteydelser mod vederlag. I øvrigt ville undtagelsesbestemmelsen i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse være unødvendig, hvis »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« slet ikke var omfattet af begrebet TV-reklame og dermed af anvendelsesområdet for artikel 23, stk. 1.

34. Den omstændighed, at der i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse tales om »*annonceringer*, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« [8] og ikke om »[TV-]spredningsforetagendets *reklame* for egne programmer«, er heller ikke egnet til at rejse tvivl om klassificeringen af sådanne annonceringer som selvpromoverende reklame og dermed som TV-reklame. Begrebet »annonceringer i forbindelse med egne programmer« er snarere blot et synonym for »reklame for egne programmer«. Det bekræftes af, at den franske version af artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse anvender begrebet »messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en ce qui concerne ses propres programmes«. Begrebet »messages« optræder nemlig i den franske version af direktivet også i 85. betragtning i forbindelse med »publicitaires« (»messages publicitaires«), mens der dette sted i andre sprogversioner anvendes begreber som »reklame« eller »reklameindslag« [9].

6 – Jf. dom af 13.12.2007, United Pan-Europe Communications Belgium m.fl. (C-250/06, EU:C:2007:783, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

7 – 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 1989, L 298, s. 23).

8 – Jf. også f.eks. tysk: »Hinweise[n] des Fernsehveranstalters auf eigene Sendungen«, engelsk: »announcements made by the broadcaster in connection with its own programmes«, fransk: »messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en ce qui concerne ses propres programmes« og italiensk: »annunci dell'emittente relativi ai propri programmi«.

9 – Jf. f.eks. tysk: »Werbeeinschübe«, engelsk: »advertising« og italiensk: »pubblicità«.

35. I overensstemmelse hermed præciseres det også i 96. betragtning til direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, »at selvpromoverende aktiviteter er en særlig form for reklame, hvorved [TV-]spredningsforetagendet fremmer sine egne produkter, tjenesteydelser, programmer eller kanaler«. Med hensyn til forgængerdirektivet 89/552 har Domstolen i øvrigt fastslået, at tilskyndelser til at se andre af et TV-spredningsforetagendes programmer, udgør reklame [10].

36. I modsætning til RTI's opfattelse kan det heller ikke udledes af andet punktum i 96. betragtning til direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, hvorefter »trailers, der består af uddrag af programmer, [skal] betragtes som programmer«, at annonceringer vedrørende fremtidige programmer ikke over omfattet af reklamebegrebet. Udsendelse af trailers har nemlig til formål at fremme afsætningen af tjenesteydelser (nemlig de programmer, som trailerne er uddrag af) [artikel 1, stk. 1, litra h), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse]. Tilsvarende er der tale om en meddelelse, som sendes med det mål at fremme leveringen af disse tjenesteydelser [artikel 1, stk. 1, litra i)]. Som Italien gjorde gældende i retsmødet, må det derfor lægges til grund, at udsendelse af trailers udgør reklame for de pågældende programmer. Tilsvarende er trailers også kun omfattet af undtagelsen i henhold til artikel 23, stk. 2, hvis det drejer sig om trailers for det udsendende TV-spredningsforetagendes egne programmer.

37. Til forskel fra, hvad RTI mener, er det uden betydning for kriteriet om tjenesteydelser mod vederlag, om TV-stationen er en station, som kan modtages gratis, eller en privat station mod betaling. Gratis stationer er nemlig som regel reklamefinansierede. Selvpromoverende reklame har til formål at opnå højere seertal, som er et væsentligt beregningsgrundlag for prisen for reklametiden. Dermed er udsendelse af reklame for programmer, som kan ses gratis, en meddelelse med det formål indirekte at fremme leveringen af reklameydelser mod vederlag.

38. Public service-TV-stationers programmer, som finansieres ved statsligt fastsatte og af staten opkrævede licensgebyrer eller statslige tilskud, udgør ganske vist ikke en levering af en ydelse mod vederlag i momsrettens forstand [11].

39. Dette betyder imidlertid ikke, at annonceringer i forbindelse med sådanne TV-stationers programmer, i hvert fald, hvis de også sender reklame mod vederlag [12], ikke er »audiovisuel kommerciel kommunikation« henholdsvis »[TV-]reklame« som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra h) og i), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse. Litra i) henviser udtrykkeligt også til offentlige spredningsforetagender. Derudover præciseres det i 21. betragtning, at begrebet »audiovisuelle medietjenester« kun bør omfatte tjenester, der falder inden for definitionen af tjenesteydelser i TEUF, og således bør omfatte enhver form for økonomisk virksomhed, herunder udøvet af public service-foretagender.

40. Dette er logisk. Det kan ganske vist være begrundet at udforme de konkrete bestemmelser om reklametiderne forskelligt på grund af den forskellige finansiering af forskellige stationer, da de således befinder sig i forskellige situationer [13]. Der ses imidlertid ingen grund til principielt og på forhånd at undtage en bestemt gruppe af TV-spredningsforetagender fra bestemmelserne om

[10] – Dom af 18.10.2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, EU:C:2007:613, præmis 45).

[11] – Jf. dom af 22.6.2016, Český rozhlas (C-11/15, EU:C:2016:470, præmis 23-28 og 36 samt domskonklusionen), og af 16.9.2021, Balgarska natsionalna televizia (C-21/20, EU:C:2021:743, præmis 32-34 og 39 samt punkt 1 i domskonklusionen).

[12] – Det er ikke nødvendigt at besvare, hvordan det særlige tilfælde med en public service-stations selvpromovering skal bedømmes, som er rent skattefinansieret og ikke sender reklamer for tredjemand. Den foreliggende sag drejer sig i hvert fald ikke om et sådant særtilfælde.

[13] – Jf. tilsvarende dom af 18.7.2013, Sky Italia (C-234/12, EU:C:2013:496, præmis 18-23).

TV-reklame. Målet om at beskytte forbrugerne i deres egenskab af seere mod overdreven reklame, som ligger til grund for direktiverne om levering af audiovisuelle medietjenester[14], bør nemlig gælde for samtlige TV-spredningsforetagender, som sender reklame for tredjemand.

41. Alt dette bekræfter, at annonceringer i forbindelse med et TV-spredningsforetagendes programmer udgør TV-reklame. Denne er kun undtaget fra medregning i de maksimale sendetider for reklame i henhold til artikel 23, stk. 1, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, hvis det drejer sig om »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i denne bestemmelses stk. 2.

42. Undtagelsen af egenreklame fra medregningen i de maksimale sendetider for reklame er et privilegium, som lovgiver indrømmer TV-spredningsforetagenderne. Det synes for det første at være begrundet i disses særlige samfundsmæssige betydning, som navnlig fremhæves i femte betragtning til direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse (sikring af informationsfrihed, meningsmangfoldighed og mediepluralisme). For det andet må det lægges til grund, at TV-spredningsforetagenderne ikke gør overdreven brug af privilegiet til at sende (vederlagsfri) egenreklame, da dette ellers ville kunne skade deres programmers tiltrækningskraft for seerne (og dermed indirekte også deres indtægter fra reklametjenesteydelser mod vederlag).

43. Med den sidste del af det femte spørgsmål spørger den forelæggende ret, om artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse udgør en afvigende bestemmelse og derfor skal fortolkes strengt. RTI gør i denne forbindelse gældende, at begrænsninger af den grundlæggende frihed til fri adgang til udsendelse af fjernsyn i henhold til Domstolens praksis i ARD-dommen skal fortolkes strengt[15]. I den pågældende dom præciserede Domstolen imidlertid kun, at en sådan begrænsning skal fortolkes strengt, hvis den ikke er formuleret klart og entydigt.

44. Den i den foreliggende sag omhandlede begrænsning af TV-reklameindslags og teleshoppingindslags andel af sendetiden ved artikel 23, stk. 1, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse er imidlertid klart og entydigt formuleret. Den udtrykker princippet om, at tjenesteydelsesfriheden er begrænset inden for TV-reklame. Her er grundreglen nemlig ikke den frie, ubegrænsede udsendelse, men den tidsmæssige begrænsning af denne af hensyn til forbrugerne i deres egenskab af seere, som fremhæves i 83. betragtning til direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse Som Domstolen har fastslået, skal navnlig rækkevidden af begrebet »[TV-]reklame« bedømmes under hensyntagen til dette mål[16]. Ligeledes er artikel 23, stk. 2, hvorefter »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer«, ikke er omfattet at de maksimale sendetider, klart og entydigt formuleret.

45. Heller ikke med hensyn til en fortolkning af direktivet i lyset af de grundlæggende frihedsrettigheder ses der indikationer af, at reklamebegrænsningen i artikel 23, stk. 1, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse udgør en uforholdsmæssig begrænsning af tjenesteydelsesfriheden. Som Domstolen selv allerede har fastslået, har principperne i og formålene med bestemmelserne om sendetid for TV-reklamer, som er fastsat i direktiverne på området for udbud af audiovisuelle medietjenester, til formål at sikre en afbalanceret beskyttelse af på den ene side TV-radiospredningsforetagendernes og annoncørernes finansielle interesser

[14] – Jf. dom af 18.10.2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, EU:C:2007:613, præmis 26-28), og af 18.7.2013, Sky Italia (C-234/12, EU:C:2013:496, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis), samt 83. betragtning til direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse).

[15] – Dom af 28.10.1999, ARD (C-6/98, EU:C:1999:532, præmis 29-31).

[16] – Jf. henvisningerne ovenfor i fodnote 14.

og på den anden side rettighedsindehavernes, dvs. ophavsmænds og fremstilleres, interesser og forbrugernes interesser i deres egenskab af seere. De kan derfor retfærdiggøre restriktioner indført af medlemsstaterne i den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med reklame [17].

46. Således skal begrænsningen af tjenesteydelsesfriheden i forbindelse med reklamer ved artikel 23, stk. 1, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse ikke fortolkes særligt strengt, ligesom undtagelsen med hensyn til annonceringer i forbindelse med egne programmer i henhold til denne bestemmelses stk. 2 ikke skal fortolkes særligt bredt. Tværtimod skal begge stykker fortolkes under hensyntagen til deres ordlyd samt opbygningen og formålet med direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse [18].

B. Begrebet »program« som omhandlet i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse

47. Med det første til det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om et TV-spredningsforetagendes annonceringer i forbindelse med et radiospredningsforetagendes programmer, som hører til same mediekoncern, kan være omfattet af begrebet »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse.

48. At dette i princippet ikke er tilfældet, fremgår allerede af denne definition sammenholdt med definitionen af begrebet »program« i artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse samt desuden med definitionen af begrebet »fjernsynsudsendelse« i samme bestemmelses litra e).

49. Det fremgår af disse definitioner, at et »program« er »et sæt levende billeder med eller uden lyd« og et »fjernsynsprogram« en »audiovisuel medietjeneste, der udbydes af en medietjenesteudbyder med henblik på samtidig modtagelse af programmer på basis af en programflade«. Således kan annonceringer i forbindelse med et radiospredningsforetagendes udsendelser eller programmer, som kun indeholder lyd og ingen billeder, ikke være »annonceringer […] med hensyn til egne programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse.

50. Dette er konsekvent, da radiotjenester slet ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiverne om audiovisuelle medietjenester. Kommissionen havde ganske vist oprindeligt også medtaget radio i sin grønbog om »fjernsyn uden grænser« fra 1984 [19]. Dette var også indeholdt i Kommissionens oprindelige forslag til direktiv 89/552 om »fjernsyn uden grænser« [20]. Navnlig efter ønske fra de tyske delstater, som frygtede for deres reguleringsbeføjelser på dette område, blev radioen imidlertid til sidst ikke medtaget i anvendelsesområdet for direktiv 89/552 [21]. Dette blev opretholdt også med vedtagelsen af direktiv 2010/13: I henhold til 23. betragtning til dette direktiv bør udtrykket »audiovisuel« henvise til levende billeder med eller uden lyd, herunder

[17] – Jf. dom af 23.10.2003, RTL Television (C-245/01, EU:C:2003:580, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis), og af 18.7.2013, Sky Italia (C-234/12, EU:C:2013:496, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

[18] – Jf. i denne retning dom af 24.11.2011, Kommissionen mod Spanien (C-281/09, EU:C:2011:767, præmis 48 og 49).

[19] – Jf. Fjernsyn uden grænser, Grønbog om etableringen af det fælles marked for radiospredning, specielt ved satellit- og kabelfremføring, KOM(84) 300, endelig udg.

[20] – Jf. navnlig artikel 21 i Kommissionens forslag samt ændrede forslag til Rådets direktiv om samordning af visse i medlemsstaterne ved lov eller administrativt fastsatte forskrifter vedrørende udøvelse af radiospredningsvirksomhed, KOM(86) 146 endelig udgave og KOM(88) 154 endelig udgave.

[21] – Jf. i denne forbindelse Bundesverfassungsgericht (Tysklands forfatningsdomstol), dom af 22.3.1995, 2 BvG 1/89, BVerfGE 92, 203 – EF-TV-direktiv, præmis 39-40).

således stumfilm, men ikke lydtransmission eller radiotjenester. Som Elemedia anførte i retsmødet i den foreliggende sag, gælder dette fortsat efter ændringen af dette direktiv ved direktiv 2018/1808 [jf. artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2010/13 som ændret ved direktiv 2018/1808).

51. Som Elemedia ligeledes anførte, udgør radiotjenester på den ene side og audiovisuelle medietjenester på den anden side fortsat adskilte markeder, trods tværmedialitet og konvergens mellem de audiovisuelle tjenester. Dette er vel også årsagen til, at EU-lovgiver besluttede, trods denne konvergens, som Kommissionen selv tematiserede i en grønbog i 2013 [22], og som er nævnt i første betragtning til direktiv 2018/1808, fortsat at udelukke radiotjenester fra anvendelsesområdet for direktiv 2010/13 som ændret ved direktiv 2018/1808.

52. Den fortolkning, som RTI argumenterer for, hvorefter også et TV-spredningsforetagendes reklame for et radiospredningsforetagendes udsendelser eller programmer som selvpromoverende aktivitet kan undtages fra medregning i de maksimale sendetider for reklame, er altså en ulovlig udvidelse af anvendelsesområdet for direktiv 2010/13. En sådan udvidelse kan føre til konkurrenceforvridninger til skade for radiomedietjenester, som ikke indgår i koncerner med TV-spredningsvirksomheder, og dermed til konkurrenceforvridninger på et marked, som ifølge lovgivers vilje slet ikke er omfattet af de EU-retlige bestemmelser om audiovisuelle medietjenester.

53. Derfor vedrører spørgsmålet om, hvorvidt annonceringer i forbindelse med et radiospredningsforetagendes programmer er omfattet af artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, heller ikke de beføjelser, som artikel 4, stk. 1, uddybet ved 41. og 83. betragtning, indrømmer medlemsstaterne. Ifølge denne bestemmelse kan de fastsætte mere detaljerede eller strengere bestemmelser under den tærskel, der er fastsat i artikel 23 i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse [23]. Den foreliggende sag drejer sig imidlertid om, hvilke programmer der er omfattet af de maksimale sendetider, og dermed om fastlæggelse af den EU-retlige ramme, inden for hvilken medlemsstaterne overhovedet har en reguleringskompetence.

54. Annonceringer, som et TV-spredningsforetagende foretager i forbindelse med et radiospredningsforetagendes udsendelser eller programmer, som kun indeholder lyd og ingen billeder, kan således ikke anses for annonceringer i forbindelse med »programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, sammenholdt med artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse.

55. Ganske vist har også radiostationer i dag internetsider, hvor deres programmer er til rådighed, ofte forsynet med billeder. Såfremt disse audiovisuelle elementer kun udgør sekundære træk, som kun har til formål at supplere radiospredningsforetagendes primære virksomhed, kan disse elementer ikke forvandle radioprogrammer til »audiovisuelle medietjenester«, som er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse.

56. Således fastslog Domstolen i en sag, der drejede sig om videoer, som kunne ses på websitet for en avis' onlineudgave, at sådanne videoer ganske vist er omfattet af begrebet »program« som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, såfremt deres form og indhold kan sammenlignes med form og indhold af TV-spredning. Dette kan eventuelt være tilfældet for radioprogrammer, som suppleres med billeder.

[22] – Jf. Grønbog om Forberedelse på en fuldt ud konvergeret audiovisuel verden: Vækst, kreativitet og værdier, COM(2013) 231 final.

[23] – Jf. dom af 18.7.2013, Sky Italia (C-234/12, EU:C:2013:496, præmis 13-14); jf. også dom af 17.2.2016, Sanoma Media Finland – Nelonen Media (C-314/14, EU:C:2016:89, præmis 33, 55 og 60).

57. Domstolen har imidlertid præciseret, at de pågældende videoer kun er omfattet af begrebet »audiovisuel medietjeneste« som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra a), nr. i) (og dermed af direktivets anvendelsesområde), hvis tjenesten i form af tilrådighedsstillelsen af dem udgør et selvstændigt hovedformål i forhold til udbyderens egentlige aktiviteter og ikke blot er et uadskilleligt supplement til denne aktivitet (jf. også 22. betragtning). Dette er ikke tilfældet, hvis det audiovisuelle indhold ikke er hovedformålet, som ved internetsider, som kun indeholder audiovisuelle elementer som supplement [24].

58. Derfor skal en radiostations internetside ikke – på trods af de audiovisuelle elementer, som den indeholder – betragtes som en audiovisuel medietjeneste, hvis disse elementer kun er sekundære og alene anvendes som støtte til radioprogrammerne. Tilsvarende kan annonceringer i forbindelse med et radiospredningsforetagendes programmer kun være »annonceringer i forbindelse med […] programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, hvis disse programmer udgør en selvstændig audiovisuel medietjeneste, som kan adskilles fra radiospredningsforetagendets selvstændige, egentlige aktiviteter.

59. Det tilkommer den forelæggende ret at bedømme, om de programmer fra »R101«, som der blev reklameret for i den foreliggende sag, indeholdt audiovisuelle elementer, og såfremt dette er tilfældet, om disse kun udgjorde et supplement til de pågældende radioprogrammer eller en selvstændig audiovisuel medietjeneste. Ud fra de elementer, der foreligger for Domstolen, og diskussionerne i retsmødet, er der ingen indikationer af, at dette er tilfældet.

60. I hvert fald kan annonceringer i forbindelse med et radiospredningsforetagendes programmer kun være »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, hvis der ikke kun er tale om annonceringer i forbindelse med »programmer«, men også om annonceringer i forbindelse med »egne« programmer i direktivets forstand. Dette andet kriterium vil jeg behandle i det følgende.

C. Begrebet »egne programmer« som omhandlet i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse

61. RTI er af den opfattelse, at annonceringer, som et TV-spredningsforetagende foretager i forbindelse med en anden stations programmer, allerede skal anses for »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse, hvis begge stationer hører til samme koncern. Dette følger af konceptet om virksomheden som økonomisk enhed, som Domstolen har udviklet inden for konkurrenceretten, og som nu også er anerkendt i artikel 23, stk. 2, litra a), i direktiv 2010/13 som ændret ved direktiv 2018/1808.

62. Efter ændringen af artikel 23, stk. 2, i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse ved direktiv 2018/1808 er det ikke længere kun »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer«, men også »annonceringer, som TV-spredningsforetagendet foretager i forbindelse med […] programmer og audiovisuelle medietjenester fra andre enheder, der tilhører den samme TV-koncern«, der er undtaget fra medregning i de maksimale sendetider for reklame i henhold til denne bestemmelses stk. 1.

[24] – Dom af 21.10.2015, New Media Online (C-347/14, EU:C:2015:709, præmis 24, 26, 33, 34 og 37 samt domskonklusionen). Denne retspraksis indgik i tredje betragtning til direktiv 2018/1808.

63. 43. betragtning til direktiv 2018/1808 tyder imidlertid på, at det drejer sig om en nyregulering og dermed en ændring af den hidtidige retsstilling. I denne betragtning anføres det nemlig, at »mange TV-spredningsforetagender [indgår] i større TV-koncerner og foretager annonceringer med relation til ikke blot deres egne programmer og produkter med direkte tilknytning til disse programmer, men også til programmer og audiovisuelle medietjenester fra andre enheder, der tilhører den samme TV-koncern«, og at »den sendetid, der tildeles sådanne annonceringer, […] heller ikke [bør] medregnes i den maksimale sendetid, som må afsættes til TV-reklame og teleshopping«.

64. Artikel 23, stk. 2, litra a), i direktiv 2010/13 som ændret ved direktiv 2018/1808, som endnu ikke finder anvendelse på de foreliggende faktiske omstændigheder (jf. ovenfor, punkt 24), kan derfor ikke anses for en præcisering af den tidligere retsstilling.

65. I modsætning til RTI's opfattelse kan denne nyregulering heller ikke ses som udtryk for et almindeligt princip, hvorefter virksomheder i en koncern danner en økonomisk enhed, hvor ansvaret for et datterselskabs handlinger tilskrives moderselskabet.

66. RTI anfører til støtte for dette synspunkt ganske vist såvel konkurrenceretten [25] som eksemplet fra udbudsretten, hvorefter sammenslutninger af økonomiske aktører i forbindelse med opfyldelse af offentlige kontrakter eventuelt kan udnytte andre enheder i gruppens kapacitet [26]. Disse koncepter er imidlertid baseret på retlige og organisatoriske forbindelser mellem virksomhederne, som begrunder en gensidig tilskrivelse af handlinger og kapaciteter inden for den virksomhedsmæssige enhed, og som skyldes de lovgivningsmæssige rammer for de respektive retsområder konkurrenceret og udbudsret [27]. Disse områders logik kan muligvis gælde for sektoren for audiovisuelle medietjenester, hvis en sådan virksomhed skal bedømmes ud fra et konkurrenceretligt perspektiv eller deltager i en udbudsprocedure.

67. I modsætning til de netop behandlede koncepter tager direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse imidlertid med henblik på besvarelsen af spørgsmålet om, hvornår et TV-spredningsforetagendes program anses for et »eget program«, ikke udgangspunkt i virksomheders retlige og organisatoriske strukturer og indbyrdes forbindelser, men derimod i det redaktionelle ansvar for de pågældende programmer. Som det præciseres i 25. betragtning, er begrebet »redaktionelt ansvar« afgørende for definitionen af medietjenesteudbyderens rolle og dermed for definitionen af audiovisuelle medietjenester. Tilsvarende fastsættes det i artikel 1, stk. 1, litra a), nr. i), at en »audiovisuel medietjeneste« er en tjeneste, som en medietjenesteudbyder har det redaktionelle ansvar for. I henhold til denne bestemmelses litra d) er en »medietjenesteudbyder« den fysiske eller juridiske person, der har det redaktionelle ansvar for valget af audiovisuelt indhold i den audiovisuelle medietjeneste og bestemmer, hvordan det tilrettelægges. Et »[TV-]spredningsforetagende« er i henhold til denne bestemmelses litra f), en medietjenesteudbyder af fjernsynsudsendelser.

[25] – Jf. den allerede ovenfor i fodnote 5 citerede dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 46-48 og den deri nævnte retspraksis).

[26] – Jf. artikel 63, stk. 1, fjerde afsnit, sammenholdt med artikel 19, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

[27] – At konkurrencerettens virksomhedsbegreb ikke uden videre kan overføres til andre reguleringsområder, uden at dette udtrykkeligt er fastsat, fremgår også af artikel 83, stk. 4-6, sammenholdt med 150. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27.4.2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) (EUT 2016, L 119, s. 1, berigtiget i EUT 2018, L 127, s. 2); jf. i denne forbindelse også generaladvokat Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse Deutsche Wohnen (C-807/21, EU:C:2023:360, punkt 44-50).

68. Det »redaktionelle ansvar« er i henhold til artikel 1, stk. 1, litra c), i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse udøvelse af effektiv kontrol over både udvælgelsen af programmer og deres tilrettelæggelse, enten i en kronologisk programflade, såfremt der er tale om fjernsynsudsendelser, eller i et katalog, såfremt der er tale om on-demand audiovisuelle medietjenester. I denne forbindelse indebærer det redaktionelle ansvar ikke nødvendigvis et juridisk ansvar i henhold til national lovgivning med hensyn til indholdet eller de udbudte tjenester.

69. I modsætning til RTI's argument i retsmødet i den foreliggende sag kan dette begreb om det redaktionelle ansvar som defineret i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse ikke sidestilles med den form for kontrol, som Domstolen anvendte for at fastslå, at et moderselskab og et datterselskab udgør en økonomisk enhed. I denne forbindelse støttede Domstolen sig på, at datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet, navnlig under hensyn til de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem disse to juridiske enheder [28].

70. Selv om der eventuelt foreligger sådanne relationer mellem RTI og de stationer, som det er ejer af, forekommer det, som Italien bemærkede i retsmødet, usandsynligt, at et holdingselskab som RTI fastlægger udsendelsernes konkrete indhold og den detaljerede sammensætning af disse stationers programmer. Ifølge Elemedia er RTI kun et finansielt holdingselskab, som ejer andele af flere stationer, som hver især selv bærer det redaktionelle ansvar for deres programmer.

71. Heroverfor har RTI fremført, at selskabet ikke kun er et finansielt holdingselskab, men i sidste instans bestemmer den redaktionelle linje for alle selskaber i koncernen. Dette kan ifølge RTI sidestilles med det redaktionelle ansvar som omhandlet i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse. Som støtte for dette synspunkt påberåber selskabet sig navnlig Domstolens afgørelse i sagen Baltic Media Alliance, hvorefter det redaktionelle ansvar betyder, at den berørte person har kompetence til endeligt at beslutte det audiovisuelle tilbud som sådan [29].

72. I sidste ende påhviler det derfor den forelæggende ret at fastslå, om den kontrol, som RTI udøver såvel over udsendelserne og programmet fra »R101« (den radiostation, for hvis programmer der blev sendt reklame) som over udsendelserne fra »Canale 5«, »Italia 1« og »Rete 4« (de TV-stationer, som sendte reklamer for »R101«), skal sidestilles med det »redaktionelle ansvar« som omhandlet i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse.

73. Kun hvis dette er tilfældet for såvel stationerne »Canale 5«, »Italia 1« og »Rete 4« som for »R101«, kan annonceringerne i forbindelse med de pågældende programmer fra »R101« være »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i artikel 23, stk. 2 i direktiv 2010/13 i den oprindelige affattelse – altid på den betingelse, at disse programmer overhovedet udgør »audiovisuelle medietjenester« i direktivets forstand (jf. ovenfor, punkt 61 og 62).

[28] – Jf. dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

[29] – Dom af 4.7.2019, Baltic Media Alliance (C-622/17, EU:C:2019:566, præmis 43).

V. Forslag til afgørelse

74. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) forelagte spørgsmål således:

»Artikel 23, stk. 2, sammenholdt med artikel 1, stk. 1, litra a)-f) samt h) og 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) som affattet før ændringen ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1808 af 14. november 2018 om ændring af direktiv 2010/13/EU om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester) i betragtning af de ændrede markedsforhold skal fortolkes således, at annonceringer, som et TV-spredningsforetagende foretager i forbindelse med et radiospredningsforetagendes programmer, ikke er omfattet af begrebet »annonceringer, som [TV-]spredningsforetagendet foretager i forbindelse med egne programmer« som omhandlet i denne bestemmelse. Der foreligger kun en undtagelse herfra, hvis de programmer, der reklameres for, udgør selvstændige audiovisuelle medietjenester som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra a, nr. i), som kan adskilles fra hovedformålet med radiospredningsforetagendets aktiviteter, og som TV-spredningsforetagendet bærer det redaktionelle ansvar for som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra c).«