

RETTSMØTERAPPORT
i sak E-8/97

ANMODNING til Domstolen om rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo byrett i saken for denne domstol mellom

TV 1000 Sverige AB

og

Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet

om tolkningen av rådsdirektiv 89/552/EØF.

I. Innledning

1. Ved beslutning datert 21 oktober 1997, mottatt ved Domstolen den 24 oktober 1997, anmodet Oslo byrett EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne av TV 1000 Sverige AB mot Den norske regjering, representert ved Kulturdepartementet. Tvisten ved den norske domstolen gjelder gyldigheten av en beslutning av Kulturdepartementet der det satte forbud mot videresending av kanalen FilmMax i norske kabelnett fra og med 22 mai 1995.

II. Rettslig bakgrunn

Nasjonal lovgivning

2. Ifølge anmodningen ble vedtaket om å stoppe FilmMax' fjernsynssendinger truffet i medhold av lov om kringkasting av 4 desember 1992 nr 127 (heretter "kringkastingsloven") § 4-5(1) bokstav b. Bestemmelsen trådte i kraft 1 januar 1994.

3. Kringkastingsloven § 4-5(1) bokstav b lyder som følger:

"Statens mediaforvaltning kan forby videresending av fjernsynskanaler som ... sender et program med pornografi eller i strid med norsk lov."

4. Almindelig borgerlig Straffelov av 22 mai 1902 nr 10 (heretter "straffeloven") § 211, sist endret den 22 mai 1992, lyder:

"Med bøter eller med fengsel inntil 2 år eller med begge deler straffes:

- a) den som holder offentlig foredrag eller istandbringer offentlig forestilling eller utstilling av utuktig eller pornografisk innhold,*
- b) den som utgir, frambyr til salg eller leie eller på annen måte søker å utbre, eller som med hensikt å foreta slik utbredelse innfører utuktige eller pornografiske skrifter, bilder, filmer, videogram eller lignende,*
- c) den som overlater utuktige eller pornografiske skrifter, bilder, film, videogram og liknende til personer under 18 år,*
- d) den som besitter eller innfører bilder, film, videogram eller lignende, hvor noen som er, må regnes å være eller fremstilles som å være under 16 år, er vist på en utuktig eller pornografisk måte.*

Med utuktige eller pornografiske skildringer menes i denne paragraf kjønnslige skildringer som virker støtende eller på annen måte er egnet til å virke menneskelig nedverdiggende eller forrående, herunder kjønnslige skildringer med bruk av barn, dyr, vold, tvang og sadisme.

Medvirkning straffes på samme måte.

Med bøter eller fengsel inntil 6 måneder eller begge deler straffes den som av uaktsomhet foretar noen sådan handling som er nevnt i denne paragraf.

På samme måte straffes den innehaver eller overordnede som forsettlig eller av uaktsomhet unnlater å hindre at det i en virksomhet blir foretatt handling som nevnt i denne paragraf.

Ved straffeutmålingen legges det i skjerpende retning vekt på om de utuktige eller pornografiske skildringer omfatter bruk av barn, dyr, vold, tvang og sadisme.

Paragrafen gjelder ikke for film eller videogram som Statens filmtilsyn ved forhåndskontroll har godkjent til ervervsmessig framvisning eller omsetning."

EØS-retten

5. Direktiv 89/552/EØF av 3 oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene (heretter "direktivet") er omhandlet i EØS-avtalen vedlegg X punkt 1.

6. Direktivet artikkel 2 lyder:

"1. Hver medlemsstat skal påse at alle fjernsynsprogrammer sendt

- av fjernsynsselskaper underlagt denne medlemsstats myndighet eller*
- av fjernsynsselskaper som nytter en frekvens eller en satellittkapasitet som vedkommende medlemsstat har gitt tillatelse til å bruke, eller en satellittforbindelse som er plassert i medlemsstaten, selv om de ikke er underlagt noen medlemsstats myndighet,*

er i samsvar med gjeldende lovgivning for sendinger beregnet på allmennheten i denne medlemsstat.

2. *Medlemsstatene skal sikre fri mottaking og skal ikke hindre videresending på sitt territorium av fjernsynssendinger fra andre medlemsstater på grunn av forhold som faller inn under områder som samordnes ved dette direktiv. Medlemsstatene kan midlertidig avbryte videresending av fjernsynssendinger dersom følgende forhold foreligger:*

- a) en fjernsynssending fra en annen medlemsstat utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på artikkel 22,*
- b) fjernsynsselskapet har i løpet av de 12 foregående månedene overtrådt den samme bestemmelsen ved minst to tidligere anledninger,*
- c) vedkommende medlemsstat har gitt fjernsynsselskapet og Kommisjonen skriftlig melding om de påståtte overtredelsene og om at den har til hensikt å hindre videresending dersom overtredelsen skjer igjen,*
- d) konsultasjoner med senderstaten og Kommisjonen har ikke ført til en minnelig løsning innen femten dager etter at meldingen omhandlet i bokstav c) ble gitt, og den påståtte overtredelsen fortsetter.*

Kommisjonen skal påse at midlertidige avbrudd skjer i samsvar med fellesskapsretten. Den kan anmode vedkommende medlemsstat om straks å stanse avbrudd som er i strid med fellesskapsretten. Denne bestemmelse er ikke til hinder for å innlede saksbehandling, treffe forholdsregler eller sanksjoner i forbindelse med de aktuelle overtredelsene i den medlemsstat hvis myndighet fjernsynsselskapet er underlagt.

3. *Dette direktiv skal ikke få anvendelse på sendinger som utelukkende er beregnet på å mottas i andre stater enn medlemsstatene, og som verken direkte eller indirekte mottas i en eller flere medlemsstater."*

7. Direktivet artikkel 22 lyder:

"Medlemsstatene skal treffe passende tiltak for å sikre at fjernsynsselskaper underlagt deres myndighet ikke sender programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, særskilt programmer som inneholder pornografiske scener eller umotivert vold. Denne bestemmelsen skal utvides til å omfatte andre programmer som kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, med mindre det ved valg av sendetid eller ved andre tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke ser eller hører slike sendinger.

Medlemsstatene skal også påse at sendinger ikke inneholder elementer som sporer til hat på grunnlag av rase, kjønn, religion eller nasjonalitet."

8. Europaparlaments- og rådsdirektiv 97/36/EF av 30 juni 1997, som endrer rådsdirektiv 89/552/EØF, er hittil ikke gjort til del av EØS-avtalen gjennom et vedtak av EØS-komiteén. Direktiv 97/36/EF artikkel 1 nr 2 endrer artikkel 2 og tilføyer en ny artikkel 2a. Den nye artikkel 2a lyder:

- "1. Medlemsstatene skal sikre fri mottaking og skal ikke hindre videresending på sitt territorium av fjernsynssendinger fra andre medlemsstater på grunn av forhold som faller inn under områder som samordnes ved dette direktiv.*
- 2. Medlemsstatene kan midlertidig gjøre unntak fra nr. 1 dersom følgende forhold foreligger:*
 - a) en fjernsynssending fra en annen medlemsstat utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på artikkel 22 nr. 1 eller 2 og/eller artikkel 22a,*
 - b) fjernsynsselskapet har i løpet av de tolv foregående månedene allerede overtrådt én eller flere av bestemmelsene nevnt i bokstav a) ved minst to anledninger,*
 - c) vedkommende medlemsstat har gitt fjernsynsselskapet og Kommisjonen skriftlig melding om de påståtte overtredelsene og om de tiltak den har til hensikt å treffe dersom overtredelse skjer igjen,*
 - d) konsultasjoner med sendermedlemsstaten og Kommisjonen har ikke ført til en minnelig løsning innen 15 dager etter at meldingen omhandlet i bokstav c) ble gitt, og den påståtte overtredelsen fortsetter.*

Kommisjonen skal innen to måneder etter at det ble gitt underretning om tiltakene medlemsstaten har truffet, avgjøre om tiltakene er i samsvar med fellesskapsretten. Dersom Kommisjonen avgjør at tiltakene ikke er i samsvar med fellesskapsretten, skal medlemsstaten anmodes om straks å stanse tiltakene.

- 3. Nr. 2 er ikke til hinder for at det innledes saksbehandling, treffes forholdsregler eller sanksjoner i forbindelse med de aktuelle overtredelsene i den medlemsstat hvis myndighet fjernsynsselskapet er underlagt."*

Direktiv 97/36/EF artikkel 1 nr 27 endrer direktiv 89/552/EØF artikkel 22. Den nye artikkel 22 lyder:

- "1. Medlemsstatene skal treffe passende tiltak for å sikre at fjernsynsselskaper underlagt deres myndighet ikke sender noen programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, særlig programmer som inneholder pornografiske scener eller umotivert vold.*
- 2. Tiltakene nevnt i nr. 1 skal også omfatte andre programmer som kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, med mindre det ved valg av sendetid eller ved andre tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke kan se eller høre slike sendinger.*
- 3. Når slike programmer kringkastes i ukodet form, skal medlemsstatene i tillegg sørge for at det gis en akustisk advarsel før sending, eller at programmene under hele sendetiden kan identifiseres ved hjelp av et visuelt symbol."*

I tillegg bestemmer nå en ny artikkel 22a at medlemsstatene skal påse at sendinger ikke inneholder elementer som sporer til hat på grunnlag av rase, kjønn, religion eller nasjonalitet

III. Fakta og prosedyre

9. TV 1000 AB er et svensk fjernsynsselskap som bl a sender på fjernsynskanalene TV 1000 og FilmMax. Fjernsynsprogrammene sendes fra Sverige som satelittsignaler som mottas av norske mottaksstasjoner. Disse er igjen knyttet til norske kabelnett som videreformidler fjernsynssignalene til norske hjem. Sendingene er kodet slik at de bare kan mottas av betalende abonnenter. Fjernsynskanalene kan også tas direkte inn av abonnenter med parabolantenne og dekoderutstyr.

10. Både TV 1000 og FilmMax har tidvis sendt filmer med eksplisitte seksuelle scener. TV 1000 har i disse tilfellene lagt inn en sort firkant i bildet som opptar omtrent 1/3 av billedflaten. I kanalen FilmMax sendte man imidlertid de pornografiske filmene usensurert. Den 16 september 1994 fra kl 24.00 sendte FilmMax filmen "Andrew Blake's girls". Den 17 september 1994 fra kl 00.30 ble filmen "The best of Andrew Blake" sendt. Den 18 september 1994 fra kl 23.30 ble filmen "A Pussy called Wanda" sendt.

11. Statens filmtilsyn, som er det forvaltningsorgan som vurderer om innholdet av filmer og videogrammer er i strid med norsk lovgivning, fant at alle tre filmene klart stred mot straffeloven § 211.

12. På bakgrunn av dette varslet Statens medieforvaltning TV 1000 Sverige AB at man hadde til hensikt å treffe vedtak om å forby videresending av

FilmMax i norske kabelnett dersom FilmMax på nytt sendte filmer som var i strid med straffeloven § 211. Varslet ble gitt 24 oktober 1994 i henhold av lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10 februar 1967 § 16, som pålegger Statens medieforvaltning en plikt til å gi slikt forhåndsvarsel.

13. Den 10 november 1994 sendte FilmMax filmen "Justin et Juillet". Statens filmtilsyn fant at også denne filmen klart stred mot straffeloven § 211.

14. I henhold til rådsdirektiv 89/552/EØF meddelte norske myndigheter EFTAs overvåkningsorgan (ESA) om sine planer om å avbryte FilmMax' sendinger på det norske kabelnettet. I henhold til direktivet artikkel 2 nr 2 bokstav d, ble det den 15 februar 1995 avholdt et konsultasjonsmøte med EFTAs overvåkningsorgan, norske og svenske myndigheter samt representanter fra Kommisjonen for De europeiske fellesskap, uten at det ble nådd en minnelig ordning. I en rapport fra møtet konkluderte EFTAs overvåkningsorgan med at norske myndigheter hadde oppfylt sine forpliktelser etter EØS-avtalen. EFTAs overvåkingsorgan fant at alle vilkårene var oppfylt slik at Norge kunne treffe vedtak om midlertidig avbrudd av FilmMax' sendinger i det norske kabelnettet.

15. Den 30 november 1994 traff Statens medieforvaltning vedtak om å forby sending av FilmMax i norske kabelnett fra og med 9 desember 1994. Den 21 desember 1994 ble Statens medieforvaltnings vedtak påklaget til Kulturdepartementet av TV 1000 Sverige AB, TV 1000 Norge AS, Norske Fjernsynsantenner AS og Einar Brustad. Norske Fjernsynsantenner er et kabelselskap som distribuerer fjernsynssignaler gjennom et eget nett, og Einar Brustad var abonnent på FilmMax. Den 15 mai 1995 traff Kulturdepartementet vedtak i klagesaken, som var å forby videresending av FilmMax fra og med 22 mai 1995 kl 24.00.

16. For den nasjonale domstolen har saksøkeren, TV 1000 Sverige AB, anført at Kulturdepartementets vedtak av 15 september 1995 lider av kompetanse- og innholdsmangler som medfører at vedtaket er ugyldig. Saksøker har anført at Norge er underlagt direktiv 89/552/EØF og at kringkastingsloven § 4-5 bokstav b, som vedtaket er basert på, må tolkes slik at den gis det samme meningsinnholdet som direktivet artikkel 2, jf artikkel 22.

17. Oslo byrett har funnet at det etter rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første setning kan reises spørsmål om bestemmelsen overlater til de enkelte EU/EFTA-land å avgjøre hvilken grad av pornografi, vold mv som kan anses i alvorlig grad å skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling, eller om direktivet søker å innføre en felles EU-standard for hva man i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde skal akseptere av pornografi, vold mv, og har besluttet å rette en anmodning til EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse om visse spørsmål.

IV. Spørsmål

18. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

1. **Medfører rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22, 1. pkt. en felles standard for hva som "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling" eller er det opp til det enkelte EU- og EFTA-lands skjønn å selv avgjøre hvilken grad av pornografi, vold o.l. som anses for å ha de skadevirkninger art 22 oppstiller?**
2. **Under forutsetning av at rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 fastsetter en felles standard for EØS-området: Er den svenske normen som godtar scener fotografert i nærbilder med masturbasjon, slikking og suging av kjønnsorganer, samleier, dveling ved sædavgang i kvinners munn og gruppesex uttrykk for den felles standard i artikkel 22 som skal gjelde for det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet?**
3. **Kan bestemmelsen i rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første ledd annet punktum angående valg av sendetid og tekniske tiltak komme til anvendelse på forhold som skal subsumeres under artikkel 22 første ledd første punktum?**
4. **Hvis en film først anses for å være i strid med rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første ledd første punktum, utgjør artikkel 2 nr 2 bokstav a) noen ytterligere hindring for å midlertidig avbryte videresending av fjernsynssending etter artikkel 2 nr 2?**
5. **Skal gjentatte brudd på TV-direktivets artikkel 22 subsumeres under artikkel 2 nr 2 bokstav a) eller bokstav b)?**

V. Skriftlige saksfremstillinger

19. I medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- saksøker, representert ved advokat Birger Nilsen, Advokatfirma Meltvedt & Co, Oslo;
- saksøkte, representert ved Bergljot Webster, regjeringsadvokatens kontor;
- Den svenske regjering, representert ved Erik Brattgård, som partsrepresentant;

- Den britiske regjering, representert ved J.E. Collins, som partsrepresentant, og Rhodri Thompson, advokat;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Helga Óttarsdóttir, saksbehandler, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert Karen Banks, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

TV 1000 Sverige AB

20. *Saksøker* hevder at i henhold til direktivet artikkel 2 nr 1 skal svenske myndigheter sikre at de fjernsynsprogrammene det er tale om er i samsvar med gjeldende nasjonal lov. *Saksøker* viser til direktivets fortale til støtte for synspunktet om at det er senderstaten som skal sikre at sendinger er i samsvar med nasjonal lov som koordinert ved direktivet, uten sekundærkontroll i mottakerstaten. Dette er etter fellesskapsretten tilstrekkelig til å sikre fri bevegelse av sendinger.

21. Alle de aktuelle filmene som ble sent på FilmMax har blitt godkjent av svenske myndigheter. Det har ikke fremkommet innsigelser mot innholdet av sendingene i andre nordiske land som mottar FilmMax' sendinger.

22. *Saksøker* hevder at skjønnsstemaet i direktivet artikkel 22 er om det kan sendes "programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, særskilt programmer som inneholder pornografiske scener eller umotivert vold." *Saksøker* hevder videre at bestemmelsen får anvendelse "med mindre det ved valg av sendetid eller ved andre tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke ser eller hører sendinger."

23. Svenske myndigheter har ved godkjenningen av de filmer som sendes på FilmMax funnet at filmene ikke i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling. Det hevdes at norske mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling ikke i alvorlig grad kan skades av filmer som ikke har en slik virkning på svenske mindreårige. Filmene det er tale om viser handlinger mellom mennesker som er tillatt. Dersom filmene i alvorlig grad hadde blitt funnet å skade mindreåriges utvikling, understreker saksøkeren at det ved valg av sendetid og ved tekniske tiltak er sikret at mindreårige i sendeområdet vanligvis ikke ser eller hører sendingene. Det var sendestart ved midnatt for de filmene det er tale om, og det er krevet en aktiv handling fra abonnentens side ved bestillingen av abonnement og betalingen av avgiften. I tillegg er det nødvendig med en dekoder for å kunne motta fjernsynssignalene; den har vanligvis en innstillingsmekanisme som innebærer at dekodere kan sperres for bruk av mindreårige.

24. Under enhver omstendighet anfører saksøkeren at filmene det gjelder ikke utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på direktivet artikkel 22, jf artikkel 2 nr 2 a). Det kreves et kvalifisert brudd på direktivet artikkel 22 for å avbryte videresending i henhold til artikkel 2 nr 2. Et slikt brudd foreligger ikke i den nærværende saken.

Den norske regjering

25. *Saksøkte*, Den norske regjering, understreker at etter norsk lov vil filmer med en sterk fremheving av kjønnsorganer i seksuell sammenheng, med det formål å virke seksuelt opphissende på seeren, normalt ligger utenfor det som kan aksepteres etter straffeloven § 211. *Saksøkte* viser til tre dommer fra Høyesterett som fastsetter dette. dommene er publisert i Norsk Retstidende 1978 s 1111, 1984 s 1016 og 1987 s 1537.

26. *Saksøkte* understreker videre at da den nye kringkastingsloven ble gitt i 1992 ga lovgiver uttrykk for at norsk rett var i samsvar med direktiv 89/552/EØF, og at flertallet i stortingskomitéen som behandlet loven slo fast at EØS-avtalen ikke medførte behov for å endre norsk lovgivning om pornografi. Fjernsynsprogram som sendes på kabelnettet i Norge må ikke være i strid med denne lovgivningen.

27. *Saksøkte* tolker direktivet slik at mottakerstaten ikke kan utføre ytterligere kontroll i tillegg til den som er utført av senderstaten, med unntak av visse begrensede tilfeller når mottakerstaten kan gjennomføre kontroll og iverksette sanksjoner i form av midlertidig avbrudd av sendingen i henhold til artikkel 2 nr 2, annen setning.

28. *Saksøkte* hevder at ordlyden i direktivet artikkel 22 innebærer at direktivet forutsetter at pornografi i alvorlig grad kan skade mindreåriges "fysiske, mentale og moralske utvikling". Det er derfor ikke nødvendig å bevise at pornografi faktisk kan ha en slik virkning på barn. Det sentrale spørsmålet er hva som skal defineres som pornografi. *Saksøkte* hevder at det, innenfor visse grenser, må være opp til medlemsstatene å fastsette den definisjonen. Det var aldri meningen å samordne pornografibegrepet i alle medlemslandene gjennom direktivet. Ingen forsøk er gjort på å samordne tilsvarende standarder på andre felt av EF-retten (sak C-34/79 *Regina* mot *Henn og Darby* [1979] ECR 3795 og sak C-121/85 *Conagate* mot *HM Customs & Excise* [1986] ECR 1007).

29. *Saksøkte* hevder at de virkninger som skal unngås er skade på barns mentale og moralske utvikling, som begge er avhengig av de kulturelle omgivelsene. Direktivet gir innenfor visse grenser medlemsstatene en skjønnsmargin. *Saksøkte* hevder at det er en nedre grense for pornografibegrepet i direktivets forstand. Nedenfor denne grensen må et tilfelle vurderes etter artikkel 22, annen setning, hvor det ikke er krav om alvorlig grad av skade på mindreårige for å konstatere brudd. Direktivet innebærer også en øvre grense for

hva en stat kan tillate sendt, uten å komme i konflikt med plikten til å gripe inn mot pornografiske sendinger. Saksøkte hevder at filmene det gjelder, klart ligger over den nedre grensen etter direktivet, og at det ikke kan være tvilsomt at filmene det er vist til, er av en slik art at en stat må kunne karakterisere dem som pornografiske i direktivets forstand.

30. Saksøkte foreslår følgende svar på spørsmålene:

"Spørsmål 1:

Rådsdirektiv 89/552/EØF skal fortolkes slik at den ikke oppstiller en felles standard for hva som "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling". Det enkelte EU og EFTA land må selv avgjøre hvilken grad av pornografi, vold o.l. som anses for å ha de skadevirkningene art. 22 oppstiller.

Spørsmål 2:

Under forutsetning av at retten besvarer spørsmål 1 med at artikkel 22 fastsetter en felles standard:

Den svenske normen er ikke uttrykk for den felles standard artikkel 22 setter.

Spørsmål 3:

Bestemmelsen i Rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 første ledd annet punktum kommer ikke til anvendelse på forhold som skal subsumeres under artikkel 22 første ledd første punktum.

Spørsmål 4:

Artikkel 2 nr. 2 bokstav a) innebærer ytterligere krav, utover kravene som følger av artikkel 22, som må være oppfylt for at en medlemsstat kan foreta midlertidig avbrudd i videresending. Om disse kravene er oppfylt, må vurderes i forhold til det enkelte lands interne norm.

Spørsmål 5:

Gjentatte brudd på Rådsdirektiv 89/552/EØF artikkel 22 kan subsumeres både under artikkel 2 nr. 2 bokstav a) og b), under forutsetning av at vilkårene for øvrig er til stede."

Den svenske regjering

31. *Den svenske regjering* begrenser sitt skriftlige innlegg til det første spørsmålet. Den svenske regjering peker på at direktivet ikke inneholder en samordnet definisjon av begreper direktivet artikkel 22 inneholder, så som "pornografi", "umotivert vold" eller "som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling". Regjeringen viser til EF-domstolens dom i sak 34/79, *Regina mot Henn og Darby* (sitert ovenfor), om tolkningen av begrepet "offentlig moral" i EF-traktaten artikkel 36, hvor det ble fastslått at det i prinsippet er opp til hver medlemsstat å avgjøre kravene til offentlig moral på sitt territorium i overensstemmelse med sine egne verdinormer og i den formen valgt av det. Den svenske regjering viser videre til dommer fra Den europeiske

menneskerettighetsdomstol, der det er fastslått at det ikke er mulig å fastsette et ensartet europeisk moralbegrep og at moralkravene varierer fra tid til tid og fra sted til sted (se *Handyside*-saken, dom av 7 desember 1976 (Serie A vol 24); saken *Müller med flere*, dom av 24 mai 1988 (Serie A vol 133); og saken *Otto-Preminger-Institute*, dom av 20 september 1994 (Serie A vol 295).

32. Den svenske regjering konkluderer med at det i prinsippet er for det enkelte medlemsstat å fastsette, i overensstemmelse med sin egen verdinorm, hvilke programmer som alvorlig grad skader mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling i henhold til artikkel 22 nr 1.

Den britiske regjering

33. *Den britiske regjering* støtter anførselene til saksøkte. Det er hevdet at spørsmålene som er henvist til EFTA-domstolen reiser to problemstillinger: For det første, hvilken test som skal anvendes av en EØS-stats nasjonale myndigheter ved avgjørelsen av om et program som inneholder pornografisk materiale og som er mottatt fra en annen EØS-stat, der slikt materiale ikke er forbudt, og med det formål å videresende på kabel, "utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på artikkel 22" (spørsmål 1, 2, 4 og 5) og, for det andre, om forbudet i artikkel 22 nr 1, første setning, får anvendelse der en kringkaster, ved valg av sendetid eller ved et teknisk tiltak, sikrer at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke vil se eller høre slike sendinger (spørsmål 3).

Spørsmål 1, 2, 4 og 5

34. Når det gjelder det første spørsmålet, bemerker Den britiske regjering at direktivet artikkel 2 nr 2 setter et generelt forbud mot sekundærkontroll av en EØS-stats nasjonale myndigheter på fjernsynssendinger fra andre EØS-stater. Dette gjelder selv der en mottakerstat antar at myndighetene som er ansvarlige for kontrollen av fjernsynssendinger i senderstaten har feilet i utøvelsen av det kontrollnivået krevet i direktivet (sak C-11/95 *Kommisjonen mot Belgia* [1996] ECR I-4155; sak C-14/96 *Denuit* [1997] ECR I-2785).

35. Under spesielle omstendigheter tillates imidlertid en unntaksprosedyre som forutsatt i direktivets fortale femtende ledd og gjennomført i direktivet artikkel 2 nr 2, som i sin tur viser til artikkel 22. Den britiske regjering bemerker at svarene på spørsmålene fremlagt for EFTA-domstolen ikke påvirkes av endringene av artiklene 2 og 22 ved direktiv 97/36/EF av 30 juni 1997, skjønt svaret på spørsmål 3 er klargjort ved endringene i artikkel 22.

36. Direktivet er gitt i medhold av EF-traktaten artiklene 57 nr 2 og 66 og er således underlagt artikkel 56 nr 1, som åpner for unntak i medlemsstatene fra den frie bevegelighet av tjenester begrunnet i hensynet til "offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen". Beskyttelsen av mindreårige er en grunnleggende del av

offentlig orden, med rette anerkjent i direktivet som en sak for den enkelte EØS-stat å regulere i overensstemmelse med individuelle tradisjoner og særskilte vilkår som gjelder på deres territorium.

37. Den britiske regjering hevder at det ikke er en ensartet moralstandard i hele EØS-området i forbindelse med spørsmål av denne type. Regjeringen hevder videre at rettspraksis fra EF-domstolen i sammenheng med unntak fra fri bevegelse er relevant i forbindelse med spørsmål som gjelder direktivet artikkel 22. Som enhver sekundærlovgivning må direktivet tolkes i lys av traktatbestemmelsene om fri bevegelse av tjenester, spesielt traktatens artikkel 56 (forente saker C-427/93, 429/93 og 436/96 *Bristol-Myers Squibb med flere mot Paranova* [1996] ECR I-3457, i avsnitt 27).

38. Det samme generelle prinsippet får anvendelse i konteksten av fri bevegelse av tjenester som i konteksten av fri bevegelse av varer, dvs at medlemsstatene har en berettiget interesse i å kontrollere utuktig materiale som importeres til deres territorium (sak 34/79 *Regina mot Henn og Darby* (sitert ovenfor) i avsnitt 21). Dette er bekreftet ved sak C-288/89 *Collectieve Antennevoorziening Gouda* [1991] ECR I-4007 i avsnittene 22-23, og sak C-353/89 *Kommisjonen mot Nederland* [1991] ECR I-4069, i avsnittene 29-30. Den britiske regjering hevder at regler i forbindelse med beskyttelse av mindreårige mot å bli utsatt for pornografi klart faller innenfor området for dette prinsippet, og peker på at et tilsvarende prinsipp har vært lagt til grunn av Den europeiske menneskerettsdomstol (*Handyside*, sitert ovenfor, i avsnitt 48).

39. Den britiske regjering hevder at den eneste tolkningen av artikkel 2 nr 2 og 22 som ville være i samsvar med fellesskapsrettens generelle prinsipper og en tilfredsstillende tolkning av direktivet, er at de nasjonale myndighetene i mottakerstaten bør anvende artikkel 2 nr 2 under henvisning til tiltakene det har vedtatt i henhold til dets forpliktelser etter artikkel 22. Spørsmålet om hvorvidt andre stater, innbefattet senderstaten, har enten mer liberale eller strengere regler er irrelevant ved tolkningen av artikkel 2 nr 2 a). Regjeringen gjør særlig oppmerksom på følgende: (1) Artikkel 22 er ikke rettet mot individuelle fjernsynsselskaper; (2) det ville være i strid med prinsipper for norske myndigheter å pålegges å tolke svensk lov; (3) dersom norske myndigheter var av den oppfatning at svensk lov var brutt, ville det riktige rettsmidlet være å bringe forholdet til kunnskap hos Kommisjonen eller EØS-komiteén; (4) det er ikke åpnet for noen slik handling i sluttdelen av artikkel 2 nr 2; (5) både norske og svenske myndigheter er gitt skjønnsmargin når det gjelder "passende tiltak" i artikkel 22, og det kan ikke bli forventet at tiltakene er de samme; og (6) det synes som både norsk og svensk lov av kompetente EF- og EØS-myndigheter er antatt å være i overensstemmelse med artikkel 22.

40. Når det gjelder vilkårene fastsatt i artikkel 2 nr 2, hevder Den britiske regjering at det er riktig at, som et generelt prinsipp, må artikkel 56, og spesielt unntaket som der oppstilles om offentlig orden, tolkes restriktivt. Situasjonen er forskjellig under artikkel 2 nr 2 og 22. Virkningen av disse bestemmelsene er å

erstatte de generelle prinsippene med en formell prosedyre som bare er anvendelig under svært restriktive vilkår og under tilsyn av Kommisjonen, hvorefter EØS-statene beholder en gjenstående nasjonal myndighet til å kontrollere fjernsynsprogrammer av spesiell sensitivitet.

41. Etter artikkel 2 nr 2 a) og b) må den mottakende EØS-staten vurdere materialet under henvisning til sine egne nasjonale regler og på samme grunnlag som det ville ha anvendt på materialet sendt av et innenlandsk fjernsynsselskap. Dens rett til midlertidig å avbryte fjernsynssendinger oppstår hvor materiale av denne type har blitt sendt tre ganger i løpet av en periode på 12 måneder. Den britiske regjering hevder, som svar på det femte spørsmålet, at det faktum at materiale gjentatte ganger er sendt ikke skal tas i betraktning etter artikkel 2 nr 2 a) ettersom bestemmelsen er rettet mot arten av det materialet som en sending inneholder. Etter artikkel 2 nr 2 b) inntreer ikke mottakerstatens myndighet til midlertidig å avbryte sendinger før den har identifisert tre tilfeller løpet av en periode på 12 måneder hvor et enkelt fjernsynsselskap har brutt de nasjonale tiltakene som er vedtatt i henhold til artikkel 22, på den måten som fastsatt i artikkel 2 nr 2 a).

Spørsmål 3

42. Når det gjelder det tvistepunkt som er reist ved det tredje spørsmålet, viser Den britiske regjering til avsnitt 4.2 i sitt innlegg i sak C-327/93 R mot *Secretary of State for National Heritage ex parte Continental Television Bvto med flere*,¹ og til endringene av artikkel 22 i direktiv 97/36, utformet for å fjerne enhver tvil om dette spørsmålet ved å skille de to setningene som opprinnelig var en del av artikkel 22. Den britiske regjering foreslår følgende svar på det tredje spørsmålet:

"Unntaket i artikkel 22 nr 1 andre setning, hvorefter programmer "som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling" er ikke gjenstand for forbudet fastsatt i artikkel 22 nr 1, første setning, der "det ved valg av sendetid eller ved andre tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke ser eller hører slike sendinger" ikke gjelder programmer "som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling" som oppstilt i artikkel 22 nr 1, første setning."

EFTAs overvåkningsorgan

43. *EFTAs overvåkningsorgan* bemerker at rådsdirektiv 89/552/EØF har blitt endret ved direktiv 97/36/EF av 30 juni 1997. Da dette direktivet i februar 1998 ikke var gjort til del av EØS-avtalen, er overvåkningsorganets konklusjoner ikke avhengig av det direktivets eksistens.

¹ Sak C-372/93 ble ved kjennelse av domstolens President den 29 mars 1996 strøket av EF-domstolens saksregister som en følge av at den nasjonale domstol trakk tilbake de spørsmålene den hadde fremlagt.

Spørsmål 1, 2 og 3

44. Hovedformålet med direktivet er å sikre frihet til å yte fjernsynstjenester, og i denne henseende fastsetter direktivet minimumsregler. Blant disse reglene er det regler som gjelder myndighet over fjernsynsselskaper, som finnes i artikkel 2 nr 1 og 2. Direktivet artiklene 2 og 3 etablerer det såkalte "senderstatsprinsippet", hvorefter senderstaten skal ha tilsyn med fjernsynsselskaper som opererer under deres myndighet, en myndighet som baseres på fjernsynsselskapets tilknytning til dens statens rettssystem (forente saker C-34/95, 35/95 and 36/95 *Konsumentombudsmannen mot De Agostini Förlag AB og TV shop i Sverige AB* [1997] ECR I-3843). EØS-stater er etter artikkel 2 nr 2 forpliktet til ikke å avbryte sendinger fra andre EØS-stater av grunner som faller innenfor området koordinert av direktivet.

45. Artikkel 22 krever at EØS-statene sikrer at fjernsynsselskaper som er underlagt deres myndighet ikke inkluderer programmer som inneholder pornografi eller umotivert vold som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling. Overvåkningsorganet hevder at det er klart at bestemmelsen ikke har til hensikt å fastsette noen standarder for hva som kan ha slike skadelige virkninger. De forskjellige verdinormene i EØS-statene forklarer hvorfor det ikke har vært gjort forsøk på å gi en fellesstandard på dette området. I fraværet av holdepunkter i direktivet, kan verdinormene når det gjelder svekkelsen av mindreåriges utvikling bare søkes i de respektive nasjonale lovene. Direktivet overlater således til hver EØS-stat å definere nivået av pornografi eller umotivert vold som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling.

46. I lys av forslaget til svar på det første spørsmålet, hevder overvåkningsorganet at det ikke er behov for å svare på det andre spørsmålet som er forelagt Domstolen. Når det gjelder det tredje spørsmålet, hevder overvåkningsorganet at det allerede følger av oppbygningen av og ordlyden i artikkel 22 at bestemmelsen inneholder to forskjellige sett av forbud som får anvendelse under bestemte vilkår. Dette er støttet av bestemmelsens forhistorie og nå av endringene til direktivet som finnes i direktiv 97/36/EF, som har klargjort spørsmålet uten å endre reglenes meningsinnhold.

Spørsmål 4 og 5

47. Det fjerde og det femte spørsmålet gjelder tolkningen av direktivet artikkel 2 nr 2. EFTAs overvåkningsorgan peker på at artikkel 2 nr 2 utgjør et unntak fra hovedregelen i direktivet, som tillater mottakerstaten til å begrense mottaket av fjernsynssendinger under forutsetning av at visse vilkår er oppfylt. EFTAs overvåkningsorgan foreslår følgende svar på det fjerde spørsmålet:

"Et brudd bare på artikkel 22 er ikke tilstrekkelig til å avbryte sendinger i henhold til artikkel 2 nr 2, da bruddet etter den sistnevnte bestemmelsen må

være åpenbart, vesentlig og alvorlig. Et brudd på artikkel 22 nr 1, første setning, vil normalt betraktes som vesentlig og alvorlig."

48. Når det gjelder det femte spørsmålet, hevder EFTAs overvåkningsorgan at alle vilkårene som er oppregnet i artikkel 2 nr 2 bokstav a) til d) må være oppfylt for at mottakerstaten skal kunne begrense videreføringen av sendinger (uttalelse av generaladvokat Lenz i Case C-11/95 *Kommisjonen mot Belgia* [1996] ECR I-4115). EFTAs overvåkningsorgan foreslår derfor følgende svar på det femte spørsmålet:

"Både bokstav a) og b) i artikkel 2 nr 2 må være oppfylt for at en EØS-stat skal kunne anvende unntaket i artikkel 2 nr 2 og avbryte videresending av fjernsynssendinger fra en annen EØS-stat."

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

49. *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* foreslår at det første spørsmålet som er forelagt bør besvares i den retning at det ikke har blitt etablert noen felles standard for hva som "i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling", men at hvert EU- og EFTA-land nyter en betydelig skjønnsmargin i avgjørelsen av den type program som skal anses å ha de skadelige virkningene som det er vist til i direktivet artikkel 22. Kommisjonen peker på at selv om direktivet artikkel 22 i prinsippet burde ha en ensartet betydning felles for alle EU- og EFTA- medlemsstatene, gjør arten av begrepene det her er tale om det uunngåelig at det vil bli forskjeller i tolkningen fra et land til et annet avhengig av forskjellige tradisjoner og verdiordninger.

50. Med unntak av i visse ekstreme tilfeller er det meget vanskelig å avgjøre objektivt eksakt hvilke programmer som er omfattet av artikkel 22 første setning. Det er derfor uunngåelig at hvert enkelt EU- og EFTA-land fortsatt har en skjønnsmargin i avgjørelsen av hvilke programmer som må forbys. Kommisjonen bemerker at den konsekvent har inntatt den holdningen at en medlemsstat sitter igjen med en kompetanse til å definere begrepene "pornografi" og hva som "i alvorlig grad kan skade ... mindreårige" i overensstemmelse med sine nasjonale moralnormer. Dette er, etter Kommisjonens oppfatning, i overensstemmelse med Den europeiske menneskerettighetsdomstols rettspraksis om Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10, artikkelen som er nevnt i fortalens åttende ledd. Denne rettspraksisen gir verdifull veiledning om hvorledes balansen bør finnes mellom retten til informasjon og beskyttelsen av andres rettigheter, og overlater en viss kontrollfunksjon til Den europeiske menneskerettighetsdomstol som vil finne brudd på artikkel 10 dersom medlemsstatens skjønn har blitt utøvet på en helt urimelig måte. Kommisjonen viser til *Handyside*-saken, saken *Müller med flere* og, i forhold til religiøse verdier, saken *Otto-Preminger Institute* (alle sitert ovenfor).

51. Kommisjonen hevder at det er rimelig å følge den samme tilnærming som Den europeiske menneskerettighetsdomstol ved tolkningen av direktivet artikkel

22. En overtredelse kunne således bare bli funnet der en stat klart hadde overskredet skjønnsmarginen den er tillatt.

52. Kommisjonen hevder at mulig konflikt mellom forskjellige nasjonale standarder i praksis kan løses ved at mottakerstaten tar direktivet artikkel 2 nr 2 til hjelp. Dette har blitt gjort en rekke ganger der støtende materiale har opphørt å bli videresendt i mottakerstaten.

53. I lys av svaret på det første spørsmålet, hevder Kommisjonen at det andre spørsmålet ikke krever noe svar.

54. Når det gjelder det tredje spørsmålet, viser Kommisjonen til lovgivers intensjon og klargjøringen gjort ved direktiv 97/36, og hevder at det spørsmålet må besvares negativt. Artikkel 22 oppstiller to forskjellige typer av programmer; de som "i alvorlig grad" kan skade den fysiske, mentale eller moralske utviklingen til mindreårige og de andre programmene der det er sannsynlig at de skader den fysiske, mentale eller moralske utviklingen til mindreårige.

55. Det fjerde spørsmålet må etter Kommisjonens oppfatning bli besvart bekreftende siden artikkel 2 nr 2 a) ikke bare krever en overtredelse av artikkel 22, men en som er som er åpenbar, vesentlig og alvorlig.

56. Når det gjelder det femte spørsmålet, hevder Kommisjonen at både artikkel 2 nr 2 a) og b) må være oppfylt. Et brudds gjentagne karakter er bare relevant for vurderingen etter artikkel 2 nr 2 b); det faktum at et brudd allerede har inntruffet i fortiden er ikke relevant ved avgjørelsen av alvorligheten av et annet brudd inntruffet tidligere.

Thór Vilhjálmsson
Saksforberedende dommer