Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. SZPUNAR
представено на 1 юли 2015 година [1]

Дело C-347/14

New Media Online GmbH(Преюдициално запитване,

отправено от Verwaltungsgerichtshof (Австрия)

„Свободно предоставяне на услуги — Предоставяне на аудио-визуални медийни услуги — Директива относно аудио-визуалните медийни услуги — Член 1, параграф 1, букви а), б) и ж) — Понятия за „предаване“ и „аудио-визуална медийна услуга“ — Кратки видеоматериали, достъпни на интернет сайт на вестник“

Въведение

1. „Какъв е конят всеки може да види“. Това гласи една от дефинициите в първата полска енциклопедия, издадена през XVIII век [2]. Може да се каже, че е налице подобно положение във връзка с разглеждания по настоящото дело проблем относно дефинирането на аудио-визуалните медийни услуги в интернет — всеки е в състояние да разпознае интуитивно такава услуга. Когато обаче се стигне до описанието ѝ на правен език, е трудно да се намерят достатъчно точни понятия, които едновременно да имат достатъчно общо съдържание.

2. Според мен това се дължи на обстоятелството, че определянето на правната рамка относно функционирането на интернет представлява едно от основните предизвикателства, пред които днес е изправено както законодателството, така и правораздаването във всички държави по света, включително в Европейския съюз и неговите държави членки. Безпрецедентното многообразие и практически неограниченото количество достъпна информация, отсъствието на държавни граници като съществено препятствие за движението на информацията, лекотата, с която се генерира всякаква информация от всякакви субекти и достигането ѝ до практически неограничен брой получатели, както и отделянето на виртуалния, цифров свят от материалния изискват нови правни инструменти, често почиващи върху изцяло нови основи [3]. Освен това тази действителност се променя с гигантски темпове, изпреварвайки значително възможността на законодателя да реагира на събитията, особено в демократичните страни. В резултат от това прилагането на създадената с оглед на аналоговата действителност уредба в дигиталната ера създава множество трудности. Настоящото дело представлява илюстрация на дилемите, пред които са изправени компетентните органи, които отговарят за контрола относно спазването на правната уредба и пазарната регулация.

1 — Език на оригиналния текст: полски.

2 — *Chmielowski*, B. Nowe Ateny. Lwow, 1745—1746, p. 475.

3 — Отличен пример за това до каква степен днешните правни категории не са пригодени към новата действителност, е безпомощността, в резултат от която продажбата на дематериализираното съдържание на книги (e-books) се счита за „услуга“ (вж. решения Комисия/Франция, C-479/13, EU:C:2015:141; Комисия/Люксембург, C-502/13, EU:C:2015:143).

Правна уредба

Правото на Съюза

3. Правната уредба по настоящото дело на равнище Съюз се състои от разпоредбите на Директива 2010/13/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 10 март 2010 година за координирането на някои разпоредби, установени в закони, подзаконови и административни актове на държавите членки, отнасящи се до предоставянето на аудио[-]визуални медийни услуги (Директива за аудио[-]визуалните медийни услуги)[4]. Поисканото от запитващата юрисдикция тълкуване изисква да се вземат под внимание, освен подлежащите на тълкуване разпоредби, и някои съображения, отразяващи намеренията на законодателя при определянето на приложното поле на Директивата.

4. Съгласно съображения 11, 21, 22, 24, 28 и 29 от Директива 2010/13:

„(11) За да се избегне нарушаване на конкуренцията, да се повиши правната сигурност, да се подпомогне завършването на вътрешния пазар и да се улесни установяването на единно информационно пространство, е необходимо към всички аудио-визуални медийни услуги, както телевизионно излъчване ([т.е]. линейни аудио-визуални медийни услуги), така и аудио-визуални медийни услуги по заявка ([т.е]. нелинейни аудио-визуални медийни услуги), да се приложи най-малко една основна група от координирани правила.

[…]

(21) За целите на настоящата директива определението на аудио-визуалните медийни услуги следва да обхваща единствено аудио-визуални медийни услуги, независимо дали са телевизионно излъчване или по заявка, които представляват средства за масово осведомяване, т.е. които са предназначени за значителна част от обществеността и биха могли да имат силно въздействие върху нея. Нейният обхват следва да се ограничи до определените в Договора за функционирането на Европейския съюз услуги и, следователно, включва всяка форма на стопанска дейност, включително тези на [предприятията, предоставящи обществени услуги], но не обхваща дейности, които по принцип са от нестопански характер и които не са конкурентни на телевизионното излъчване, като частни интернет страници и услуги, състоящи се в осигуряването или разпространението на аудиовизуално съдържание, произведено от частни ползватели с цел неговото споделяне и обмен в рамките на общности по интереси.

(22) За целите на настоящата директива определението на аудио-визуалните медийни услуги следва да обхваща средствата за масово осведомяване и ролята им да информират, забавляват и образоват широката общественост и следва да включва аудио-визуални търговски съобщения, но да изключва всякаква форма на частна кореспонденция като електронни съобщения, изпращани на ограничен брой адресати. Това определение следва да изключва всички услуги, чиято основна цел не е предоставянето на предавания, т.е. когато аудиовизуалното съдържание е [второстепенно спрямо] услугата и не е нейна основна цел. За пример могат да бъдат посочени интернет сайтове, които съдържат аудио-визуални елементи само като помощно средство, например анимирани графични елементи, кратки рекламни спотове или информация, свързана с продукт или услуга извън аудио-визуалната област. […]

[…]

4 — ОВ L 95, стр. 1.

(24) Характерно за аудио-визуалните медийни услуги по заявка е, че те имат „телевизионен характер“, т.е. конкурират се за една и съща аудитория заедно с телевизионните излъчвания и естеството и начините за достъп до тези услуги биха накарали потребителя основателно да очаква регулаторна защита в рамките на приложното поле на настоящата директива. На тази основа и за да се предотвратят несъответствия по отношение на свободното движение и конкуренцията, понятието „предаване“ следва да бъде тълкувано по динамичен начин, вземайки предвид новостите в областта на телевизионното излъчване.

[…]

(28) Приложното поле на настоящата директива не следва да обхваща електронни варианти на вестници и списания.

(29) Всички характеристики на аудио-визуалната медийна услуга, съдържащи се в нейното определение и обяснени в съображения 21—28, следва да бъдат налице едновременно“.

5. Всъщност предмет на запитването, отправено от националната юрисдикция, е тълкуването на някои определения, съдържащи се в Директива 2010/13. Посочените определения се намират в член 1 от нея. Той гласи следното:

„1. За целите на настоящата директива се прилагат следните определения:

а) „аудио-визуална медийна услуга“ означава:

i) услуга, така както е определена в членове 56 и 57 от Договора за функционирането на Европейския съюз, която е в рамките на редакционната отговорност на доставчик на медийни услуги и чиято основна цел е осигуряването на предавания за информиране, забавление или образоване на широката общественост чрез електронни комуникационни мрежи по смисъла на член 2, буква а) от Директива 2002/21/ЕО. Такава аудио-визуална медийна услуга е телевизионно излъчване, както е определено в буква д) от настоящия параграф или аудио-визуална медийна услуга по заявка, както е определена в буква ж) от настоящия параграф;

[…]

б) „предаване“ означава поредица от движещи се образи със или без звук, която представлява обособена част от програмна схема или каталог, утвърдена от доставчик на медийни услуги и чиито форма и съдържание са сравними с формата и съдържанието на телевизионно излъчване. Примери за предавания са пълнометражни филми, спортни събития, комедийни сериали, документални филми, детски предавания и [собствени филми и сериали];

[…]

ж) „аудио-визуална медийна услуга по заявка“ (т.е. нелинейна аудио-визуална медийна услуга) означава аудио-визуална медийна услуга, предоставена от доставчик на медийни услуги за гледане на предавания в избран от потребителя момент по негова лична заявка въз основа на каталог на предавания, подбрани от доставчика на медийни услуги;

[…]“.

Австрийската правна уредба

6. Директива 2010/13 е транспонирана в австрийското право с Bundesgesetz über audiovisuelle Mediendienste (Закон за аудио-визуалните медийни услуги, наричан по-нататък „AMD-G“)[5]. Определенията за аудио-визуални медийни услуги, за аудио-визуални медийни услуги по заявка и за предаване се намират в член 2, точки 3, 4 и 30 AMD-G. Формулировката им е в съответствие с текста на съответните определения от Директива 2010/13.

7. Съгласно член 9, параграф 1 от AMD-G:

„Телевизионните оператори, доколкото не подлежат на лицензиране по член 3, параграф 1, както и доставчиците на аудио-визуални медийни услуги по заявка, следва да уведомят регулаторния орган за дейността си най-късно до две седмици преди започването ѝ“.

Фактическите обстоятелства, производството и преюдициалните въпроси

8. New Media Online GmbH, дружество по австрийското право (наричано по-нататък „дружество New Media Online“), поддържа интернет сайта на вестник *Tiroler Tageszeitung* под названието *Tiroler Tageszeitung Online*[6]. На този сайт, наред с останалите видове съдържание, се намира самостоятелен раздел, озаглавен „Видео“, обхващащ към момента на настъпване на фактическите обстоятелства, предмет на главното производство, каталог с около 300 аудио-визуални материала. Посочените материали с продължителност от няколко десетки секунди до няколко минути, са в по-голяма или по-малка степен свързани с тематиката на останалото съдържание на интернет сайта и са от различни източници (собствени материали, материали на местната телевизия или предоставени от ползватели на сайта и др.).

9. С решение от 9 октомври 2012 г. Kommunikationsbehörde Austria (австрийски регулаторен орган) приема, че раздел „Видео“ на интернет сайта на *Tiroler Tageszeitung Online* представлява аудио-визуална медийна услуга по заявка по смисъла на AMD-G, попадаща в обхвата на задължението за уведомяване на основание член 9, параграф 1 от посочения закон.

10. Дружеството New Media Online обжалва посоченото решение пред Bundeskommunikationssenat (правораздавателен орган в областта на далекосъобщенията), който отхвърля жалбата с решение от 13 декември 2012 г. На свой ред това решение е обжалвано от дружеството пред Verwaltungsgerichtshof (Върховен административен съд).

11. При тези обстоятелства Verwaltungsgerichtshof решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1. Трябва ли член 1, параграф 1, буква б) от Директива [2010/13] да се тълкува в смисъл, че може да се приеме, че дадена проверявана услуга изпълнява критерия нейните форма и съдържание да са сравними с формата и съдържанието на телевизионно излъчване, когато подобни услуги се предлагат и в телевизионни излъчвания, които могат да се разглеждат като средства за масово осведомяване, които са предназначени за значителна част от обществеността и биха могли да имат силно въздействие върху нея?

2. Трябва ли член 1, параграф 1, буква а), подточка i) от Директива [2010/13] да се тълкува в смисъл, че при проверката на електронни варианти на вестници по отношение на основната цел на предоставяна услуга може да се провери отделен сектор, в който се

5 — BGBl. I, бр. 84/2001 с последващи изменения.

6 — www.tt.com.

осигурява каталог от предимно кратки видеоматериали, които в други сектори на интернет страницата на електронната медия се използват само като допълнение към текстовите материали на онлайн ежедневника?“.

12. Преюдициалното запитване постъпва в секретариата на Съда на 18 юли 2014 г. Писмени становища представят: дружеството New Media Online, шведското правителство и Европейската комисия. Представители на дружеството New Media Online и Комисията се явяват в заседанието, проведено на 22 април 2015 г.

Анализ

13. Запитващата юрисдикция иска тълкуването на два от множество критерии, даващи възможност за признаването на определена услуга за аудио-визуална медийна услуга по смисъла на Директива 2010/13. Не отричам значението на тези два критерия. Според мен обаче настоящото дело се отнася до по-общи въпроси, свързани с приложното поле на Директивата по отношение на публично достъпно в интернет съдържание. Именно поради това бих искал да предложа по-широк подход към проблемите, представени от запитващата юрисдикция. Това е още по-удачно, тъй като по настоящото дело Съдът за първи път ще има повод да се произнесе относно тълкуването на понятието за аудио-визуална медийна услуга по смисъла на споменатата директива.

14. Преди да изложа съображенията си по темата, бих искал накратко да припомня генезиса на правните разпоредби на Съюза в областта на аудио-визуалните медии[7].

Генезис на Директива 2010/13

15. Въпреки че още през 1974 г. Съдът признава телевизионното излъчване за услуга по смисъла на Договора[8], едва през 80-те години на двадесети век тази област става предмет на интерес от страна на общностния законодател. Това е свързано с факта, че традиционната наземна телевизия зависи от достъпа до радиочестотния спектър. С този спектър се разпореждат само държавите, които го разпределят между отделни телевизионни станции, едновременно с което им предоставят лицензия за излъчване в рамките на територия, ограничена до тази на държавата. Поради това телевизионните услуги имат не твърде голямо трансгранично значение.

16. С развитието на кабелната, и особено на сателитната телевизия положението се променя. Новата технология позволява не само значително увеличаване на броя на телевизионните канали, но и достигането до получатели извън държавата по седалището на оператора. Това от своя страна създава възможност за изграждането на общ пазар на телевизионните услуги.

7 — Имам предвид уредбата относно съдържанието, разпространявано с помощта на аудио-визуални средства. Няма да се спирам поради липсата на връзка с предмета на настоящото дело върху уредбата относно функционирането на телекомуникационните мрежи и достъпа до тях, както и върху разпоредбите, отнасящи се до други, освен аудио-визуалните услуги на информационното общество, защитата на авторските права и пр.

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

17. Начало на законодателната дейност се поставя със Зелената книга на Комисията от 14 юни 1984 г. относно телевизията без граници[9]. Тази дейност се увенчава с приемането на т.нар. Директива за телевизията без граници[10]. С нея се установява принципът на свободно приемане на телевизионни програми, излъчвани от една държава членка на територията на останалите държави членки. За сметка на това в Директивата са установени задължителни за всички излъчващи оператори от Общността минимални правила във връзка с качествените и количествените ограничения на рекламата, със спонсорството и телевизионния пазар, защитата на непълнолетните и обществения ред, както и правото на отговор. Определените в Директивата правила за определяне на юрисдикцията на отделните държави членки над излъчващите оператори гарантират, че всеки оператор е субект на правото и по отношение на него действия предприема регулаторен орган само на една държава. В Директивата освен това на излъчващите оператори се възлага задължение за насърчаване на европейски произведения. С новата директива за телевизия без граници от 1997 г.[11] по-специално се въвежда възможност държавите членки да определят събития, чието предаване не може да бъде запазено единствено за платени канали.

18. Ускореният технически прогрес в областта на електронните медии в края на века дава възможност не само за по-нататъшното значително количествено нарастване на традиционното телевизионно предлагане, а и за появата на нови видове аудио-визуални услуги, например всякакви видове услуги по заявка. Особено явление представлява развитието — включително с оглед на предлаганото съдържание, както и на достъпа на потребителите — на интернет като новата медия на двадесет и първи век. Това развитие на технологиите поражда и постепенна промяна в поведението и очакванията на потребителите. В отсъствието на промяна в правното положение тези нови явления стават повод за все по-голям конкурентен дисбаланс на пазара на аудио-визуални услуги.

19. Необходимостта от промени е отбелязана от Комисията в четвъртия доклад относно прилагането на Директива 89/552[12], както и в съобщението относно бъдещото регулиране на европейската аудио-визуалната политика[13]. В резултат от извършените дейности и широки консултации Комисията внася предложение за директива за изменение на Директива 89/552[14]. Същото е прието с незначителни изменения като Директива 2007/65[15].

20. Тази директива внася значителни изменения в Директива 89/552. Изменение претърпява най-напред самото заглавие на Директивата, а поради промяната в заглавието вече не става дума за телевизионна дейност, а за аудио-визуални медийни услуги. Съществена промяна в посока към либерализация претърпяват материалноправните разпоредби на Директивата, и по-специално относно рекламата и останалите форми на промотиране на стоки и услуги. От гледна точка на настоящото дело обаче най-важна е промяната в приложното поле на разпоредбите на Директивата относно т.нар. нелинейни аудио-визуални услуги, обичайно известни като услуги „по заявка“. Посочените услуги попадат в обхвата — в доста основна

9 — Television Without Frontiers, Green Paper on the Establishment of the Common Market for Broadcasting, Especially by Satellite and Cable (COM(84)300 окончателен).

10 — Директива 89/552/ЕИО на Съвета от 3 октомври 1989 година относно координирането на някои разпоредби, формулирани в действащи закони, подзаконови и административни актове на държавите членки, отнасящи се до упражняване на телевизионна дейност (ОВ L 298, стр. 23; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 215). Вж. по темата *Mik*, C. Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym. Toruń, 1999, p. 239—243.

11 — Директива 97/36/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 30 юни 1997 година за изменение на Директива 89/552/ЕИО на Съвета (ОВ L 202, стр. 60; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 232).

12 — Четвърти доклад на Комисията до Съвета, Европейския парламент, Европейския икономически и социален комитет и Комитета на регионите относно прилагането на Директива 89/552/ЕИО „Телевизия без граници“ (COM(2006) 49 окончателен).

13 — Съобщение на Комисията до Съвета, Европейския парламент, Европейския икономически и социален комитет и Комитета на регионите — Бъдещето на европейската регулаторна политика в аудио-визуалната област (COM(2003) 784 окончателен).

14 — COM(2005) 464 окончателен.

15 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 година за изменение на Директива 89/552/ЕИО на Съвета относно координирането на някои разпоредби, формулирани в действащи закони, подзаконови и административни актове на държавите членки, отнасящи се до упражняване на телевизионна дейност (ОВ L 332, стр. 27).

степен — на разпоредбите относно защитата на непълнолетните и обществения ред, рекламата и подкрепата на европейски продукции. Много по-подробна е уредбата на линейните услуги, т.е. на традиционната телевизия. Директива 2010/13 представлява кодифициран текст на Директива 89/552 след промените, внесени с Директива 2007/65 [16].

21. Видно от направеното неизбежно твърде кратко описание, уредбата в Директива 2010/13 на нелинейните аудио-визуални услуги е като цяло производна от уредбата на линейните услуги, т.е. телевизията. С оглед на този генезис според мен следва да се направи тълкуване на съдържащите се в директивата определения на аудио-визуалните медийни, включително нелинейни услуги, с оглед на категориите на информационното общество.

Определението относно аудио-визуалните медийни услуги в контекста на информационното общество

Развитието на интернет и аудио-визуалните медийни услуги

22. Едновременно с описаното развитие на телевизията протича друга еволюция, понякога определяна дори като революция, а именно появата и развитието на световната информационна мрежа — интернет. В продължение на няколко десетилетия от любопитна техническа особеност за тесен кръг специалисти интернет се превърна в универсално и ежедневно средство за работа, образование и развлечение. Дейността в множество различни области се пренася частично или изцяло в мрежата: електронната поща замества традиционната кореспонденция, информационните портали заместват вестниците, електронната търговия замества магазините в реалния свят, порталите за срещи заместват службите за запознанства с цел брак и пр. Интернет поставя началото и на множество нови явления, присъщи само на тази медия, например нови форми на комуникация под формата на дискусионни форуми или социални мрежи, като например най-известните „Фейсбук“ и „Туитър“.

23. „Интернетизацията“ като явление не отминава и аудио-визуалните услуги. По-специално развитието на т.нар. широколентов достъп до интернет — с който многократно се увеличава скоростта на предаване на данните — позволява, от една страна, разпространението на традиционни линейни и нелинейни аудио-визуални услуги с помощта на интернет мрежата (т.нар. Internet Protocol Television, IPTV), а от друга страна, появата на практически неограничен брой нови доставчици и нови видове аудио-визуални услуги.

24. От широколентовия достъп до интернет произтича и още едно явление, което е от съществено значение с оглед на настоящите съображения, а именно мултимедията. В аналоговата епоха и началните етапи от развитието на интернет текст, звук и особено движещите се образи са строго отделени помежду си. Вестниците и книгите са източник на писаното слово, евентуално онагледено със снимки или илюстрации, радиото е изключително звукова медия, а киното и телевизията — аудио-визуална, тоест обединяваща движещи се образи и звук. Интернет дава възможност за публично разпространение на съдържание, преминаващо през тези три средства, обединено в едно. Поради това информационните интернет портали не са осъдени на сух текст, а могат да го онагледяват и допълват с видеоматериали, научните и образователни организации могат да обогатяват писменото дидактично съдържание със записи от лекции, спортните клубове могат да илюстрират репортажите от срещи с видеозаписи и пр.

16 — Допълнително във връзка с развитието на законодателството на Съюза в областта на аудио-визуалните услуги вж. напр. *Chałubińska-Jentkiewicz*, K. Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej. Warszawa, 2013, p. 78-118; *Burri-Nenova*, M. The New Audiovisual Media Services Directive: Television *Without* Frontiers, Television *Without* Cultural Diversity — Common Market Law Review, 44/2007, p. 1689 (p. 1693 sq.).

25. В момента всеки уважаващ се интернет портал, освен писмени и графични материали, предлага аудио-визуални елементи, тематично свързани в по-голяма или по-малка степен с останалата част от него. Посочените елементи могат да представляват неразделна част от писмените текстове, както и да бъдат самостоятелни. Освен това в архитектурата на интернет сайтовете тези аудио-визуални елементи обикновено са събрани в отделни части от тях, които представляват или елементи от отделни тематични раздели на портала, или изцяло обособен дял, наречен обикновено „видео“ или евентуално „TV“ (въпреки че всъщност той не представлява телевизия, т.е. линейна услуга).

26. Поради това от правна гледна точка се поставя въпросът дали всички тези видове аудио-визуално съдържание следва да се приемат за аудио-визуални медийни услуги, а ако това не е така, къде преминава границата. Приложното поле на Директивата по отношение на този вид съдържание буди съмнения и е определено по различен начин в законодателствата и практиката на регулаторните органи в отделните държави членки[17]. Това положение е в разрез с изискването за еднакво прилагане на разпоредбите на Директивата на територията на целия Съюз.

Прилагане на Директива 2010/13 към аудио-визуалните елементи на интернет порталите

27. В решението, предмет на главното производство, австрийският регулаторен орган приема широко определение на аудио-визуалните медийни услуги, като счита за такава услуга каталога с аудио-визуално съдържание, предлаган на интернет сайта на *Tiroler Tageszeitung Online* в раздел „Видео“.

28. Въпреки че на основание на Директива 2010/13 е възможно да се почерпят доводи в подкрепа на подобно становище, откривам редица недостатъци във връзка с толкова широко тълкуване на приложното поле на тази директива.

29. Най-напред според мен това тълкуване не е в съответствие с целите, които законодателят е възнамерявал да постигане с приемането на директива относно аудио-визуалните медийни услуги[18]. Както отбелязах по-горе, уредбата в тази директива на нелинейните аудио-визуални услуги е единствено производна на уредбата на линейните услуги, т.е. традиционната телевизия (традиционна по отношение на съдържанието и програмната схема, а не на техническия способ на излъчване). Видно от мотивите към проекта на Директива 2007/65[19] и съображенията на Директива 2010/13[20], включването в обхвата на уредбата на нелинейните услуги цели да гарантира свободна от нарушения конкуренция между сходни видове икономическа дейност чрез прилагане по отношение на тях, поне в основни линии, на подобна уредба. Според мен тази цел не следва да се тълкува разширително, така че да обхваща регулирането на услуги, които не са в непосредствена конкуренция с телевизията.

30. На второ място, тълкуването, възприето от австрийския регулаторен орган по главното производство, означава уредбата на директивата относно аудио-визуалните медийни услуги да обхване огромен брой субекти, които всъщност поддържат интернет сайтове, включващи аудио-визуално съдържание, но основната цел в дейността не е предлагането на аудио-визуални услуги по смисъла на Директивата. Макар задълженията, произтичащи от Директива 2010/13 за

17 — Вж. напр. *Cabrera Blázquez*, F.J. On-demand Services: Made in the Likeness of TV? — In: What Is an On-demand Service. IRIS-Plus 2013-4. European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2013, p. 7; *Metzdorf*, J. The Implementation of the Audiovisual Media Services Directive by National Regulatory Authorities. National Responses to Regulatory Challenges — Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, vol. 5(2014), N 2, p. 88.

18 — Под това наименование имам предвид, в зависимост от времето, Директива 89/552 след измененията с Директива 2007/65 или Директива 2010/13.

19 — COM(2005) 646 окончателен.

20 — Вж. съображения 11 и 24 от Директива 2010/13.

доставчиците на нелинейни услуги, да са само минимални, в практиката на националните регулаторни органи включването на услугите в уредбата, с която се транспонира тази директива, е свързано най-малко с необходимостта от регистрация, а в някои държави членки с допълнителни задължения, например за внасянето на такса (в Обединеното кралство), или със задължения за отчетност (Франция). Дори когато подобна регистрация няма разрешителен характер във връзка с осъществяване на дейността, тя е свързана с въвеждане на административен контрол за значителна част от осъществяваната в интернет дейност, което може да се счита за ограничение на свободата на дейност в него.

31. Намерението под административен контрол да попаднат твърде много аспекти от функционирането на интернет сайтовете — предвид лекотата, с която се създават интернет сайтове и се запълват с всякакво съдържание, включително аудио-визуално — би представлявало и огромно предизвикателство за регулаторните органи в държавите членки. Следователно опитът за твърде широка уредба би могъл в резултат от това да лиши от ефективност Директивата дори в областите, за които е действително предназначена.

32. Накрая, на трето място, становището, представено от австрийския регулаторен орган, обуславя прилагането на Директивата от архитектурата на конкретния интернет сайт. Според това тълкуване аудио-визуална медийна услуга по смисъла на Директивата е само аудио-визуалното съдържание, включено в каталога. Ако обаче същото съдържание е разпръснато на различни места в рамките на портала, то се приема за неразделна част от него, а не за отделна услуга и поради това не попада под действието на съдържащата се в Директивата уредба. Според мен обаче в случая става дума единствено за определено техническо разрешение, което не трябва да има значение за прилагането на разпоредбите на Директивата. За прилагането на Директивата по отношение на услугите решаваща трябва да бъде тяхната същност, а не архитектурата на интернет портала, в рамките на който те се предлагат.

33. Не отричам, че буквалният прочит на Директива 2010/13 може да остави впечатлението, че възприетото от австрийския регулаторен орган тълкуване е правилно, но във всеки случай това е само един от допустимите варианти за нейното тълкуване. Не считам обаче, че това тълкуване е в съответствие с волята на законодателя. Поради изложените по-горе съображения считам също, че то не дава възможност за ефективно постигане на целите на Директивата и не допринася за еднаквото ѝ прилагане във всички държави членки.

34. Директивата относно аудио-визуалните медийни услуги не се оказва, както искат създателите ѝ, „бъдещоустойчива“ (future-proof)[21]. Множество от съдържащите се в нея формулировки са непрецизни или неадаптирани към реалностите на широколентовия достъп до интернет. Въпреки това съм на мнение, че по пътя на динамичното тълкуване на нейните разпоредби може да се придаде подходящ смисъл в рамките на съвременната, бързо изменяща се действителност на интернет.

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

Елементи от определението за аудио-визуална медийна услуга, произтичащи от Директива 2010/13

35. Определението за аудио-визуална медийна услуга се намира в член 1, параграф 1, буква а) от Директива 2010/13, като някои понятия, използвани в това определение, на свой ред се дефинират по-нататък в същия член. Определението за нелинейна медийна услуга е в член 1, параграф 1, буква ж) от посочената директива. Правната уредба, определяща приложното поле на Директива 2010/13 по отношение на лицата, включва и редица нейни съображения, отнасящи се пряко до определенията, съдържащи се в член 1 от нея, или по-общо до нейното приложно поле.

36. В съответствие с член 1, параграф 1, буква а), подточка i)[22] от Директива 2010/13 във връзка със съображение 29 от тази директива аудио-визуалната медийна услуга трябва да отговаря на следните критерии:

— икономически характер,

— редакционна отговорност на доставчика,

— основна цел, изразяваща се в осигуряване на аудио-визуално съдържание,

— осигуряване на предавания,

— с информационен, развлекателен или образователен характер,

— публичен достъп,

— предаване чрез електронна комуникационна мрежа.

37. В съображение 29 от Директива 2010/13 се подчертава, че единствено едновременното наличие на всички посочени критерии, както и на характеристиките, посочени в останалите съображения, позволяват определена услуга да се счита за аудио-визуална медийна услуга по смисъла на тази директива. Според мен това свидетелства за волята на законодателя определението, а същото се отнася и за приложното поле на Директивата, да обхваща единствено изрично посочените видове услуги. Това положение е в подкрепа на стриктното тълкуване на определението за аудио-визуални медийни услуги.

38. В съответствие с първия от посочените критерии става дума за услуга по смисъла на Договора, която следователно представлява стопанска дейност. Съгласно съображение 21 от Директива 2010/13 целта е от нейното приложно поле да се изключат „частни интернет страници и услуги, състоящи се в осигуряването или разпространението на аудио-визуално съдържание, произведено от частни ползватели с цел неговото споделяне и обмен в рамките на общности по интереси“. Става дума преди всичко за всякакви видове частни сайтове, създадени и поддържани от частни лица без стопанска цел, включително т.нар. блогове и видеоблогове или услуги от вида на You Tube.

39. Интернет сайт на списание, което също се отпечатва на хартия, от вида на портала на *Tiroler Tageszeitung Online* несъмнено има характера на стопанска дейност, поради което отговаря на посочения критерий. С оглед на това само мимоходом отбелязвам, че настоящото разграничение невинаги ще бъде така очевидно, както би могло да изглежда. От една страна, все по-често явление е платеното публикуване на реклами по най-популярните частни интернет

22 — Член 1, параграф 1, буква а), подточка ii) от Директива 2010/13 включва сред аудио-визуалните медийни услуги и аудио-визуалните търговски съобщения, но на този аспект не се спирам, тъй като няма връзка с предмета на настоящото заключение.

сайтове, което ги превръща в източник на доход за създателите им, а следователно и в стопанска дейност. От друга страна, при услуги от вида на You Tube се появяват и професионални канали (т.нар. branded channels), чието съдържание не е създадено от потребители. Въпросът дали и в каква степен Директива 2010/13 може да намери приложение при подобно излъчване ще бъде следващото предизвикателство за националните регулаторни органи и съдилищата.

40. Критериите — предаване чрез електронна комуникационна мрежа и публичен достъп [23], не са особено полезни с оглед определяне на приложното поле на Директива 2010/13 в интересуващия ни аспект. Интернет е преди всичко електронна комуникационна мрежа, а всичко, което не е ограничено за прием от определена група потребители, е публично достъпно. Също така информационният, развлекателен или образователен характер на излъчваното съдържание не представлява особено селективен критерий, тъй като обхваща почти целия възможен мислим спектър от аудио-визуално съдържание, особено ако се очаква то да има търговски и публичен характер.

41. Редакционната отговорност е определена в член 1, параграф 1, буква в) от Директива 2010/13 доста широко. Следователно не става дума за отговорност за съдържанието на всеки излъчван аудио-визуален материал („предаване“ съгласно терминологията в Директивата), а само за избора на тези материали и тяхната подредба в рамките на услугата. Всъщност този критерий е предназначен единствено да разграничи доставчиците на съдържание от субектите, доставящи услуга по преноса на данни (например доставчици на кабелни телевизионни мрежи или на достъп до интернет).

42. Остава да се разгледат двата критерия, чието тълкуване е поискано от запитващата юрисдикция. В съответствие с критерия за основна цел аудио-визуална е само тази услуга, която има за основна цел осигуряването на аудио-визуално съдържание. В решението, което е предмет на главното производство, австрийският регулаторен орган признава поместения на интернет сайта каталог с видеоматериали за отделна услуга. Основната цел на така определената услуга очевидно е доставката на аудио-визуално съдържание. При подобно тълкуване критерият за основната цел обаче изцяло губи смисъл, доколкото, както вече посочих, обуславя приложното поле на Директивата от архитектурата на конкретния интернет сайт в конкретния момент.

43. На свой ред определението за предаване се съдържа в член 1, параграф 1, буква б) от Директива 2010/13. То адаптира определение, съдържащо се още в първоначалната редакция на Директива 89/552. Определението описва предаването като обособена част от програмна схема при линейните услуги или на каталога при нелинейните услуги. Същевременно по форма и съдържание предаването следва да бъде сравнимо с формата и съдържанието на телевизионно излъчване. Тази уговорка представлява поредно указание, че намерението на законодателя не е било в приложното поле на Директивата да се включва аудио-визуално съдържание, каквото обикновено не е налице по телевизията.

44. Освен общо определение за аудио-визуалните медийни услуги Директива 2010/13 включва в член 1, параграф 1, буква ж) и определение за нелинейни услуги (определени като услуги по заявка). Съгласно това определение в рамките на нелинейните услуги потребителят може да подбере и да гледа по всяко време предаване от каталог, подбран от доставчика на услуги. Установява се, че в решението, предмет на главното производство, австрийският регулаторен орган е приел, че тъй като на интернет сайта на *Tiroler Tageszeitung Online* се намира каталог с видеоматериали, този сайт (или по-скоро частта, съдържаща този каталог) е аудио-визуална медийна услуга по заявка.

23 — Двете последни тирета в точка 36 от настоящото заключение.

45. Считам обаче, че при тълкуването на това определение не се налага на понятието за каталог да се придава твърде голяма тежест. Съдържащото се в член 1, параграф 1, буква ж) от Директивата определение представлява отражение на определението за линейна аудио-визуална услуга (т.е. на телевизионното излъчване), която на свой ред се намира в същия параграф под буква д). Каталогът в рамките на нелинейна услуга съответства на „програмната схема“, тоест на разпределението на предаването във времето в рамките на линейна услуга. Нелинейната услуга се отличава от линейната именно по това че предаванията не се *излъчват* в определено време, а се *приемат* в избрано от потребителя време. Следователно трябва да съществува някакъв каталог, от който потребителят да може да избира интересуващата го позиция. Това обаче не следва да се тълкува в смисъл, че съществуването на каталог предопределя, че услугата представлява аудио-визуална медийна услуга по смисъла на Директива 2010/13.

46. Допълнителни указания относно приложното поле на Директива 2010/13 по отношение на нелинейните аудио-визуални медийни услуги се намират в съображенията на Директивата.

47. В съответствие със съображение 24 от нея нелинейните медийни услуги следва да имат „телевизионен характер“, т.е. да се конкурират за една и съща аудитория. Трудно е обаче да се установи дали телевизията е насочена към определена група или определени групи получатели. Тя предлага много разнородно съдържание, предназначено по принцип за всички мислими групи получатели, удовлетворяващи своите информационни, развлекателни и образователни потребности. Това съображение по-скоро следва да се приеме за израз на загрижеността на законодателя да запази свободна от нарушения конкуренцията между сходни видове икономическа дейност чрез прилагане по отношение на тях, поне в основни линии, на подобна уредба. С оглед на това телевизионният характер на нелинейните услуги трябва да се тълкува стриктно — в съответствие с намеренията на законодателя Директива 2010/13 намира приложение единствено в степента, до която развитието на телекомуникационните технологии позволява в нелинейна форма да се предлага същото съдържание, което по-рано е било достъпно само по телевизията, т.е. в рамките на линейна услуга. Законодателят обаче не е имал намерение да разшири обхвата на уредбата по отношение на нови явления, свързани с разпространението на интернет, и в частност на широколентовия достъп до интернет, както и по отношение на появилите се мултимедийни интернет сайтове.

48. Този извод не е в противоречие и с останалата част от съображение 24 от Директива 2010/13, съгласно която понятието „предаване“ следва да бъде тълкувано по динамичен начин, вземайки предвид новостите в областта на телевизионното излъчване. Това указание означава единствено че приложното поле на Директивата по отношение на нелинейните услуги трябва да запази връзката си с развитието на основния предмет на уредба от Директивата, а именно линейните услуги. Не следва нелинейните услуги да се превръщат в самостоятелен предмет на уредба от Директивата. Това би довело до необходимостта да се обхващат все повече нови видове аудио-визуално съдържание, които биха могли да нямат нищо общо с линейното телевизионно излъчване.

49. Накрая, в съответствие със съображение 28 от Директива 2010/13 в нейното приложно поле не попадат „електронни варианти на вестници и списания“. Тази формулировка също следва според мен да се тълкува с оглед на настоящото състояние в развитието на услугите на информационното общество. Поради това не става дума за услуги, основаващи се на механичното пренасяне на съдържание от вестниците и списанията на хартия в интернет. Първо, при такава услуга така или иначе не би имало място за аудио-визуално съдържание, което е чуждо по естеството си за печатните медии. Второ, интернет сайтовете на вестниците и списанията, свеждащи се единствено до публикуване в електронен вид на поместени в печатните издания статии, са все по-редки. В момента често се правят портали, съдържащи значително по-голям брой отколкото в печатните варианти различни видове материали, включително аудио-визуални материали. Това важи особено за ежедневниците, които по правило имат интернет сайтове под формата на информационни портали, съдържащи текущо актуализирани

новини, аналитични материали, задълбочени специализирани раздели и пр. Пример за такъв портал е именно интернет сайтът на *Tiroler Tageszeitung Online*. Освен това този вид портали функционират не само под заглавието на вестници, а могат да са собственост на телевизии или радиостанции, по-специално с информационен характер, или да действат изцяло като интернет портали. Всяка от посочените категории портали има своя специфика, но общата им структура и съдържание са сходни. От тази позиция различното третиране на някои интернет портали с информационен характер единствено поради това че са собственост на вестници или списания, според мен би било необосновано и би довело до неравно третиране. Поради това съображение 28 от Директива 2010/13 трябва да се разбира като указание, че законодателят е имал намерение да изключи от приложното поле на посочената директива всякакви видове интернет информационни портали с мултимедиен характер, тоест включващи и аудио-визуално съдържание.

Отговор на преюдициалните въпроси

50. Запитващата юрисдикция отправя въпроси относно тълкуването на критерия за основна цел и на понятието предаване [24] в рамките на спор относно квалифицирането като аудио-визуална медийна услуга по смисъла на Директива 2010/13 на част от интернет сайта на *Tiroler Zeitung Online*, съдържаща аудио-визуално съдържание. Всъщност става дума дали посочената директива намира приложение по отношение на интернет информационни портали с мултимедиен характер, тоест съдържащи както писмени и фотографски, така и аудио- или аудио-визуални материали.

51. От изложените съображения според мен произтичат следните съществени изводи с оглед на отговора на така поставения въпрос.

52. Първо, Директива 2010/13 се явява пряк ефект на еволюцията в правната уредба на Съюза относно телевизията и има за цел единствено да включи в обхвата на уредбата услуги, представляващи пряка конкуренция на телевизията, тоест предлагащи същото съдържание в нелинейна форма.

53. Второ, основната цел на аудио-визуалните медийни услуги по смисъла на Директива 2010/13 е предоставянето на предавания, тоест елементи от традиционната телевизионна програма (от програмната схема, съгласно терминологията на Директивата), но в рамките на нелинейните услуги излъчванията не се правят в определен час, а по заявка на потребителя.

54. Трето, законодателят изрично, макар и по анахроничен от гледна точка на степента на технологично развитие на интернет начин, е посочил в съображенията на Директивата, че не е имал намерение да включва в приложното ѝ поле информационните интернет портали.

55. Следователно този вид интернет портали, какъвто е интернет сайтът на *Tiroler Tageszeitung Online*, не отговарят на условията да бъдат признати като аудио-визуални медийни услуги по смисъла на Директивата. Първо, появата на интернет мултимедийни портали, включващи освен писмено и фотографско съдържание, и аудио-, и аудио-визуални материали, не е последица от технологичното развитие на телевизията, а изцяло ново явление, свързано преди всичко с увеличения капацитет на телекомуникационните мрежи. Второ, мултимедийният характер на портали като интернет сайта на *Tiroler Tageszeitung Online* не позволява да се анализира поместеното в тях аудио-визуално съдържание отделно от останалата част на портала, дори когато тези аудио-визуални материали са събрани в самостоятелен раздел от портала. Същността на мултимедийните услуги е обединяването на различни форми на разпространение — думи, образ и звук — докато конкретната архитектура на портала

24 — Вж. точка 36, както и точки 42 и 43 от настоящото заключение.

представлява само второстепенен технически аспект. Трето, накрая подобен мултимедиен интернет портал е днешната форма на това, което още по време на подготвителните работи по директивата относно аудио-визуалните услуги законодателят е определил като „електронен вариант на вестник или списание“.

56. С оглед на изложеното приемам, че член 1, параграф 1, буква а), подточка i) от Директива 2010/13 трябва да се тълкува в смисъл, че нито интернет сайтът на ежедневник, съдържащ аудио-визуални материали, нито която и да било част от такъв интернет сайт представлява аудио-визуална медийна услуга по смисъла на посочената директива.

57. Бих искал също да отбележа, че не споделям опасенията, че подобно тълкуване на Директивата ще позволи на субектите, които действително предоставят аудио-визуални медийни услуги, да се представят за информационни мултимедийни портали и по този начин да заобиколят задължителното законодателство в тази област. Разбира се, прилагането на разпоредбите, приети от националните регулаторни органи на държавите членки на основание Директива 2010/13, изисква да се оцени характерът на съществуващите на пазара услуги с цел да бъдат квалифицирани или не като аудио-визуални медийни услуги по смисъла на Директивата. Никакви, дори и най-прецизните правни разпоредби не могат да заместят тази оценка с оглед на индивидуалните обстоятелства; това е така и във всеки правен отрасъл. Евентуалните трудности в резултат от горното не могат обаче да са причина за тълкуване на Директивата, което на практика да доведе до обхващане на всякакво аудио-визуално съдържание в интернет, излизайки по този начин извън обхвата на установената от законодателя уредба.

58. Тук се връщаме към онзи кон, за който стана дума в самото начало. Обстоятелството, че в теорията е трудно да се даде абстрактно определение за аудио-визуална медийна услуга, не означава, че на практика няма да е лесно идентифицирането на такава услуга. Огромна част от тези услуги е свързана с предлагането на пълнометражни филми, телевизионни сериали, спортни предавания и пр. на интернет сайтове. Затова този вид излъчване лесно може да се квалифицира като типично телевизионен. Съмненията следва обаче да се разрешават в съответствие с целта на Директивата относно аудио-визуалните медийни услуги в полза на неприложимостта ѝ по отношение на мултимедийните интернет сайтове. Следователно за аудио-визуални медийни услуги трябва да се признават само тези интернет сайтове, които без съмнение отговарят на всички критерии за тези услуги.

59. Разбира се, предложеното от мен тълкуване е свързано с определението за аудио-визуална медийна услуга съгласно обвързващия към момента текст на Директива 2010/13. Тази директива се явява последица от еволюцията на правни разрешения, разработени с оглед на телевизионното излъчване и, както отбелязва един автор [25], носи отпечатъка на XX век. Това обаче не означава, че намиращото се в интернет съдържание, включително аудио-визуално, не може или не трябва като цяло да бъде предмет на правна уредба, включително в рамките на правото на Съюза, по въпроси като защитата на малолетните и непълнолетните и обществения ред, рекламата и правилата за излъчване на важни събития. Според мен обаче тези разпоредби трябва да са адаптирани към спецификата на интернет, и по-специално към мултимедийния му характер. Повод за това може да бъде подготвителната работа по новия пакет разпоредби относно цифровия пазар, наскоро оповестен от Комисията [26].

25 — *Cabrera Blázquez*, F.J. op.cit., стр. 25.

26 — Съобщение на Комисията до Европейския парламент, Съвета, Европейския икономически и социален комитет и Комитета на регионите, Стратегия за цифров единен пазар за Европа, COM(2015) 192 окончателен.

Заключение

60. С оглед на изложените съображения предлагам Съда да отговори по следния начин на отправените от Verwaltungsgerichtshof въпроси:

„Член 1, параграф 1, буква а), подточка i) от Директива 2010/13/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 10 март 2010 година за координирането на някои разпоредби, установени в закони, подзаконови и административни актове на държавите членки, отнасящи се до предоставянето на аудио-визуални медийни услуги (Директива за аудио-визуалните медийни услуги), трябва да се тълкува в смисъл, че нито интернет сайтът на ежедневник, съдържащ аудио-визуални материали, нито която и да било част от такъв интернет сайт представлява аудио-визуална медийна услуга по смисъла на посочената директива“.