Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 1 juli 2015 [1]

Mål C-347/14

New Media Online GmbH

(begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgerichtshof (Österrike))

”Frihet att tillhandahålla tjänster — Tillhandahållande av audiovisuella medietjänster — Direktivet om audiovisuella medietjänster — Artikel 1.1 a, b och g — Begreppen program och audiovisuell medietjänst — Korta videomaterial som kan nås via tidningens webbplats”

Inledning

1. ”En häst är en häst”. Så löd en av definitionerna i den första polska uppslagsboken som publicerades på 1700-talet. [2] Det förefaller som om det förhåller sig på samma sätt med det problem att definiera begreppet audiovisuell medietjänst inom ramen för internet som uppkommer i förevarande mål. Spontant kan var och en urskilja en sådan tjänst. När det däremot gäller att beskriva den juridiskt sett så är det svårt att hitta ett begrepp som är tillräckligt precist och samtidigt tillräckligt omfattande.

2. Detta beror enligt min mening på att fastställandet av den rättsliga ramen för internet utgör en av de viktigaste utmaningar som lagstiftare och även domstolar i länder i hela världen, däribland Europeiska unionen och dess medlemsstater, står inför. Mångfalden och den praktiskt taget oändliga mängden av tillgänglig information av aldrig tidigare skådat slag, avsaknaden av nationella gränser som utgör hinder för informationsflödet, den lätthet med vilken all typ av information kan framställas av var och en och i princip nå ett obegränsat antal mottagare, och frigörelsen av den virtuella, digitala världen från den materiella världen, kräver nya rättsliga instrument som ofta bygger på helt nya grunder. [3] Dessutom ändras denna verklighet i mycket snabb takt och ligger flera steg före lagstiftarens förmåga att reagera på denna verklighet, framför allt i demokratiska länder. En tillämpning av regler som är avsedda att användas på en analog verklighet i den digitala tidsåldern medför således en rad svårigheter. Förevarande mål illusterar det dilemma som de myndigheter som ansvarar för övervakningen av att lagstiftningen följs och förvaltningen av marknaderna står inför.

1 — Originalspråk: polska.

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

3 — Ett utmärkt exempel på hur illa befintliga rättsliga kategorier överensstämmer med den nya verkligheten är den rådvillhet med vilken försäljning av innehåll i böcker (e-books) anses utgöra en ”tjänst” (se dom kommissionen/Frankrike, C-479/13, EU:C:2015:141, och dom kommissionen/Luxemburg, C-502/13, EU:C:2015:143).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3. De tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna i detta mål är bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster (direktiv om audiovisuella medietjänster).[4] Vid den tolkning som den hänskjutande domstolen har begärt, ska utöver bestämmelserna i det direktiv som är föremål för tolkningen, flera skäl av vilka det av lagstiftaren avsedda tillämpningsområdet för direktivet framgår beaktas.

4. Skälen 11, 21, 22, 24, 28 och 29 i direktiv 2010/13 har följande lydelse:

”(11) Det är nödvändigt att se till att alla audiovisuella medietjänster, både tv-sändningar (dvs. linjära audiovisuella medietjänster) och audiovisuella medietjänster på begäran (dvs. icke-linjära audiovisuella medietjänster), omfattas av åtminstone en grunduppsättning samordnade regler, för att förhindra snedvridning av konkurrensen, öka rättssäkerheten, bidra till att fullborda den inre marknaden och underlätta framväxten av ett gemensamt informationsområde.

…

(21) I detta direktiv bör definitionen av en audiovisuell medietjänst omfatta endast sådana audiovisuella medietjänster – oavsett om det rör sig om tv-sändningar eller beställtjänster – som är massmedier, dvs. som är avsedda att tas emot av och kan tänkas ha en klar påverkan på en betydande andel av allmänheten. Tillämpningsområdet bör begränsas till tjänster enligt definitionen i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och bör därför omfatta alla typer av ekonomisk verksamhet, även public service-företagens verksamhet, men bör inte omfatta verksamhet som primärt har icke-ekonomiska syften och som inte konkurrerar med tv-sändningar, såsom privata webbplatser och tjänster som innebär tillhandahållande eller distribution av audiovisuellt innehåll som framställs av privata användare i syfte att delas och utbytas inom intressegrupper.

(22) I detta direktiv bör definitionen av audiovisuella medietjänster omfatta massmedier i deras funktion att informera, underhålla och utbilda allmänheten, och bör inbegripa audiovisuella kommersiella meddelanden, men bör utesluta alla former av privat korrespondens, som e-postmeddelanden som sänds till ett begränsat antal mottagare. Definitionen bör utesluta alla tjänster vilkas huvudsakliga syfte inte är tillhandahållande av program, dvs. när det audiovisuella innehållet enbart är en sidoeffekt av tjänsten och inte dess huvudsakliga syfte. Ett exempel är webbplatser som innehåller audiovisuella element som endast är av underordnad betydelse, t.ex. animerade grafiska element, korta reklaminslag eller information om en produkt eller tjänst som inte är av audiovisuell art. …

…

(24) Audiovisuella medietjänster på begäran kännetecknas av att de är ’televisionsliknande’, dvs. att de konkurrerar om samma publik som tv-sändningar och att utformningen av och sättet att få tillgång till tjänsten får användaren att rimligen förvänta sig lagstadgat skydd enligt detta direktiv. Mot bakgrund av detta och för att förebygga skillnader beträffande fri rörlighet och konkurrens bör begreppet program tolkas på ett dynamiskt sätt så att hänsyn tas till utvecklingen inom tv-sändningsverksamheten.

4 — EUT L 95, s. 1.

…

(28) Detta direktiv bör inte omfatta nätupplagor av tidningar och tidskrifter.

(29) Alla kännetecken för audiovisuella medietjänster enligt definitionen i direktivet och såsom förklaras i skälen 21–28, bör föreligga samtidigt.”

5. Den hänskjutande domstolens begäran om förhandsavgörande avser huvudsakligen tolkningen av vissa definitioner i direktiv 2010/13. Dessa definitioner återfinns i artikel 1 i direktivet. I denna artikel föreskrivs följande:

”1. I detta direktiv gäller följande definitioner:

a) *audiovisuell medietjänst:*

i) en tjänst enligt definitionen i artiklarna 56 och 57 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt som faller under det redaktionella ansvaret hos en leverantör av medietjänster och vars huvudsakliga syfte är att i informations-, underhållnings- eller utbildningssyfte tillhandahålla program i syfte att informera, underhålla eller utbilda, till allmänheten via elektroniska kommunikationsnät i den mening som avses i artikel 2 a i direktiv 2002/21/EG. Sådana audiovisuella medietjänster utgörs av antingen tv-sändningar enligt definitionen i led e i denna punkt eller audiovisuella medietjänster på begäran enligt definitionen i led g i denna punkt,

…

b) *program*: en uppsättning rörliga bilder med eller utan ljud som utgör ett enskilt inslag i en programtablå eller en katalog som har sammanställts av en leverantör av medietjänster och vars form och innehåll är jämförbara med formen och innehållet för tv-sändningar. Exempel på sådana program är långfilmer, sportevenemang, komediserier, dokumentärer, barnprogram och dramaproduktioner.

…

g) *audiovisuell medietjänst på begäran* (dvs. en icke-linjär audiovisuell medietjänst): en audiovisuell medietjänst som tillhandahålls av en leverantör av medietjänster för att ge möjlighet att se program vid en tidpunkt som användaren väljer och på dennes egen begäran utifrån en katalog med program som valts ut av leverantören av medietjänster.

…”

Österrikisk rätt

6. Direktiv 2010/13 införlivades med österrikisk rätt genom Bundesgesetz über audiovisuelle Mediendienste (lag om audiovisuella medietjänster, nedan kallad AMD-G).[5] Definitionerna av begreppen audiovisuell medietjänst, audiovisuell medietjänst på begäran och program återfinns i 2 § punkterna 3, 4 och 30 AMD-G. De har fastställts i enlighet med lydelsen av motsvarande definitioner i direktiv 2010/13.

5 — BGBl. I nr 84/2001, i dess ändrade lydelse.

7. 9 § första stycket AMD-G har följande lydelse:

”Sådana programföretag som inte omfattas av en tillståndsplikt enligt 3 § första stycket och leverantörer av medietjänster på begäran ska senast två veckor innan verksamheten inleds anmäla detta till behörig myndighet.”

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

8. New Media Online GmbH, som är ett bolag som bildats enligt österrikisk rätt (nedan kallat New Media Online), driver tidningen Tiroler Tageszeitungs webbplats som går under namnet Tiroler Tageszeitung Online. [6] På webbplatsen finns utöver annat innehåll en separat länk med beteckningen ”Video” som vid tiden för omständigheterna i det nationella målet innehöll en katalog med cirka 300 audiovisuella verk. Dessa verk med en längd från ett tiotal sekunder till några minuter anknöt i större eller mindre utsträckning till de ämnen som behandlades på webbplatsen i övrigt och härrörde från olika källor (egna verk, verk som producerats av lokal television, som tillhandahållits av webbplatsens användare etcetera).

9. I beslut av den 9 oktober 2012 fastställde Kommunikationsbehörde Austria (den österrikiska tillsynsmyndigheten), att länken ”Video” på Tiroler Tageszeitung Onlines webbplats utgjorde en audiovisuell medietjänst på begäran i den mening som avses i AMD-G, vilken omfattas av anmälningsplikt i enlighet med 9 § i den lagen.

10. New Media Online överklagade beslutet till Bundeskommunikationssenat (behörig rättslig myndighet med ansvar för telekommunikationsärenden), vilken i beslut av den 13 december 2012 avslog överklagandet. Bolaget överklagade denna dom till Verwaltungsgerichtshof (högsta förvaltningsdomstolen).

11. Mot denna bakgrund beslutade Verwaltungsgerichtshof att vilandeförklara målet och att ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska artikel 1.1 b i [direktiv 2010/13] tolkas så, att det kan förutsättas att den prövade tjänstens form och innehåll är jämförbara med formen och innehållet för tv-sändningar, om sådana tjänster också tillhandahålls i tv-sändningar, som kan anses utgöra massmedier som är avsedda att tas emot av och kan tänkas ha en klar påverkan på en betydande andel av allmänheten?

2) Ska artikel 1.1 a i) i [direktiv 2010/13] tolkas så, att prövningen av det huvudsakliga syftet för en tillhandahållen tjänst vad gäller nätupplagor av tidningar kan utgå från endast en del av nätupplagans webbplats, på vilken huvudsakligen tillhandahålls en samling korta videor, vilka på andra delar av denna nätupplagas webbplats endast används som komplement till artiklarna i online-tidningen?”

12. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 18 juli 2014. New Media Online, den svenska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. New Media Online och kommissionen var företrädda vid förhandlingen den 22 april 2015.

6 — www.tt.com.

Bedömning

13. Den hänskjutande domstolen har begärt en tolkning av två av en rad kriterier enligt vilka tjänsten kan anses som en audiovisuell medietjänst i den mening som avses i direktiv 2010/13. Jag förnekar inte betydelsen av dessa två kriterier. Enligt min mening avser förevarande mål emellertid mer allmänna frågor som är kopplade till frågan om innehåll som görs tillgängligt för allmänheten via internet omfattas av direktivets tillämpningsområde. Av det skälet föreslår jag att den hänskjutande domstolens fråga analyseras ur ett mer allmänt perspektiv, i synnerhet med tanke på att målet ger domstolen tillfälle att för första gången tolka begreppet audiovisuell medietjänst i den mening som avses i nämnda direktiv.

14. Innan jag befattar mig med denna fråga vill jag kort erinra om bakgrunden till de unionsrättsliga bestämmelserna om audiovisuella medier. [7]

Bakgrunden till direktiv 2010/13

15. Trots att domstolen redan år 1974 fann att tv-sändningar utgör en tjänst i den mening som avses i fördraget, [8] har detta område fram till 1980-talet inte varit av intresse för unionslagstiftaren. Anledningen till detta var att traditionell markbunden tv var beroende av tillgången till radiofrekvenser. Det var staterna som fördelade frekvenserna till tv-stationerna som samtidigt beviljades tillstånd till sändning på ett territorium som var begränsat till landets territorium. Tv-tjänster hade således enbart ett mycket obetydligt gränsöverskridande intresse.

16. Denna situation förändrades i samband med utvecklingen av kabel-tv, framför allt satellit-tv. Den nya tekniken möjliggjorde inte enbart en avsevärd ökning av antalet tv-kanaler, utan även att mottagare utanför det land där programföretaget hade sitt säte kunde nås. Detta banade i sin tur vägen för en inre marknad för tv-tjänster.

17. Vägen till direktivet inleddes med kommissionens grönbok av den 14 juni 1984 avseende television utan gränser. [9] Den resulterade i det så kallade direktivet om television utan gränser. [10] I direktivet fastställdes principen om fri mottagning av tv-sändningar från en medlemsstat på övriga medlemsstaternas territorium. I utbyte mot detta fastställdes minimikrav i direktivet – som alla tv-programföretag inom gemenskapen var skyldiga att iaktta – i fråga om kvalitet på och kvantitativa begränsningar för reklam, sponsring och teleshopping, skydd för minderåriga och för den allmänna ordningen och rätten till genmäle. Genom reglerna för fastställande av behörigheten för medlemsstaterna för programföretag i direktivet säkerställdes att varje programföretag enbart var underkastad lagstiftningen och tillsynsmyndigheterna i en enda medlemsstat. I direktivet ålades dessutom programföretag skyldigheter för att främja europeiska produktioner. I samband med ändringen av direktivet om television utan gränser år 1997 [11] infördes framför allt en möjlighet för medlemsstaterna att ange de evenemang med avseende på vilka sändningar inte får vara reserverade till betalkanaler.

7 — Härmed avses bestämmelser om innehåll som tillhandahålls via audiovisuella medietjänster. Härvid bortses från bestämmelser om telekommunikationsnätets funktion och tillträdet till dessa, och från bestämmelser om andra informationssamhällets tjänster än audiovisuella, skydd för upphovsrätten och så vidare, som inte är föremål för förevarande mål.

8 — Domen Sacchi, 155/73, EU:C:1974:40, punkt 6.

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

10 — Rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (EGT L 298, s. 23; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3). Se i detta avseende: Mik, C., *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 1999, s. 239–243.

11 — Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997 om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG (EGT L 202, s. 60).

18. Den snabba tekniska utveckling som skedde på området för elektroniska medier kring förra sekelskiftet möjliggjorde inte enbart en ytterligare betydande ökning av det traditionella tv-utbudet, utan även uppkomsten av nya typer av audiovisuella tjänster, såsom alla typer av tjänster på begäran. Ett annat fenomen var utvecklingen – såväl vad avser utbudet av innehåll som tillgången för mottagarna – av internet som var ett nytt medium under 2000-talet. Denna utveckling hängde även samman med en successiv förändring av användarnas beteende och förväntningar. Vid det oförändrade rättsläget medförde dessa nya företeelser en allt större konkurrensmässig obalans på marknaden för audiovisuella tjänster.

19. Behovet av ändringar påpekades av kommissionen i dess fjärde rapport om tillämpningen av direktiv 89/552[12] och i dess meddelande om framtiden för europeisk lagstiftning på det audiovisuella området[13]. Efter de arbeten som utfördes och ett omfattande samråd presenterade kommissionen ett förslag till direktiv om ändring av direktiv 89/552[14]. Förslaget antogs, med vissa smärre ändringar, som direktiv 2007/65[15].

20. Direktivet innebar av avsevärd ändring av direktiv 89/552. För det första ändrades direktivets titel till följd av en ändring av beteckningen – det är inte längre tal om sändningsverksamhet för television utan om audiovisuella medietjänster. De materiella bestämmelserna i direktivet genomgick betydande förändringar, de liberaliserades, framför allt i fråga om reklam och andra former av främjande av varor och tjänster. Den viktigaste ändringen med avseende på förevarande mål är emellertid utvidgningen av tillämpningsområdet för direktivbestämmelserna till att omfatta så kallade icke-linjära audiovisuella tjänster, allmänt kallade tjänster ”på begäran”. Dessa tjänster omfattades i mycket stora drag av bestämmelserna om skydd för minderåriga och allmän ordning, reklam och främjande av europeisk produktion. Mer detaljerade regler avser linjära tjänster, det vill säga traditionell tv. Direktiv 2010/13 utgör en konsoliderad version av direktiv 89/552 efter de ändringar som infördes genom direktiv 2007/65.[16]

21. Såsom framgår av den ovan med nödvändighet mycket korta beskrivningen grundar sig regleringen av icke-linjära medietjänster i direktiv 2010/13 enbart på bestämmelserna om linjära tjänster, det vill säga tv. Med hänsyn till direktivets bakgrund ska begreppet audiovisuella medietjänster i direktivet, däribland icke-linjära tjänster, tolkas med beaktande av de faktiska förhållandena i informationssamhället.

Definitionen av audiovisuella medietjänster i samband med informationssamhället

Utvecklingen av internet och audiovisuella medietjänster

22. Parallellt med ovan anförda utveckling av tv, ägde en annan evolution rum som ibland beskrivs som en revolution. Det rör sig om uppkomsten och utvecklingen av ett världsomspännande datanät, det vill säga internet. Under flera decennier blev internet, som var en teknisk kuriositet som användes av en liten grupp experter, ett allmänt och allt vanligare redskap för arbete, utbildning och

12 — Kommissionens fjärde rapport till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén om tillämpningen av direktiv 89/552/EEG ”Television utan gränser” (KOM(2002) 778 slutlig).

13 — Kommissionens meddelande till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén om framtiden för europeisk lagstiftning på det audiovisuella området KOM(2003) 784 slutlig.

14 — KOM(2005) 464 slutlig.

15 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/552/EEG om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (EUT L 332, s. 27).

16 — Se angående utvecklingen av unionsrättens lagstiftning om audiovisuella tjänster till exempel Chałubińska-Jentkiewicz, K., *Audiowizualne usługi medialne. Reglamentacja w warunkach konwersji cyfrowej*, Warszawa 2013, s. 78–118, M. Burri-Nenova, The New Audiovisual Media Services Directive: Television *Without* Frontiers, Television *Without* Cultural Diversity, *Common Market Law Review*, Volume 44 (2007), s. 1689 (särskilt s. 1693 och följande sidor).

underhållning. Olika typer av verksamhet flyttades helt eller delvis till nätet. E-post ersätter traditionell korrespondens, informationsportaler ersätter tidningar, elektronisk handel ersätter ”riktiga” affärer, dejtingsajter ersätter äktenskapsförmedlingar och så vidare. Internet gav emellertid även upphov till flera nya företeelser som endast gäller för det mediet, till exempel nya kommunikationsformer i form av diskussionsforum, det vill säga samhällsportaler, där de mest kända är Facebook och Twitter.

23. ”Internetiseringen” kom även att omfatta audiovisuella tjänster. Framför allt utvecklingen av så kallat bredbandsnät – som innebär en avsevärd ökning av hastigheten för överföring av information – möjliggjorde dels tillhandahållande av traditionella tjänster, såväl linjära som icke-linjära, via nätet (så kallad Internet Protocol Television, IPTV), dels uppkomsten av ett i princip obegränsat antal nya leverantörer och nya typer av audiovisuella tjänster.

24. I samband med bredbandsutvecklingen uppkom även ett annat fenomen som är relevant för bedömningen, nämligen multimedia. I den analoga tidsåldern och i början av internetutvecklingen var tal, ljud och bild, framför allt rörliga bilder, i stor utsträckning strikt åtskilda från varandra. Tidningar och böcker var skriftliga källor som eventuellt illustrerades med foton eller bilder, radio var enbart ett ljudmedium, och bio och tv ett audiovisuellt medium, det vill säga ett medium som kopplade rörliga bilder och ljud. Internet möjliggör överföring av innehåll till allmänheten som omfattar dessa tre typer av medier som en helhet. På så sätt överförs inte enbart ren text i informationsportaler på nätet, utan denna kan även illustereras och kompletteras med videomaterial, forskningsinstitut och läroverk kan komplettera skriftligt innehåll med inspelningar av undervisningen, idrottsklubbar kan illustrera matchrapporter med videoinspelningar, och så vidare.

25. För närvarande erbjuder varje webbplats med gott anseende utöver skriftligt och grafiskt material även audiovisuella element vilka i större eller mindre utsträckning anknyter till de ämnen som tas upp på webbplatsen för övrigt. Dessa element kan utgöra en integrerad del av skrifter, men de kan även vara självständiga. Oberoende av om sådana audiovisuella element i webbplatsens struktur vanligtvis förekommer på separata sidor på webbplatsen som antingen utgör delar av vissa ämnesområden på webbplatsen, eller ett helt separat område som vanligtvis betecknas som ”video” eller till och med ”tv” (trots att de i själva verket inte utgör tv, det vill säga en linjär tjänst).

26. I rättsligt hänseende uppkommer för övrigt frågan om alla dessa typer av audiovisuellt innehåll ska betraktas som audiovisuella medietjänster, och om denna fråga besvaras nekande, var gränsen ska dras. Det kan ifrågasättas huruvida direktivet ska tillämpas på sådant innehåll och tillämpningsområdet har fastställts på olika sätt i lagstiftningen och i tillsynsmyndigheternas praxis i de olika medlemsstaterna.[17] En sådan situation strider mot kravet på att direktivbestämmelserna ska tillämpas enhetligt inom hela unionen.

Tillämpning av direktiv 2010/13 på audiovisuella element i internetportaler

27. I det beslut som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen utgick den österrikiska tillsynsmyndigheten från en vid definition av begreppet audiovisuella medietjänster när den fann att en katalog med audiovisuellt innehåll som tillhandahålls på Tiroler Tageszeitung Onlines webbplats under rubriken ”Video” utgör en sådan tjänst.

28. Trots att en sådan uppfattning kan motiveras på grundval av direktiv 2010/13, anser jag att det finns flera nackdelar med en sådan vid tolkning av tillämpningsområdet för direktivet.

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

29. För det första anser jag inte att en sådan tolkning är förenlig med de mål som lagstiftaren eftersträvade vid antagandet av direktivet om audiovisuella medietjänster.[18] Såsom anförts ovan grundar sig regleringen i direktivet av icke-linjära audiovisuella tjänster enbart på bestämmelserna om linjära tjänster, det vill säga traditionell tv (traditionell vad avser programinnehåll och programtablå, och inte vad avser distributionstekniken). Enligt motiveringen till det förslag som utmynnade i direktiv 2007/65[19] och skälen i direktiv 2010/13[20] är syftet med att inbegripa regleringen av icke-linjära tjänster i direktivets tillämpningsområde att säkerställa att konkurrensen mellan olika liknande typer av ekonomisk verksamhet inte snedvreds genom att i vart fall i stora drag underkasta dem liknande regler. Jag anser att detta mål inte ska ges en extensiv tolkning så att det även omfattar reglering av sådana tjänster som inte står i direkt konkurrens med tv-sändningar.

30. För det andra innebär den tolkning som den österrikiska tillsynsmyndigheten har förespråkat i målet vid den nationella domstolen att bestämmelserna i direktivet om audiovisuella medietjänster är tillämpliga på ett stort antal ekonomiska aktörer som visserligen driver webbplatser med audiovisuellt innehåll men vilkas huvudsakliga syfte inte är att tillhandahålla audiovisuella tjänster i den mening som avses i direktivet. De krav som föreskrivs i direktiv 2010/13 för leverantörer av icke-linjära tjänster utgör visserligen enbart minimikrav, men enligt de nationella tillsynsmyndigheternas praxis är ett inbegripande av tjänsten i sådan lagstiftning genom vilken direktivet införlivas i vart fall förbundet med registrering och i vissa medlemsstater med ytterligare skyldigheter, såsom betalning av en avgift (Förenade konungariket) och rapporteringsskyldigheter (Frankrike). Även om en sådan registrering inte har karaktären av ett tillstånd att bedriva verksamhet, innebär den att en stor del av den verksamhet som utövas på internet underkastas administrativa kontroller, vilket kan tolkas som en begränsning av handlingsfriheten för detta medium.

31. Avsikten att underkasta alltför många aspekter av webbplatsernas funktion en administrativ kontroll innebär även – med hänsyn till hur lätt det är att upprätta webbplatser och fylla dem med alla typer av innehåll, däribland audiovisuellt – en stor utmaning för tillsynsmyndigheterna i medlemsstaterna. Försöket med en alltför omfattande reglering skulle således kunna frånta direktivet dess ändamålsenliga verkan, även på det område som det faktiskt avser att reglera.

32. För det tredje innebär den österrikiska tillsynsmyndighetens uppfattning att tillämpningen av direktivet villkoras av webbplatsens konkreta struktur. Enligt en sådan tolkning kan enbart audiovisuellt innehåll som upptagits i en katalog anses som en audiovisuell medietjänst i den mening som avses i direktivet. Om samma innehåll förekommer på olika ställen på webbplatsen, anses det utgöra en integrerad del av denna och inte en separat tjänst och omfattas således inte av bestämmelserna i direktivet. Enligt min mening rör det sig här emellertid enbart om en viss teknisk lösning som saknar relevans för tillämpligheten av direktivets bestämmelser. Det är tjänstens innehåll som ska vara avgörande för huruvida tjänsten omfattas av direktivet och inte strukturen på den webbplats där den tillhandahålls.

33. Jag förnekar inte att en tolkning av ordalydelsen i direktiv 2010/13 kan ge intrycket av att den tolkning som gjorts av österrikiska tillsynsmyndigheten är riktig, eller att det i vart fall är en tillåten tolkning av direktivet. Det verkar emellertid inte som om denna tolkning är förenlig med lagstiftarens avsikt. Av ovannämnda skäl anser jag inte heller att de mål som eftersträvas med direktivet kan uppnås på ett effektivt sätt genom en sådan tolkning och att den inte leder till en enhetlig tillämpning av direktivet i alla medlemsstater.

18 — Med denna beteckning avses, beroende på den tidsperiod som det fråga om, direktiv 89/552, i dess lydelse enligt direktiv 2007/65 och direktiv 2010/13.

19 — KOM(2005) 646 slutlig.

20 — Se skäl 11 och 24 direktiv 2010/13.

34. Direktivet om audiovisuella tjänster har således inte, såsom dess upphovsmän avsåg, visat sig vara framtidssäkert (*future-proof*).[21] Flera av direktivets formuleringar är oklara och dåligt anpassade till bredband. Jag anser dock att man genom en dynamisk tolkning av dess bestämmelser kan ge dem en riktig innebörd inom ramen för dagens snabbt föränderliga internetverklighet.

Ordalydelsen av definitionen audiovisuella medietjänster som följer av direktiv 2010/13

35. Begreppet audiovisuella medietjänster definieras i artikel 1.1 a i direktiv 2010/13, varvid vissa begrepp som används i denna definition i sin tur har definierats i andra punkter i samma artikel. Begreppet icke-linjär audiovisuell medietjänst har definierats i artikel 1.1 g i nämnda direktiv. De rättsliga bestämmelser genom vilket tillämpningsområdet för direktiv 2010/13 fastställs omfattar även flera av dess skäl vilka hänför sig antingen till definitionerna i artikel 1 eller mer allmänt till direktivets tillämpningsområde.

36. I enlighet med artikel 1.1 a i)[22] i direktiv 2010/13 jämförd med skäl 29 i samma direktiv ska en audiovisuell medietjänst

— vara av ekonomisk art,

— falla under det redaktionella ansvaret hos en leverantör,

— ha tillhandahållande av audiovisuellt innehåll som huvudsakligt syfte,

— avse tillhandahållande av program,

— ha informations-, underhållnings- eller utbildningssyfte,

— vara tillgänglig för allmänheten, och

— sändas via elektroniska kommunikationsnät.

37. I skäl 29 i direktiv 2010/13 anförs att en tjänst enbart kan anses som en audiovisuell medietjänst i den mening som avses i direktivet om alla ovannämnda kriterier och kännetecken som anges i andra skäl föreligger samtidigt. Enligt min mening tyder detta på att lagstiftaren har avsett att definitionen och således direktivets tillämpningsområde enbart ska omfatta de typer av tjänster som uttryckligen anges där. Detta talar för en snäv tolkning av definitionen av audiovisuella medietjänster.

38. Enligt det första av de ovannämnda kriterierna rör det sig om tjänster enligt definitionen i fördraget och således tjänster som till sin art är en ekonomisk verksamhet. Enligt skäl 21 i direktiv 2010/13 innebär detta att ”privata webbplatser och tjänster som innebär tillhandahållande eller distribution av audiovisuellt innehåll som framställs av privata användare i syfte att delas och utbytas inom intressegrupper” är undantagna från direktivets tillämpningsområde. Det rör sig framför allt om alla typer av privata webbplatser som upprättas och drivs av privatpersoner utan något kommersiellt syfte, däribland bloggar och videobloggar och sådana tjänster som You Tube.

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, s. 265.

22 — Enligt artikel 1.1 a ii) i direktiv 2010/13 utgör även ett audiovisuellt kommersiellt meddelande en audiovisuell medietjänst, jag bortser emellertid från denna aspekt, eftersom den inte är föremål för förevarande förslag.

39. Webbplatsen för en sådan tidning som även ges ut i pappersform som Tiroler Tageszeitung Online är utan tvekan av ekonomisk karaktär och uppfyller således ovannämnda kriterium. Det ska därför endast som en randanmärkning nämnas att denna avgränsning inte alltid kommer att vara så uppenbar som det verkar. För det första blir det allt vanligare att reklam infogas mot betalning på de mest populära privata webbplatserna, vilket gör dem till en inkomstkälla för deras upphovsmän och således en slags ekonomisk verksamhet. För det andra uppkommer professionella kanaler (*branded channels*) på sådana webbplatser som You Tube som inte utgör innehåll som har skapats av användarna. Nästa utmaning som de nationella tillsynsmyndigheterna och domstolarna står inför är frågan huruvida och i vilken utsträckning direktiv 2010/13 kan tillämpas på denna typ av överföringar.

40. Kriterierna att överföringen ska ske via elektroniska kommunikationsnät och vara tillgänglig för allmänheten [23] är inte särskilt användbara för att fastställa tillämpningsområdet för direktiv 2010/13 med avseende på den aktuella aspekten. Internet är det främsta elektroniska kommunikationsnätet och allt som inte förbehållits en viss grupp användare är tillgängligt för allmänheten På motsvarande sätt utgör inte informations-, utbildnings- eller underhållningssyftet med det överförda innehållet ett särskilt selektivt kriterium, eftersom det omfattar allt möjligt tänkbart audiovisuellt innehåll, särskilt som det krävs att innehållet dessutom ska vara kommersiellt och tillgänglig för allmänheten.

41. Det redaktionella ansvaret har getts en mycket vid definition i artikel 1.1 c i direktiv 2010/13. Det är således inte fråga om ansvar för innehållet av allt audiovisuellt material som tillhandahålls (”program” enligt den terminologi som används i direktivet), utan enbart om valet av material och hur det struktureras inom ramen för tjänsten. Kriteriet syftar således enbart till att skilja medietjänstleverantörer från operatörer som tillhandahåller tjänsten överföring av information (såsom leverantörer av kabel-tv-nät och internetförbindelser).

42. Det återstår att bedöma två kriterier som den hänskjutande domstolen har begärt tolkning av. Enligt kriteriet det huvudsakliga syftet är enbart en sådan tjänst vars huvudsakliga syfte är att tillhandahålla audiovisuellt innehåll en audiovisuell tjänst. I målet vid den nationella domstolen fann den österrikiska tillsynsmyndigheten att katalogen med videomaterial på webbplatsen utgjorde en separat tjänst. Det huvudsakliga syftet med en sålunda definierad tjänst är nödvändigtvis leverans av audiovisuellt innehåll. En sådan tolkning av kriteriet huvudsakligt innehåll omintetgör dock kriteriets innebörd, eftersom det, såsom anförts ovan, gör tillämpningsområdet för direktivet beroende av webbplatsens konkreta struktur vid en viss tidpunkt.

43. Begreppet program definieras i sin tur i artikel 1.1 b i direktiv 2010/13. Det är en anpassning av definitionen i den ursprungliga versionen av direktiv 89/552. Enligt denna är ett program ett enskilt inslag i en programtablå vid en linjär tjänst eller inom ramen för en katalog vid en icke-linjär tjänst. Programmets form och innehåll ska härvid vara jämförbara med formen och innehållet för tv-sändningar. Detta krav utgör ytterligare en indikation på att lagstiftaren inte avsåg att audiovisuella innehåll som normalt sett inte förekommer i TV skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde.

44. Förutom definitionen av audiovisuella medietjänster i allmänhet, definieras i artikel 1.1 g i direktiv 2010/13 begreppet icke-linjära tjänster (som betecknas som tjänster på begäran). Enligt den definitionen kan en användare inom ramen för en icke-linjär tjänst när som helst välja att se program i den katalog av program som valts ut av tjänsteleverantören. Den österrikiska tillsynsmyndigheten förefaller i det beslut som är föremål för målet i den nationella domstolen ha slagit fast att den omständigheten att webbplatsen för Tiroler Tageszeitung Online innehåller en katalog med videomaterial innebär att den (eller snarare den del som innehåller katalogen) är en audiovisuell medietjänst på begäran.

23 — De sista två strecksatserna i punkt 36 i förevarande förslag till avgörande.

45. Jag anser emellertid att begreppet katalog inte ska tillmätas alltför stor betydelse vid tolkningen av denna definition. Definitionen i artikel 1.1 g i direktivet återspeglar definitionen av begreppet linjär audiovisuell tjänst (det vill säga tv-sändningar) som i sin tur återfinns i samma punkt under led e. En katalog inom ramen för en icke-linjär tjänst motsvarar en ”programtablå”, det vill säga en fördelning av ett program i tiden inom ramen för en linjär tjänst. En icke-linjär tjänst skiljer sig emellertid från en linjär tjänst på så sätt att program inte *sänds* under en viss tid utan kan *hämtas* av användaren när som helst. Det måste således finnas en katalog från vilken användaren kan välja det som intresserar honom. Detta kan emellertid inte tolkas på så sätt att förekomsten av en katalog innebär att tjänsten utgör en audiovisuell medietjänst i den mening som avses i direktiv 2010/13.

46. Ytterligare indikationer vad gäller tillämpningsområdet för direktiv 2010/13 med avseende på icke-linjära audiovisuella tjänster återfinns i skälen till direktivet.

47. Enligt skäl 24 i direktivet ska icke-linjära medietjänster vara ”televisionsliknande”, det vill säga konkurrera om samma publik som tv-sändningar. Det är emellertid svårt att föreställa sig att tv konkurrerar om en viss grupp eller viss grupp av mottagare. Den erbjuder innehåll av mycket varierande karaktär som i princip är avsett för alla möjliga tänkbara grupper av mottagare och tillgodoser deras behov av information, underhållning och utbildning. Skälet är snarare ett uttryck för lagstiftarens strävan att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids mellan olika typer av liknande ekonomisk verksamhet genom att i vart fall i stora drag underkasta dem liknande regler. Den televisionsliknande karaktären hos icke-linjära tjänster ska således förstås snävt. Enligt lagstiftaren ska direktiv 2010/13 enbart tillämpas i den utsträckning som den tekniska telekommunikationsutvecklingen möjliggjort att i icke-linjär form tillhandahålla samma innehåll som tidigare enbart var tillgängligt i tv, det vill säga inom ramen för linjära tjänster. Lagstiftaren avsåg emellertid inte att utvidga direktivets tillämpningsområde till att omfatta nya företeelser kopplade till den ökade tillgången av internet och framför allt bredband, såsom uppkomsten av multimediala webbplatser.

48. Denna slutsats motsägs inte av den andra meningen i skäl 24 i direktiv 2010/13, enligt vilken begreppet program ska tolkas på ett dynamiskt sätt så att hänsyn tas till utvecklingen inom tv-sändningsverksamheten. Detta innebär enbart att tillämpningen av direktivet på icke-linjära tjänster bör vara kopplad till utvecklingen på området för linjära tjänster, som är direktivets huvudsakliga föremål. Icke-linjära tjänster får inte uppfattas som ett självständigt föremål för direktivet. Det skulle nämligen innebära att det vore nödvändigt att inbegripa varje ny typ av audiovisuellt innehåll som kanske inte har något gemensamt med linjära tv-sändningar.

49. Enligt skäl 28 i direktiv 2010/13 omfattar detta direktiv inte ”nätupplagor av tidningar och tidskrifter”. Denna formulering ska enligt min mening också läsas mot bakgrund av den nuvarande utvecklingen av informationssamhällets tjänster. Det är här följaktligen inte fråga om tjänster som består i en mekanisk överföring av innehållet i pappersupplagor av tidningar och tidskrifter till internet. För det första skulle det vid en sådan tjänst inte finnas något utrymme för audiovisuellt innehåll som per definition inte finns i pappersmedier. För det andra håller webbplatser för tidningar och tidskrifter som enbart grundar sig på elektronisk publicering av artiklar i pappersupplagor på att försvinna. I dagens läge rör det sig vanligtvis om utbyggda webbplatser som inbegriper betydligt fler olika typer av material, däribland audiovisuellt material, än pappersupplagan. Detta gäller framför allt för dagstidningar vilkas webbplatser i allmänhet är utformade som informationsportaler med nyheter som uppdateras regelbundet, analytiskt material, fördjupade fackområden med mera. Webbplatsen för Tiroler Tageszeitung Online är ett exempel på en sådan portal. Portaler av denna typ drivs inte enbart av tidningar, utan kan även ägas av tv- eller radiostationer, särskilt av informativ karaktär, eller enbart drivas som internetportaler. Var och en av dessa kategorier av portaler har sina särdrag, men deras allmänna struktur och innehåll är av liknande slag. Av den anledningen skulle en skillnad i behandlingen mellan vissa internetportaler av informativ karaktär enbart av det skälet att de ägs av

tidningar eller tidsskrifter enligt min mening inte vara motiverad och leda till en särbehandling. Skäl 28 i direktiv 2010/13 ska således tolkas som en indikation på att lagstiftaren avsåg att undanta alla typer av informationsportaler på internet av multimedial karaktär från direktivets tillämpningsområde, det vill säga portaler som bland annat inbegriper audiovisuellt innehåll.

Besvarande av tolkningsfrågorna

50. De frågor som den hänskjutande domstolen har ställt till EU-domstolen avseende tolkningen av kriteriet huvudsakligt syfte och begreppet program [24] har uppkommit i en tvist avseende frågan huruvida den del av Tiroler Zeitung Onlines webbplats som innehåller audiovisuellt innehåll ska anses utgöra en audiovisuell medietjänst i den mening som avses i direktiv 2010/13. Av skälen framgår emellertid att det är fråga om att fastställa huruvida direktivet är tillämpligt på informationsportaler på internet av multimedial karaktär, det vill säga på sådana portaler som innehåller såväl skriftligt och fotografiskt material som ljud- och audiovisuellt material.

51. Mot bakgrund av ovannämnda överväganden kan enligt min mening följande slutsatser dras som är relevanta för svaret på frågan.

52. För det första är direktiv 2010/13 ett resultat av utvecklingen av unionens lagstiftning avseende television och det avser enbart att omfatta tjänster som står i direkt konkurrens med tv, det vill säga leverantörer som tillhandahåller samma innehåll i icke-linjär form.

53. För det andra är det huvudsakliga syftet med audiovisuella medietjänster i den mening som avses i direktiv 2010/13 tillhandahållande av program, det vill säga traditionella tv-programinslag (programtablå enligt den terminologi som används i direktivet). Det ska emellertid beaktas att program inom ramen för icke-linjära tjänster inte tillhandahålls vid en viss tidpunkt utan på begäran av användaren.

54. För det tredje har lagstiftaren tydligt – om än på ett föråldrat sätt med hänsyn till det skede i utvecklingen som internettekniken har nått i dag – i skälen till direktivet anfört att det inte avsågs att informationsportaler på internet skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde.

55. En sådan internetportal som Tiroler Tageszeitung Onlines webbplats uppfyller för övrigt inte de nödvändiga kriterierna för att den ska anses som en audiovisuell medietjänst i den mening som avses i direktivet. För det första är uppkomsten av multimediala internetportaler som utöver skriftligt och fotografiskt innehåll även innehåller ljud- och audiovisuellt material inte ett resultat av en teknisk utveckling av tv, utan en helt ny företeelse som framför allt hänger samman med en kapacitetsökning i telekommunikationsnäten. För det andra innebär den multimediala karaktären hos sådana portaler som Tiroler Tageszeitung Onlines webbplats att det inte är möjligt att analysera det audiovisuella innehållet på webbplatsen avskilt från den övriga portalen, inte ens om det audiovisuella materialet är samlat i en separat del i portalen. Sammankopplingen mellan olika former av överföring – ord, bild och ljud – är nämligen grundläggande för den multimediala tjänsten, och portalens konkreta struktur utgör enbart en sekundär teknisk aspekt. För det tredje utgör en sådan multimedial internetportal det som lagstiftaren under det förberedande arbetet med direktivet om audiovisuella tjänster kunde beteckna som ”nätupplagor av tidningar och tidskrifter”.

56. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att artikel 1.1 a i) i direktiv 2010/13 ska tolkas så, att varken en dagstidnings webbplats som innehåller audiovisuellt material eller någon del av denna webbplats utgör en audiovisuell medietjänst i den mening som avses i nämnda direktiv.

24 — Se punkt 36 samt punkterna 42 och 43 i förevarande förslag till förhandsavgörande.

57. Jag delar inte den oro som framförts att en sådan tolkning av direktivet gör det möjligt för dem som egentligen tillhandahåller audiovisuella medietjänster att hävda att de i stället tillhandahåller informationsportaler av multimedial karaktär och på så sätt kringgå den lagstiftning som gäller på det området. Det är uppenbart att de nationella tillsynsmyndigheterna i medlemsstaterna, vid tillämpningen av de bestämmelser som antagits på grundval av direktiv 2010/13, ska göra en bedömning av huruvida de tjänster som tillhandahålls på marknaden är av sådan karaktär att de kan kvalificeras som audiovisuella medietjänster i den mening som avses i direktivet. Inte ens de mest precisa lagbestämmelser kan ersätta en sådan bedömning i det enskilda fallet. Detta gäller för övrigt på alla rättsområden. De svårigheter som eventuellt är förknippade därmed kan emellertid inte motivera en sådan tolkning av direktivet som innebär att det i princip omfattar allt audiovisuellt innehåll på internet, vilket skulle gå utöver det område som lagstiftaren avsett att reglera med direktivet.

58. Här återkommer jag till den häst som jag talade om i början. Den omständigheten att det i teorin är svårt att fastställa en abstrakt definition av audiovisuella medietjänster innebär inte att det är svårt att definiera en sådan tjänst i praktiken. En stor majoritet av denna typ av tjänster består i tillhandahållande på webbplatser av exempelvis långfilmer, dramaproduktioner och sportevenemang. Denna typ av sändningar kan med lätthet kvalificeras som typiska tv-sändningar. Vid tvivel ska direktivet om audiovisuella medietjänster i enlighet med dess syfte inte tillämpas på multimediala webbplatser. Enbart de webbplatser som utan tvekan uppfyller samtliga kriterier för en sådan tjänst ska således anses som audiovisuella medietjänster.

59. Den tolkning som jag föreslagit avser givetvis definitionen av begreppet audiovisuell medietjänst i direktiv 2010/13 i dess nu tillämpliga lydelse. Direktivet har uppkommit till följd av en utveckling av den lagstiftning som var avsedd för tv-sändningar och är, såsom en av upphovsmännen [25] påpekade, av 1900-tals karaktär. Detta innebär emellertid inte att innehållet på internet, inbegripet audiovisuellt innehåll, inte kan eller inte bör regleras i lag, inbegripet unionsrättsliga bestämmelser, vad gäller sådana frågor som skydd för minderåriga och allmän ordning, reklam eller regler för överföring av viktiga evenemang. Jag anser emellertid att dessa bestämmelser bör vara anpassade för internets särdrag och framför allt till dess multimediala karaktär. Detta skulle kunna ske vid utarbetandet av en ny lagstiftning avseende den digitala marknaden, till vilket senast kommissionen uppmanat. [26]

Förslag till avgörande

60. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som Verwaltungsgericht har ställt på följande sätt:

Artikel 1.1 a i) i Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster (direktiv om audiovisuella medietjänster) ska tolkas så, att varken en dagstidnings webbplats som innehåller audiovisuellt material eller någon del av denna webbplats utgör en audiovisuell medietjänst i den mening som avses i nämnda direktiv.

25 — Cabrera Blázquez, F.J., anfört arbete, s. 25.

26 — Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, En strategi för en inre digital marknad i Europa, KOM(2015) 192 slutlig.