



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN
föredraget den 13 december 2018¹

Mål C-299/17

**VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von
Medienunternehmen mbH
mot
Google LLC, som har trätt i stället för Google Inc.**

(begäran om förhandsavgörande från Landgericht Berlin (Regionala domstolen i Berlin, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Tillnärmning av lagstiftning – Direktiv 98/34/EG – Informationsförfarande beträffande tekniska föreskrifter och beträffande föreskrifter för informationssamhällets tjänster – Medlemsstaternas skyldighet att anmäla alla utkast till tekniska föreskrifter till Europeiska kommissionen – Tekniska föreskrifter som inte anmälts till kommissionen får inte tillämpas – Nationell bestämmelse som förbjuder kommersiella sökmotorleverantörer och kommersiella tjänsteleverantörer som redigerar innehåll att göra pressmaterial tillgängligt för allmänheten, en föreskrift som inte specifikt avser de tjänster som definieras i den punkten – Teknisk föreskrift – Föreskrift som inte specifikt avser informationssamhällets tjänster”

1. När en medlemsstat inför nya bestämmelser i sin upphovsrättslagstiftning enligt vilka kommersiella leverantörer av sökmotorer på internet inte har rätt att utan erforderligt tillstånd tillhandahålla utdrag ur² viss text och vissa bilder och videor som tillhandahållits av pressutgivare krävs att denna bestämmelse anmäls till Europeiska kommissionen i enlighet med kraven i artikel 8.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter,³ i dess lydelse enligt rådets direktiv 2006/96/EG av den 20 november 2006 om anpassning av vissa direktiv när det gäller fri rörlighet för varor med anledning av Bulgariens och Rumäniens anslutning⁴ (nedan kallat direktiv 98/34).

2. Detta är kärnan i de frågor som ställts genom denna begäran om förhandsavgörande. Det har medgetts att den tyska lagstiftningen i fråga inte hade anmälts till kommissionen. Det står också klart att den nationella domstolen, för det fall att anmälan krävdes enligt bestämmelserna i direktiv 98/34, ska vägra att tillämpa den nationella lagstiftningen i fråga, även i mål i vilka enskilda är parter, i avvaktan på en sådan anmälan.⁵ Den grundläggande frågan är därför om bestämmelserna i direktiv 98/34 är tillämpliga på dessa nya bestämmelser i den tyska upphovsrättslagstiftningen.

¹ Originalspråk: engelska.

² Annat än enstaka ord eller mycket korta textavsnitt, se nedan punkt 9.

³ EGT L 204, 1998, s. 37.

⁴ EUT L 363, 2006, s. 81.

⁵ Dom av den 30 april 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, punkt 44 och följande punkter).

3. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett förfarande vid Landgericht Berlin (Regionala domstolen i Berlin, Tyskland) i en tvist mellan VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH (nedan kallat VG Media) som är en organisation för kollektiv förvaltning som enligt tysk lagstiftning har rätt att förvalta upphovsrätter och närstående rättigheter bland annat på pressutgivares och Google LLC:s (nedan kallad Google) vägnar, som driver sökmotorn Sök på Google under domännamnet www.google.de och www.google.com och tjänsten Google News service som i Tyskland är tillgänglig separat via news.google.de eller news.google.com.

4. VG Media väckte på medlemmarnas vägnar skadeståndstalan mot Google avseende den senares användning från och med den 1 augusti 2013 av textavsnitt, bilder och videor från innehåll i press och media som framställts av VG Media:s medlemmar för sina egna tjänster utan att betala ersättning för detta.

5. Den 1 augusti 2013 införde Förbundsrepubliken Tyskland en till upphovsrätt närstående rättighet för pressutgivare i 87f § och 87h § i Urheberrechtsgesetz (den tyska lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter, nedan kallad UrhG). Eftersom det aktuella lagförslaget inte anmälades till kommissionen i enlighet med artikel 8.1 i direktiv 98/34 och påföljden för denna underlåtenhet, såsom jag redan har anfört, är att de nationella bestämmelserna inte är tillämpliga, vilket innebär att de inte kan göras gällande mot enskilda om någon anmälan inte har gjorts, har Landgericht Berlin (Regionala domstolen i Berlin, Tyskland) hänskjutit två tolkningsfrågor till domstolen för en bedömning av om de aktuella bestämmelserna i UrhG utgör en "föreskrift för tjänster" i enlighet med artikel 1.5 i direktiv 98/34 och således ett allmänt krav rörande tillträde till och utövande av verksamhet med tjänster,⁶ snarare än "föreskrifter som inte specifikt avser" dessa tjänster.⁷

6. Den hänskjutande domstolen har också anmodat domstolen att tolka begreppen "teknisk föreskrift" i artikel 1.11 i det direktivet. Innan dessa frågor provas är det nödvändigt att först redogöra för den tillämpliga lagstiftningen.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

7. I artikel 1 leden 2, 5 och 11 i direktiv 98/34 föreskrivs följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

2. *tjänst*: alla informationssamhällets tjänster, det vill säga tjänster som vanligtvis utförs mot ersättning på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare.

...

5. *föreskrift för tjänster*: ett krav av allmän art rörande tillträde till och utövande av verksamhet med sådana tjänster som avses i punkt 2, särskilt bestämmelser om dem som tillhandahåller tjänster, tjänster och tjänstemottagare, med undantag av föreskrifter som inte specifikt avser de tjänster som definieras i denna punkt....

⁶ Enligt definitionen i artikel 1.2 i direktiv 98/34.

⁷ Se artikel 1 led 5 i direktiv 98/34.

Såvitt avser denna definition

- skall en föreskrift anses särskilt avse informationssamhällets tjänster om föreskriften enligt motiveringen och enligt texten i den normativa delen har till särskilt syfte och föremål att, i sin helhet eller i vissa bestämmelser, uttryckligen och riktat reglera sådana tjänster,
- skall en föreskrift inte anses särskilt avse informationssamhällets tjänster om föreskriften endast indirekt eller accessoriskt gäller sådana tjänster.

...

11. *teknisk föreskrift*: tekniska specifikationer och andra krav eller föreskrifter för tjänster, inbegripet tillämpliga administrativa bestämmelser, som är rättsligt eller faktiskt tvingande vid saluföring, tillhandahållande av tjänster, etablering av en aktör som tillhandahåller tjänster eller användning i en medlemsstat eller en större del därav, samt – med undantag av dem som anges i artikel 10 – medlemsstaternas lagar och andra författningar som förbjuder tillverkning, import, saluföring eller användning av en produkt eller som förbjuder tillhandahållande eller utnyttjande av en tjänst eller etablering som tillhandahållare av tjänster.”

8. I artikel 8.1 första stycket i direktiv 98/34 föreskrivs följande:

”Om inte annat följer av artikel 10 skall medlemsstaterna omedelbart till kommissionen överlämna alla utkast till tekniska föreskrifter, såvida inte föreskriften utgör endast en överföring av den fullständiga texten till en internationell eller europeisk standard, då det är tillräckligt med information om den aktuella standarden. De skall också till kommissionen redovisa skälen till varför det är nödvändigt att utfärda en sådan teknisk föreskrift, om dessa inte redan framgår av förslaget.”

B. Nationell rätt

9. I 87f § UrhG som har rubriken ”Pressutgivare” föreskrivs följande:

”1) Den som framställer pressmaterial (pressutgivaren) har ensamrätt att för kommersiella ändamål göra pressmaterial eller delar av pressmaterial tillgängligt för allmänheten förutom vad gäller enstaka ord eller mycket korta textavsnitt. Om pressmaterialet framställs i ett företag är det företagets ägare som är utgivare.

2) Med pressmaterial avses den redaktionella eller den tekniska förberedelsen av journalistiska bidrag i samband med en samling som publiceras regelbundet i alla typer av medier under en rubrik som, efter en bedömning av samtliga omständigheter, kan betraktas som i stort sett typisk för förlaget och av vilka den överväldigande majoriteten inte har till syfte att göra egenreklam. Med journalistiska bidrag avses mer specifikt artiklar och illustrationer som syftar till att sprida information, vara opinionsbildande eller underhålla.”

10. 87g § UrhG med rubriken ”Överförbarhet, varaktighet och begränsningar av rätten” har följande lydelse:

”1) En pressutgivares rättighet i enlighet med 87g § stycke 1 första meningen UrhG ska vara överförbar. Section 31 och section 33 ska gälla i tillämpliga delar.

2) Denna rättighet ska upphöra ett år efter att pressmaterialet publicerats.

3) Pressutgivarens rätt kan inte göras gällande till nackdel för en upphovsrättsinnehavare eller en innehavare av närstående rättigheter vars verk eller alster som skyddas enligt denna lag finns i pressmaterialet.

4) Det är tillåtet att göra pressmaterial eller delar av pressmaterial tillgängligt för allmänheten under förutsättning att det inte sker genom kommersiella sökmotorleverantörer eller kommersiella tjänsteleverantörer som på motsvarande sätt redigerar innehåll. Därutöver ska bestämmelserna i del 1 avsnitt 6 gälla i tillämpliga delar.”

11. I 87h § UrhG som har rubriken ”Upphovsrättsinnehavarens rätt att delta” anges följande:

”Upphovsrättsinnehavare ska ha rätt till en skälig del av ersättningen.”

II. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12. VG Media ingår med rättighetshavarna ett så kallat ”nyttjandeavtal för tv, radio och utgivning” enligt vilket rättighetshavarna ger denne ensamrätt att utnyttja rättigheter⁸, avseende sådant pressmaterial som avses i 87f § stycke 2 UrhG.

13. Såsom anförts ovan driver Google den välkända sökmotorn för att finna webbplatser (Sök på Google) under domännamnet www.google.de och www.google.com. När sökordet har skrivits in och sökfunktionen aktiverats visas bland annat en kort text eller ett textavsnitt (snippet) med en miniatyrbild som ska möjliggöra för användaren att avgöra huruvida den föreslagna webbplatsen är relevant för användarens specifika informationsbehov. Texten består av en ordkombination från den föreslagna webbplatsen som består av ett antal ord som sammanhänger med sökordet. Sökmotorn innehåller även en meny som ger användarna tillgång till mer specialiserade söktjänster såsom Google bilder, Google videor och Google nyheter (”Nyheter” på menyn). Parallellt driver Google tjänsten Google News service som i Tyskland är tillgänglig separat via news.google.de eller news.google.com. Där visas, i magasiniform, nyheter från ett begränsat urval av nyhetskällor. Under sådana omständigheter består utdragen i fråga av en kort sammanfattning av webbplatsen, ofta med användning av de inledande meningarna. Via tjänsterna AdWords och AdSense förmedlar Google mot ersättning annonser på sina egna och på tredje mans webbplatser.

14. Genom sin talan vid den hänskjutande domstolen har VG Media invänt mot att Google använder textavsnitt och bilder från innehåll som framställts av dess medlemmar för sina egna tjänster utan att betala ersättning för detta. Den hänskjutande domstolen anser att eftersom VG Media:s talan vid den hänskjutande domstolen är välgrundad, i vart fall delvis, beror utgången av målet vid den domstolen på i vilken utsträckning 87f och 87g § UrhG är tillämplig, då de inte har anmälts till kommissionen enligt artikel 8.1 i direktiv 98/34.

15. Den hänskjutande domstolen anser i synnerhet att utgången av målet är beroende av om 87g § stycke 4 UrhG (jämförd med 87f § stycke 1 UrhG) är ett allmänt krav enligt artikel 1 led 5 i direktiv 98/34 rörande tillhandahållande av en informationssamhällets tjänst snarare än en föreskrift som inte specifikt avser sådana tjänster.

⁸ Som för närvarande tillkommer dem samt rättigheter som kommer att tillfalla dem under avtalets giltighetstid.

16. Mot bakgrund av vad som anförts ovan beslutade Landgericht Berlin (Regionala domstolen i Berlin, Tyskland) att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Utgör en nationell bestämmelse, som uteslutande förbjuder kommersiella sökmotorleverantörer och kommersiella tjänsteleverantörer som redigerar innehåll, men inte andra användare – inbegripet kommersiella användare – att göra pressmaterial eller delar därav (med undantag av enstaka ord och mycket korta textutdrag) tillgängligt för allmänheten, enligt artikel 1.2 och 1.5 i direktiv [98/34] en föreskrift som inte specifikt avser de tjänster som definieras i den punkten?

Om den frågan ska besvaras nekande,

2. utgör en nationell bestämmelse, som uteslutande förbjuder kommersiella sökmotorleverantörer och kommersiella tjänsteleverantörer som redigerar innehåll, men inte andra användare – inbegripet kommersiella användare – att göra pressmaterial eller delar därav (med undantag av enstaka ord och mycket korta textavsnitt) tillgängligt för allmänheten, en teknisk föreskrift i den mening som avses i artikel 1.11 i direktiv [98/34], närmare bestämt en tvingande föreskrift som rör tillhandahållande av en tjänst?”

III. Bedömning

17. Det är lämpligt att besvara de båda frågor som ställts av den hänskjutande domstolen tillsammans som en fråga och jag föreslår att så sker i förevarande förslag till avgörande.

A. Huruvida de ändringar som gjordes i UrhG kan utgöra en ”teknisk föreskrift” i den mening som avses i direktiv 98/34

18. Den första frågan som ska prövas är om en sådan bestämmelse som de ändringar som gjordes i UrhG kan utgöra en ”teknisk föreskrift” i den mening som avses i direktiv 98/34.

19. Det är uppenbart att begreppet ”teknisk föreskrift” innefattar fyra kategorier av åtgärder, nämligen för det första tekniska specifikationer i den mening som avses i artikel 1 led 3 i direktiv 98/34, för det andra sådana andra krav som definieras i artikel 1 led 4 i det direktivet, för det tredje sådana föreskrifter för tjänster som avses i artikel 1 led 5 i nämnda direktiv och för det fjärde ”medlemsstaternas lagar och andra författningar som förbjuder tillverkning, import, saluföring eller användning av en produkt eller som förbjuder tillhandahållande eller utnyttjande av en tjänst eller etablering som tillhandahållare av tjänster” i den mening som avses i artikel 1 led 11 i samma direktiv.⁹

20. Det kan först noteras att det av fast rättspraxis framgår att nationella bestämmelser i vilka det endast föreskrivs villkor för etablering av företag eller för deras tillhandahållande av tjänster, såsom bestämmelser enligt vilka det krävs ett förhandstillstånd för att utöva en yrkesverksamhet, inte utgör tekniska föreskrifter, i den mening som avses i artikel 1 led 11 i direktiv 98/34.¹⁰

21. För det andra är det uppenbart att bestämmelser som i huvudsak enbart återger eller ersätter befintliga tekniska bestämmelser som redan har anmälts till kommissionen inte omfattas av denna definition.¹¹

⁹ Se, exempelvis, dom av den 4 februari 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72, punkt 70).

¹⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 december 2017, Falbert m.fl. (C-255/16 EU:C:2017:983, punkt 16 och där angiven rättspraxis).

¹¹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, punkt 85).

22. Det bör emellertid framhållas att de viktigaste delarna i dessa bestämmelser, såvitt avser förevarande begäran om förhandsavgörande, är de i 87g § stycke 4 UrhG, eftersom nettoeffekten av denna bestämmelse är att möjliggöra tillgång till pressmaterial för allmänheten utan att göra intrång i upphovsrätten,¹² förutom när intrång görs antingen av kommersiella sökmotorleverantörer eller kommersiella tjänsteleverantörer som redigerar innehållet i sådant pressmaterial.¹³ Detta är den kritiska bestämmelsen i den nya lagen, eftersom denna bestämmelse faktiskt begränsar tillhandahållandet av dessa tjänster av leverantörer av sökmotorer på internet (såsom Google) genom att föreskriva att sådana tjänster utgör ett intrång i upphovsrätten och utsätter tjänsteleverantören för risken för ett föreläggande eller en penningfordran.¹⁴ Såsom Berlin Landesgericht (Regionala domstolen i Berlin, Tyskland) konstaterade i sin begäran innebär denna ändring att

”... det är förbjudet att göra pressmaterial eller delar därav tillgängligt för allmänheten när det sker genom kommersiella sökmotorleverantörer eller kommersiella tjänsteleverantörer som på motsvarande sätt redigerar innehåll men sådant tillgängliggörande är tillåtet när det sker genom andra användare – inbegripet kommersiella användare. Lagen ger innehavare av närstående rättigheter *rätt att förbjuda* tillgängliggörande endast gentemot kommersiella sökmotorleverantörer eller tjänsteleverantörer som på motsvarande sätt redigerar innehåll. En sådan rätt att förbjuda tillgängliggörande för allmänheten finns däremot inte i förhållande till andra, likaså kommersiella, användare.”

23. Med undantag för de relaterade bestämmelserna i 87f § stycke 1 UrhG anser jag att de andra bestämmelserna i den nya 87f–87h § UrhG i hög grad utgör ett komplement till denna grundläggande bestämmelse eller är underordnad denna och inte väcker några viktiga frågor vad gäller direktivets efterlevnad.

24. För min del anser jag inte att 87f § stycke 1 och 87g § stycke 4 UrhG enbart kan anses likvärdig med ett villkor som reglerar utövandet av en yrkesverksamhet, såsom ett krav på förhandstillstånd. Såsom den hänskjutande domstolen har anfört har denna ändring i praktiken den inverkan att tillhandahållandet av tjänsten antingen är föremål för en form av förbuds föreläggande eller penningfordran på begäran av pressutgivaren. Det stämmer naturligtvis att sökmotorleverantören kan göra gällande undantag från upphovsrätten, men endast om publiceringen är begränsad till ett fåtal ord eller mycket korta textavsnitt.

25. I sin dom av den 11 juni 2015, *Berlington Hungary m.fl.*¹⁵ slog domstolen fast att den ungerska lagstiftningen som begränsade anordnande av vissa hasardspel till kasinon utgör en ”teknisk föreskrift” i den mening som avses i artikel 1 led 11 i direktiv 98/48 enbart i den mån som den på ett väsentligt sätt kan påverka produktens natur eller saluföringen av den. Vidare slog domstolen emellertid fast att

12 Av de handlingar som ingetts till domstolen framgår – med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll – att den rätt som beviljas enligt de aktuella bestämmelserna i UrhG faktiskt är en till upphovsrätten närstående rättighet. Jag föreslår emellertid att den i detta förslag till avgörande för tydlighetens skull kallas för upphovsrätt.

13 Medan den ensamrätt som den som framställer pressmaterial ges enligt 87g § stycke 1 UrhG har en mycket bred formulering, framgår av 87g § stycke 4 UrhG, som har utformats som ett undantag, att ensamrätten i själva verket riktar sig till eller begränsar sig till ”kommersiella sökmotorleverantörer eller kommersiella tjänsteleverantörer som ... redigerar innehåll”. Jag anser därför att kommissionens uttalande att ensamrätten är allmänt tillämplig och att det *”alltid är förbjudet”* att göra pressmaterial tillgängligt och inte enbart när detta sker av sökmotorleverantörer eller tjänsteleverantörer som redigerar innehåll, i själva verket i hög grad är konstlat mot bakgrund av tillämpningen av direktiv 98/34. Medan 87g § stycke 4 UrhG utan tvekan har utformats som ett undantag till den ensamrätt som ges enligt 87g § stycke 1 UrhG, är den verkliga effekten av dessa bestämmelser att ensamrätten enbart hänför sig till de tjänster som anges i 87g § stycke 4 UrhG. Jag anser också att VG Medias och den spanska regeringens argument att den tyska lagstiftningen i fråga inte avser att reglera tillhandahållandet av pressmaterial online, utan snarare till att skydda utgivares rättigheter, inte är övertygande av skäl som anges i andra punkter i detta förslag till avgörande.

14 Mot bakgrund av de lagstadgade rättigheter som pressutgivare har enligt bestämmelserna i fråga *måste* de ifrågavarande bestämmelserna beaktas med avseende på tillhandahållande av pressmaterial av ”kommersiella sökmotorleverantörer eller kommersiella tjänsteleverantörer som ... redigerar innehåll” såsom föreskrivs i artikel 1 led 11 i direktiv 98/34.

15 Dom av den 11 juni 2015, *Berlington Hungary m.fl.* (C-98/14, EU:C:2015:386).

ett förbud mot att driva spelautomater i andra lokaler än kasinon ”på ett väsentligt sätt kan påverka de i detta sammanhang använda produkternas beskaffenhet eller saluföringen av dem”, ”vilka utgör varor som kan falla under artikel 34 FEUF genom att minska antalet kanaler för drift av sådana automater”.¹⁶

26. Om detta resonemang tillämpas analogt i förevarande fall kan det även sägas att bestämmelserna i 87f § stycke 1 och 87g § stycke 4 UrhG kan ha den inverkan att internettjänsternas beskaffenhet eller saluföring påverkas på ett väsentligt sätt genom att sökmotorleverantören antingen riskerar ett förbudsföreläggande eller skadeståndsanspråk när en sökning på internet möjliggör för läsaren att få tillgång till mer än ett fåtal ord eller ett mycket kort textavsnitt i det aktuella pressmaterialet. Det är anmärkningsvärt att det inte finns något liknande förbud eller någon eventuell rättslig skyldighet för det fall att andra medlemmar av allmänheten (inbegripet kommersiella leverantörer som inte omfattas av undantaget i 87g § stycke 4 UrhG) får tillgång till eller använder detta pressmaterial. En ny rättslig bestämmelse av den här typen kan uppenbarligen påverka tillhandahållandet av tjänster avseende pressmaterial och följaktligen eventuellt utlösa tillämpningen av artikel 56 FEUF.

27. Under dessa omständigheter anser jag att 87f § stycke 1 UrhG och 87g § stycke 4 UrhG utgör en teknisk föreskrift i den mening som avses i artikel 1 led 11 i direktiv 98/34.

28. Det stämmer, såsom ombuden för flera parter påpekat under förhandlingen den 24 oktober 2018, att den till upphovsrätten närstående rättigheten som föreskrivs i 87f §–87h § UrhG omfattas av den grundläggande rätten till skydd av immateriella rättigheter som fastställs i artikel 17.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Av de handlingar som ingetts till domstolen framgår att UrhG och även unionsrätten, särskilt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter¹⁷ ger rättighetsinnehavare en rad olika rättsmedel, såsom talan om förbudsföreläggande och skadeståndstalan, för att säkerställa skyddet för immateriella rättigheter och avser följaktligen att bland annat säkerställa ett omfattande skydd för immateriella rättigheter.

29. Av domstolens praxis framgår emellertid tydligt att immateriella rättigheter inte är några absoluta rättigheter. Domstolen har betonat att sådana ensamrätter och i synnerhet möjligheten till rättsmedel, såsom förelägganden för att säkerställa skyddet för dem, kan inkräkta på de grundläggande rättigheterna för andra, såsom näringsfriheten, vilken är en frihet som skyddas av artikel 16 i stadgan, och informationsfriheten, vilken skyddas av artikel 11 i stadgan. När grundläggande rättigheter står i motsättning till varandra ska en korrekt balans säkerställas mellan dessa rättigheter.¹⁸ Under alla omständigheter innebär inget av detta att en lagstiftning om immateriella rättigheter inte kan utgöra en teknisk föreskrift i den mening som avses i direktiv 98/34.

30. Det är i det följande emellertid nödvändigt att pröva om kraven i artikel 1.2 och 1.5 i direktiv 98/34 också är uppfyllda.

¹⁶ Se punkterna 98 och 99.

¹⁷ EUT L 157, 2004, s. 45.

¹⁸ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, *McFadden* (C-484/14, EU:C:2016:689, punkterna 81–84), se även dom av den 16 juli 2015, *Huawei Technologies*, (C-170/13, EU:C:2015:477, punkterna 57–59).

B. Huruvida 87f § stycke 1 och 87g § stycke 4 UrhG uppfyller kraven i artikel 1.2 i direktiv 98/34

31. Det stämmer naturligtvis att det i artikel 1.2 i direktiv 98/34 anges att begreppet teknisk föreskrift är tillämpligt på föreskrifter för vad som beskrivs som informationssamhällets tjänster, det vill säga tjänster som utförs mot ersättning¹⁹ på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare. Det kravet är emellertid uppfyllt i målet vid den hänskjutande domstolen som avser tillhandahållande av presstjänster, vilka bland annat tillhandahålls via sökmotorer på internet.²⁰ Den hänskjutande domstolen har under alla omständigheter i sitt beslut om hänskjutande av tolkningsfrågor till domstolen av den 8 maj 2017 klargjort att detta villkor är uppfyllt.

C. Huruvida 87f § stycke 1 och 87g § stycke 4 UrhG specifikt avser informationssamhällets tjänster

32. Ett ytterligare krav i direktiv 98/34 är att den aktuella bestämmelsen ”särskilt” ska avse informationssamhällets tjänster.²¹ Såsom klargörs i artikel 1 led 5 i direktiv 98/34 ska en nationell bestämmelse särskilt avse sådana tjänster i den meningen om den har till särskilt syfte och föremål att, i sin helhet eller i vart fall i vissa bestämmelser, ”uttryckligen och riktat reglera sådana tjänster”.²²

33. Det råder dock ingen tvekan om att bestämmelserna i 87g § stycke 4 UrhG jämförd med 87f § stycke 1 UrhG är tillämpliga på informationssamhällets tjänster och att den aktuella bestämmelsen i själva verket specifikt avser sådana tjänster.

34. Den spanska regeringen har i sitt yttrande anfört att syftet med de aktuella nationella bestämmelserna är att skydda till upphovsrätten närstående rättigheter som tillkommer pressutgivare och inte att på något sätt reglera informationssamhällets tjänster. Jag anser att det förhållandet att de nationella bestämmelserna i fråga tillerkänner sådana utgivare immateriella rättigheter inte i sig innebär att sådana bestämmelser inte avser att på något sätt eller enbart accessoriskt reglera informationssamhällets tjänster. Kommissionen uppgav i sitt yttrande att den ansåg att immateriella rättigheter inte faller utanför tillämpningsområdet för direktiv 98/34. Av domen i målet Schwibbert²³ följer att bestämmelser i nationell upphovsrättslagstiftning kan utgöra en ”teknisk föreskrift” som ska anmälas enligt artikel 8.1 i direktiv 98/34.

35. Den grekiska regeringen anser att skyldigheten att anmäla en till upphovsrätt närstående rättighet, såsom den rätt som UrhG tillerkänner pressutgivare i enlighet med artikel 8.1 i direktiv 98/34, utgör en formalitet som strider mot artikel 5.2 i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Parisakten från 1971) (Bernkonventionen), artikel 9 i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (TRIPs-avtalet) och artikel 3 i Världsfördraget för den intellektuella äganderätten (WIPO) fördrag om upphovsrätt från 1996.

19 Av punkterna 26–30 i dom av den 11 september 2014, Papasavvas (C-291/13, EU:C:2014:2209) framgår klart att begreppet informationssamhällets tjänster i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 98/34 (EGT L 208, 1998, s. 39) omfattar tjänster som består i tillhandahållande av information online för vilka tjänsteleverantören får ersättning, inte av tjänstemottagaren, utan genom inkomster genom till exempel reklam som visas på en webbplats.

20 Den portugisiska regeringen anser att ordalydelsen i 87g § stycke 4 UrhG inte uppfyller kraven i artikel 1.2 i direktiv 98/34, nämligen att tjänsten vanligtvis ska utföras mot ersättning och på individuell begäran av en tjänstemottagare.

21 Medan kommissionen har godtagit att tillgängliggörandet av kommersiella sökmotorleverantörer av pressmaterial eller delar därav för allmänheten är en informationssamhällets tjänst, anser den att begreppet kommersiell sökmotorleverantör som redigerar innehåll inte enbart hänför sig till online-tjänster, utan även offline-tjänster.

22 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Uber France (C-320/16, EU:C:2017:511, punkterna 23 och 24). I det förslaget till avgörande anförde generaladvokaten att ”[b]ara för att en bestämmelse på något sätt berör informationssamhällets tjänster innebär detta inte automatiskt att den ska ingå i kategorin tekniska föreskrifter. Inom de olika kategorierna av tekniska föreskrifter åtskiljs nämligen, i direktiv 98/34 i dess ändrade lydelse, föreskrifter för tjänster, och det ska preciseras att det endast är informationssamhällets tjänster som berörs. Enligt definitionen i artikel 1 led 5 i direktivet innehåller en föreskrift för tjänster ett krav av allmän art rörande tillträde till och utövande av verksamhet med sådana tjänster. För att ett sådant krav ska kvalificeras som teknisk föreskrift måste det ha till särskilt syfte och föremål att uttryckligen och specifikt reglera sådana tjänster. Däremot utesluts de föreskrifter som endast indirekt eller accessoriskt gäller sådana tjänster”.

23 Dom av den 8 november 2007, Schwibbert (C-20/05, EU:C:2007:652).

36. För min del anser jag att dessa argument inte är övertygande. En medlemsstats underlåtenhet att anmäla ett utkast till tekniska föreskrifter i enlighet med artikel 8.1 i direktiv 98/34 kan leda till att denna inte är tillämplig. Skyldigheten att på förhand göra en anmälan åligger däremot en medlemsstat, snarare än en enskild rättighetsinnehavare och en analogi med förbudet mot att villkora utövandet av rättigheter av formaliteter tycks mig i hög grad vara konstlad. Vidare finns inget undantag *ex ante* för bestämmelser avseende upphovsrätt från anmälningsskyldigheten i direktiv 98/34 och detta kan jämföras med det sätt på vilket till exempel bestämmelser om tillhandahållande av telekommunikationstjänster och finansiella tjänster uttryckligen undantas från artikel 1 led 5 i direktiv 98/34.

37. Dessa relevanta bestämmelser i UrhG är visserligen tillämpliga både på online-tjänster som tillhandahålls av sökmotorleverantörer (såsom Google) och på fristående tjänster som tillhandahålls av andra leverantörer som tillgängliggör pressmaterial. I det senare fallet antar jag att det är möjligt att den som tillhandahåller pressmaterialtjänster (som till exempel kan sammanfatta en presskommentar avseende en viss fråga eller en enhet eller en person mot en avgift) kan fortsätta att göra det offline. Under förhandlingen den 24 oktober 2018 bekräftade ombudet för den tyska regeringen att tillhandahållandet av den sistnämnda typen av tjänster av andra leverantörer inte var vanlig och inte huvudsakligen stod i fokus för denna ändring av lagen.

38. Omfattningen och inverkan av lagstiftningen måste naturligtvis hanteras på ett realistiskt sätt med beaktande av nuvarande omständigheter. Det är enligt min mening uppenbart²⁴ att det huvudsakliga syftet och målet med²⁵ dessa ändringar i lagen var att ta hänsyn till inverkan av sökmotorer på internet, eftersom medieinnehåll i allt högre grad läses och tillgås online och att föreskriva en särskild upphovsrättslig bestämmelse med avseende på tillhandahållande av online-tjänster i förhållande till pressmaterial av leverantörer av sådana sökmotorer. Även om det fortfarande finns leverantörer av kommersiella tjänster som tillhandahåller sådana tjänster offline förefaller det vara långt ifrån det främsta bekymret för den tyska lagstiftaren. Det ankommer slutligen på den hänskjutande domstolen att bedöma denna fråga. Detta tycks i vart fall vara underförstått i dess tolkning av UrhG.

39. Det är därför i den meningen som de relevanta bestämmelserna i UrhG ”specifikt” avser tillhandahållande av informationssamhällets tjänster på så sätt som föreskrivs i artikel 1 led 5 i direktiv 98/34, eftersom denna ändring i den tyska upphovsrättslagstiftningen i själva verket har utformats för att reglera sådana tjänster ”uttryckligen och riktat”.²⁶

40. Jag anser att denna slutsats stöds av domstolens dom i målet Falbert m.fl.²⁷ I det målet var de tilltalade utgivare av en dansk dagstidning som hade ombesörjt att annonser skulle publiceras i den dagstidningen och på den tidningens webbplats för spelbolag som erbjuder spel och vadslagning i Danmark utan att ha tillstånd därför. Det visade sig dock att den danska lagstiftningen inte gjorde någon uttrycklig åtskillnad mellan tjänster som tillhandahållits offline och tjänster som tillhandahållits online. Detta övervägande betraktades emellertid inte av domstolen som avgörande för frågan

24 Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning.

25 Se analogt dom av den 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981, punkt 40) och dom av den 10 april 2018, Uber France (C-320/16, EU:C:2018:221, punkt 22), där domstolen slog fast att den ”huvudsakliga beståndsdelen” av en tjänst som kombinerade en av ”informationssamhällets tjänster” och en transporttjänst var den sistnämnda tjänsten. Jag anser att samma tillvägagångssätt kan antas med avseende på den aktuella lagstiftningen. Eftersom en lagstiftning kan eftersträva ett antal mål och måste skräddarsys för att uppfylla ett antal specifika krav och intressen anser jag att det i samband med kravet på förhandsanmälan i artikel 8.1 i direktiv 98/34 är nödvändigt att fastställa det *främsta syftet och föremålet eller den viktigaste beståndsdelen* i den aktuella nationella lagstiftningen eller bestämmelsen, i annat fall skulle det förhållandet att tjänster som inte är av stor betydelse, till exempel vad avser volym eller värde, inbegrips i lagstiftningen, kunna leda till den felaktiga slutsatsen att de tjänster som faktiskt regleras inte är ”informationssamhällets tjänster”. Det förhållandet att relativt obetydliga tjänster inbegrips i lagstiftningen som inte säljs online tillsammans med informationssamhällets tjänster skulle kunna leda till att själva syftet med direktiv 98/34 undergrävs.

26 Jag håller därför inte med den tyska regeringen om att de aktuella bestämmelserna i UrhG inte har någon direkt inverkan på tillhandahållande av tjänster eller gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster. Den regeringen anser att dessa bestämmelser enbart är allmänna villkor avseende tillhandahållandet av tjänster som inte omfattas av artikel 1 led 5 i direktiv 98/34. Enligt den regeringen påverkar de aktuella bestämmelserna enbart sökmotorers och dataaggregatorers tillgång till uppgifter för att indexera deras sökning.

27 Dom av den 20 december 2017, Falbert m.fl. (C-255/16, EU:C:2017:983).

huruvida lagstiftningen särskilt avsåg informationssamhällets tjänster. Enligt artikel 1 led 5 i direktiv 98/34 krävs det inte att den aktuella regeln *i sin helhet* har till särskilt syfte och föremål att reglera informationssamhällets tjänster, eftersom det var ”tillräckligt att denna regel i vissa delar har detta syfte eller föremål”.²⁸ Detsamma kan till och med sägas i förevarande mål.

41. Jag godtar naturligtvis, såsom ombuden för flera parter framhållit under förhandlingen, att den aktuella lagstiftningen antogs för att stärka de immateriella rättigheterna för pressutgivare och, genom utvidgning, främja både mediemångfald och mediefrihet. Den allmänna utbredningen av internet och den utbredda tillgången till datorer och pekskärmsmobiler har inneburit att sedvänjor och bruk sedan en halv generation tillbaka med avseende på mediekonsumtion, inte minst när det gäller köp av dagstidningar, har förändrats dramatiskt.

42. Lagstiftarna i var och en av medlemsstaterna hade följaktligen *i princip* rätt att bemöta dessa förändrade konsumtionsvanor. En fri och dynamisk press är en del av demokratins livsnerv vilken, såsom erkänns i artikel 2 FEU, är själva grunden för unionen och dess medlemsstater. Det är helt realistiskt att förvänta sig en journalistik som håller hög kvalitet och är mångfaldig och uppfyller de högsta standarderna avseende etik inom media och respekt för sanningen, såvida inte dagstidningar och andra medier har en hållbar inkomstkälla. Det vore dumt och naivt att inte erkänna att den traditionella kommersiella modellen för dagstidningar i unionen, försäljning och annonsering, har urholkats de senaste tjugo åren genom konsumenternas läsning av dagstidningar online. Detta har i sin tur underlättats av uppkomsten av kraftfulla sökmotorer, såsom den som drivs av svaranden.

43. Inget av detta innebär emellertid att en medlemsstat har rätt att kringgå kravet på anmälan i direktiv 98/34. Det förhållandet att anmälan av ett sådant lagförslag föreskrivs i direktivet innebär i sig inte att lagförslaget nödvändigtvis är felaktigt eller betänkligt ur den inre marknadens synvinkel. Syftet med artikel 8.1 i direktiv 98/34 är snarare att uppnå att kommissionen (och i förlängningen de övriga medlemsstaterna) får kännedom om förslaget och i ett tidigt skede överväger vilka konsekvenser det kan få för den inre marknadens funktion. Det är huvudsakligen därför EU-domstolen från och med domen CIA Security International SA/Signalson SA och Securitel SPRL²⁹ vid flera tillfällen har anfört att underlåtenhet att följa anmälningskravet leder till att tillämpliga bestämmelser i nationell rätt som antagits i strid med den skyldigheten måste betraktas som icke tillämpliga av den nationella domstolen i lämpliga förfaranden.

44. Sammanfattningsvis anser jag därför av ovan anförda skäl att bestämmelserna i 87f § stycke 1 UrhG och 87g § stycke 4 UrhG utgör en teknisk föreskrift som specifikt avser en viss informationssamhällets tjänst, nämligen i förevarande fall tillhandahållande av pressmaterial med användning av sökmotorer på internet och som därför uppfyller kraven för definitionen av dessa begrepp i artikel 1 leden 2, 5 och 11 i direktiv 98/34.

45. Eftersom dessa bestämmelser inte anmäldes till kommissionen i enlighet med kravet i artikel 8.1 i direktiv 98/34 följer härav att Landgericht Berlin (Regionala domstolen i Berlin) i enlighet med EU-domstolens praxis måste vägra att tillämpa bestämmelserna i 87f § stycke 1 UrhG och 87g § stycke 4 UrhG i målet vid den nationella domstolen.

²⁸ Dom av den 20 december 2017, Falbert m.fl. (C-255/16, EU:C:2017:983, punkt 32).

²⁹ Dom av den 30 april 1996, CIA Security International SA/Signalson SA och Securitel SPRL (C-194/94, EU:C:1996:172).

IV. Förslag till avgörande

46. Jag anser följaktligen att de tolkningsfrågor som ställts av Landgericht Berlin (Regionala domstolen i Berlin, Tyskland) ska besvaras på följande sätt:

Artikel 1 leden 2 och 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/96/EG av den 20 november 2006 om anpassning av vissa direktiv när det gäller fri rörlighet för varor med anledning av Bulgariens och Rumäniens anslutning ska tolkas så, att sådana nationella bestämmelser som de som är aktuella i det nationella målet, som enbart förbjuder kommersiella sökmotorleverantörer och kommersiella tjänsteleverantörer som redigerar innehåll, men inte andra användare, inbegripet kommersiella användare, att tillgängliggöra pressmaterial eller delar därav (med undantag för enstaka ord eller mycket korta textavsnitt) för allmänheten utgör en föreskrift som specifikt avser informationssamhällets tjänster. Artikel 1 led 11 i direktiv 98/34 ska tolkas så, att sådana nationella bestämmelser som de som är aktuella i det nationella målet utgör en teknisk föreskrift i den mening som avses i den bestämmelsen, vilken omfattas av anmälningsskyldigheten enligt artikel 8.1 i det direktivet.