



Offprint of article from

LIBER AMICORUM
JAN ROSÉN

Nya utmaningar för medierätten*

Daniel Westman**

Inledning

Massmedier har spelat en central roll i det demokratiska samhället. Sedan sin tillkomst har tidningar, radio och tv och andra massmedier fungerat som viktiga verktyg för yttrandefrihet och för människors rätt att söka och ta emot information. Medierna har utgjort en plats för ansvarsutkrävande och en arena för politisk debatt och åsiktsbildning. Dessutom har medierna använts till utbildning och till spridning av underhållning och kulturella uttryck.¹

Givet massmediernas centrala roll för demokratin är det knappast förvånande att dessa har blivit föremål för särskild rättslig reglering i de flesta länder. Inte sällan är sådana regler kopplade till användningen av vissa tekniska medier (tryckta skrifter, sändningar av radio och tv etc.). Mer generella regler, t.ex. rörande yttrandefrihet, upphovsrätt och skydd för privatlivet, kan när de tillämpas på massmediers verksamhet aktualisera särskilda överväganden, bl.a. på grund av den speciella ställning och funktion som massmedierna har.

För närvarande genomgår medielandskapet djupgående förändringar, främst som en följd av informations- och kommunikationsteknikens utveckling. Traditionella medieaktörer, med en verksamhet som knyter an till en viss form av distribution, får se sin ställ-

* Denna artikel är en hyllning till professor Jan Rosén, som under många år och genom ett rikt författarskap har analyserat medierättens utveckling (se bibliografin i denna festskrift).

** Doktorand i rättsinformatik vid Stockholms universitet.

¹ *Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media*, punkt 1.

ning utmanad, samtidigt som nya aktörer – framför allt olika typer av plattformar för kommunikation (t.ex. Facebook, YouTube och Apple) – får en starkare kontroll över vad som konsumeras av användarna. Moderna medier är inte i lika hög grad statiska och enkelriktade, utan användarna har bättre möjligheter att skraddarsy sin mediekonsumtion och att själva förmedla sig med en bred allmänhet. Denna utveckling bidrar på många sätt till att realisera mediernas positiva potential i ett demokratiskt samhälle. Samtidigt utmanas själva förståelsen av begreppet massmedium och många av grundantagandena för den befintliga medieregleringen.

Den tekniska utvecklingen har i sin tur påverkat de ekonomiska förutsättningarna i mediebranschen. Många medieföretag har haft svårt att ta betalt av mottagarna av digitala medieprodukter. Samtidigt har de nya plattformarna lagt en betydande del av den digitala annonsmarknaden under sig. Detta har bl.a. resulterat i diskussioner om den ändamålsenliga utformningen av de offentliga finansieringsystemen för skapande av kvalitativt medieinnehåll (public service, presstöd etc.). Nya rättsliga lösningar för att ålägga mellanhänder av olika slag att överföra pengar till aktörer som skapar medieinnehåll har föreslagits.² I jakten på nya intäkter har många kommersiella medieföretag introducerat nya affärsmodeller ("native advertising", "branded content" etc.) som innebär att gränserna mellan redaktionellt innehåll och andra typer av medieutrymme medvetet görs mindre tydliga än de tidigare varit.

I artikeln diskuteras hur regleringen av massmedierna påverkas av det nya medielandskapet. Efter inledande beskrivningar av de tekniska och marknadsmässiga förändringarna anläggs två olika rättsliga perspektiv. Först analyseras utmaningarna förknippade med befintliga mediespecifika regleringar. Bland annat beskrivs varför dessa utmatningar normalt inte kan mötas genom enkla lagstiftningstekniska förändringar av de mediespecifika regleringarnas till-

² Det har både handlat om skattebaserade transfereringssystem (jfr t.ex. Lars Engkvist på DN-debatt 2015-10-09, "Vidga public service-stödet till kvalitativa nyhetsmedier") och om civilrättsliga lösningar. Som exempel på det senare nämns ofta det nya tyska systemet med en s.k. närstående rättighet för tidningsföretag ("Leistungsschutzrecht") som bl.a. är tänkt att skydda mot sökmotorers kortare textutdrag från och länkning till tidningars webbplatser (se den 87 f-h §§ i den tyska upphovsrättslagen).

lämpningsområde. Därefter diskuteras behovet av rättsliga reformer ur ett mer principiellt perspektiv. Med utgångspunkt i det nya medielandskapet och de mediepolitiska målen uppmärksammas några av de nya rättsliga frågeställningar som medieregleringen måste hantera under de kommande åren.

Artikelns breda grepp gör att det i huvudsak blir fråga om en probleminventering och ett försök att identifiera möjliga regleringsstrategier. Förhoppningen är att artikeln ska kunna fungera som utgångspunkt för fördjupade analyser och diskussioner om medierättens utveckling.

Regleringen av massmedier – en kort översikt

En naturlig utgångspunkt i rättsstater har varit att skapa ett starkt rättsligt skydd för *ytrandefriheten*. Den grundläggande ansatsen för medieregleringen har sålunda på många håll varit att realisera mediernas positiva potential genom att begränsa den statliga inblandningen. I vissa länder har allmänna regler om ytrandefrihet för var och en kompletterats med speciella ytrandefrihetsregler för särskilt betydelsefulla medier. Sådana specialregler kan dels ge ett starkare skydd för ytrandefriheten i förhållande till motstående intressen, dels skapa särskilda privilegier, t.ex. i form av regler om källskydd.

Friheten från statliga begränsningar har emellertid inte alltid ansetts tillräcklig för att tillgodose medborgarnas intressen i relation till massmedierna. I många länder, t.ex. Sverige, förekommer det därför också *regler som syftar till att garantera ett allsidigt och kvalitativt medieutbud* och regler som skyddar medborgarna mot olika typer av medieinnehåll, t.ex. innehåll som kränker privatlivet på ett oförsvarligt sätt. Rent praktiskt har detta åstadkommit genom särskilda regelverk för sådana medieformer som anses ha stor genomslagskraft på samhället och på enskildas rättigheter, t.ex. tv och radio. Historiskt sett har denna regleringsstrategi rättfärdigats med att det finns ett begränsat frekvensutrymme i etern och att den som får rätten att sända därför kan åläggas särskilda skyldigheter. I takt med den tekniska utvecklingen har tillämpningsområdet för sådana specialregler emellertid vidgats till att omfatta även annat än eter-sändningar. De särskilda regelverken för radio och tv innehåller bl.a. bestämmelser om reklam, sponsring, förbud mot vissa typer av våld-

samt eller hetsande innehåll, krav på saklighet och opartiskhet samt regler om genmäle och rättelse.

Regleringar för särskilda medieformer innehåller också *krav på olika aktörer att distribuera ett visst medieinnehåll*, t.ex. i form av en plikt för postbefordringsföretag att distribuera vissa former av tryckta skrifter eller en s.k. must carry-skyldighet för nätägare att distribuera vissa tv-kanaler.

Ibland öppnar medieregleringen dessutom för statliga ingripande för att hantera vad som uppfattas som *marknadsmisslyckanden*. Det kan handla om försök att säkerställa mångfald och tillgång till innehåll av hög kvalitet genom regler om public service-medier och om olika typer av stöd till distribution eller till skapande av medieinnehåll, t.ex. presstöd och filmstöd. Samtidig kan konkurrensrättsliga regler i vissa fall användas för att motverka skadlig mediekoncentration och andra typer av marknadsstörningar.³

Vid sidan av specialreglerna för vissa medieformer och medieverksamheter kan *generella regler* för kommunikation, t.ex. straffrättsliga och marknadsrättsliga regler, bli tillämpliga också i mediernas verksamhet. Av hänsyn till mediernas specifika behov och deras roll i samhället kan sådana regler ibland behöva ges en särskild tillämpning. Exempelvis gör det starka skyddet för yttrandefriheten att det ibland krävs en restriktiv tillämpning.⁴

Regler om *upphovsrätt* är av stor betydelse för massmediernas verksamhet. Genom upphovsrätten erbjuds ett skydd för medieprodukter, något som är betydelsefullt för flera av mediebranschens affärsmodeller. Samtidigt innebär upphovsrätten en begränsning av

³ Mediekoncentrationskommittén (SOU 1999:30) gjorde bedömning att ett rättsligt ingripande mot skadlig mediekoncentration skulle kräva grundlagsändring och lade fram ett förslag om en sådan ändring, som dock aldrig genomfördes. EU-rättsliga regler om statsstöd påverkar de rättsliga förutsättningarna för såväl public service-bolagen (se t.ex. Myndigheten för radio och tv, *Utveckling och påverkan i allmänhetens tjänst*, dnr. 13/03001 och 14/01248, s. 134 ff.) som presstödssystemet (se t.ex. SOU 2013:66 s. 89 ff.).

⁴ Jfr t.ex. NJA 2012 s. 400 (Innehav av mangateckningar med ett barnpornografiskt innehåll men icke verklighetstrogna bilder har, med hänvisning till yttrandefriheten och informationsfriheten i regeringsformen, ansetts inte vara straffbart). Se även Högsta domstolens beslut 2015-08-18, mål nr 3074-17 (Husrannsakan har med hänsyn till källskyddet i tryckfrihetsförordningen, TF, inte ansetts kunna ske på en tidningsredaktion i syfte att genom beslag av en elektronisk informationsbärare få tillgång till digitala fotografier).

vilket innehåll som kan ingå i en medieprodukt utan särskilt tillstånd från rättighetshavaren. Den befintliga upphovsrättsliga regleringen är i grunden generellt utformad, men innehåller även vissa bestämmelser som knyter an till specifika medier (radio- och tv etc.) eller vissa typer av tekniska förfoganden (satellit- och kabelsändningar etc.).⁵ I internationella upphovsrättsliga regler ges stater rätt att införa särskilda begränsningar i ensamrätten till förmån för vissa medieaktörer (t.ex. ”pressen”).⁶

Den tekniska utvecklingen på medieområdet

Informations- och kommunikationsteknikens snabba utveckling påverkar samhället på många olika sätt, bl.a. förändras förutsättningarna för masskommunikation. Internet har gjort det betydligt enklare och billigare att nå ut till en bred allmänhet. Därmed har de traditionella medieföretagens exklusiva ställning när det gäller masskommunikation utmanats. Andra företag, organisationer och enskilda har möjlighet att nå samma publik, ofta med hjälp av olika typer av plattformar, t.ex. s.k. sociala medier. Idag kan exempelvis vem som helst – med varierande syfte och ambitioner – sprida rörlig bild till allmänheten via internet. Samtidigt använder traditionella medieföretag också de nya plattformarna. Idag finns t.o.m. journalistiska produkter som helt distribueras via sociala medier. Det historiskt starka sambandet mellan användningen av en viss distributionsteknik och en specifik samhällsnyttig verksamhet (journalistik, arena för debatt, spridande av kultur etc.) saknas sålunda i denna miljö.

Ofta talas om en *konvergens* mellan flera tidigare åtskilda medieformer. På internet kan ett traditionellt tv-företag inte bara sprida sina program på ett nytt sätt, utan även komplettera sina tjänster med t.ex. texter och stillbilder. En kvällstidning kan samtidigt sända tv på

⁵ Se t.ex. 26 e § (radio- och tv-företag) och 61 a § (satellitsändningar) lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen). Jfr även 23 § första stycket punkten 3 upphovsrättslagen, som gäller vissa utnyttjanden ”i tidning eller tidskrift”.

⁶ Se t.ex. artikel 5.3 c) i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (infosoc-direktivet).

sin webbplats. Medietjänster och mediemarknader som tidigare varit åtskilda flyter därmed samman. Konvergensen gäller emellertid inte bara traditionellt medieinnehåll. Samma grundläggande internetteknik som används för spridning av sådant innehåll används också för t.ex. privat kommunikation, elektronisk handel och spridning av affärsinformation av olika slag. Konvergensen öppnar därmed bl.a. för tjänster med ett blandat innehåll, som tidigare har varit ovanliga.

Äldre massmedier har i princip byggt på envägskommunikation och att det har funnits möjligheter till strikt redaktionell kontroll. Användaren har haft relativt begränsade möjligheter att påverka det medieinnehåll som konsumeras. Internetbaserade medier gör det inte bara möjligt att få ett mer *specialanpassat mediebud*, bl.a. genom interaktiva medietjänster, utan användarna kan även enklare, ibland anonymt, *bidra med eget innehåll*. I många sammanhang blir det mindre tydligt om ett sådant bidrag ska anses utgöra en del i medieprodukten (jfr insändare) eller anses utgöra en separat tjänst (jfr debattforum etc.).⁷

I en internetmiljö spelar olika typer av *mellanhänder* en central roll. På en grundläggande kommunikationsnivå finns internetleverantörer av olika slag. Historiskt sett har dessa behandlat data-trafiken neutralt. På senare år har det emellertid blivit vanligare att internetleverantörer, med varierande bevekelsegrunder, blockerar eller filtrerar visst innehåll eller trafik till vissa adresser. Sådana ingrepp i datatrafiken kan få stor betydelse för möjligheterna att sprida och ta emot information.

Högre upp i kommunikationshierarkin finns olika typer av *plattformar* (t.ex. YouTube och Facebook), på vilka medieinnehåll kan lagras och göras tillgängligt för plattformens användare. Vissa plattformsägare har, bl.a. till följd av nätverkseffekter, många användare och en stark ställning på marknaden. Genom utformningen av tjänsten och dess användarvillkor kan de utöva kontroll över användarnas medieinnehåll. Även om det normalt inte handlar om någon traditionell publicistisk förhandskontroll har plattformsföretaget den yttersta makten över vilket material som får finnas (kvar) på

⁷ Jfr t.ex. omständigheterna som var föremål för prövning i NJA 2014 s. 128 (HD fann att information som tillförs av en utomstående användare i anslutning till en grundlagsskyddad databas kunde utgöra en egen databas i yttrandefrihetsgrundlagens mening).

plattformen och över vilket innehåll, inklusive reklam, som rent faktiskt exponeras för en viss användare. Exponeringen bestäms ofta av algoritmer som baserar sina beräkningar på stora mängder data om användarnas beteenden. Plattformarnas allt starkare ställning som primär informationskälla ger dem en betydande makt även över konsumtionen av medieinnehåll som inte har lagrats på själva plattformarna. Exempelvis kan Facebook kontrollera hur innehåll som länkar till medieföretags externa webbplatser exponeras.

På motsvarande sätt påverkar andra mellanhänder mediekonsumtionen och förutsättningarna på mediemarknaden. Nätets överflöd av information gör att *sökmotorleverantörer* (t.ex. Google) har stor makt över vilket medieinnehåll som faktiskt konsumeras, t.ex. på medieföretagens egna internetjänster. Även sökmotorleverantörer kan få ingående kännedom om användarbeteende, vilket bl.a. kan användas för att skapa ett individanpassat sökresultat, inklusive kundprofilerad annonsering.

Tidigare former av publiceringar, t.ex. tidningsutgivning och sändningar, kan beskrivas som i huvudsak momentana. Efter publicering har t.ex. tidningar och radioprogram bevarats och hållits tillgängliga i separata, ofta relativt svårtillgängliga, arkiv. När medieinnehåll görs tillgängligt på nätet handlar det däremot ofta om ett tillgängliggörande som pågår under en längre tid. *Gränsen mellan publicering och arkivering* har därmed blivit mindre tydlig.⁸ I kombination med *de kraftfulla sökmöjligheterna* påverkar detta hur och när användarna kan hitta fram till medieinnehåll. Denna utveckling kan bl.a. påverka balansen mellan intresset av enkel tillgång till information och skyddet för enskilda individers privatliv. Exempel-

⁸ Rent rättsligt kan detta ge upphov till olika typer av ansvarsfrågor. I NJA 2013 s. 945 har Högsta domstolen funnit att en utgivare för en databas som omfattas av det särskilda grundlagsskyddet i YGL ansvarar för yttrandefrihetsbrott i databasen även i fråga om information som har lagts in i databasen innan utgivaren utsågs. Detta har givit upphov till en diskussion om "publicistisk arvssynd" (dvs. att en annan person än den som fattat beslut om den ursprungliga publiceringen kan hållas ansvarig för eventuella yttrandefrihetsbrott). Konsekvensen blir även att frågan om ansvar för yttrandefrihetsbrott kan komma att prövas vid en tidpunkt långt efter det att beslutet om publiceringen fattades. Därmed aktualiseras bl.a. frågan om hur preskriptionstiden för sådant medieinnehåll som efter publicering lagras i mer eller mindre tillgängliga databaser ska beräknas. Jfr uppdraget till Mediegrundlagskommittén i denna del (dir. 2014:97 s. 12 f.).

vis kan en internetsökning på ett personnamn ge tillgång till en stor mängd, mer eller mindre korrekta och uppdaterade, uppgifter om en person från ett mycket stort antal mediekällor.⁹

En särskild utmaning är att medietjänster och plattformar allt oftare tillhandahålls över landsgränser. En effektiv och rättvis mediereglering kräver i praktiken *internationellt samarbetet*, något som dock kan vara utmanande på ett område som idag präglas av en mängd nationella särlösningar och skilda synsätt när det gäller de grundläggande intresseavvägningar som medierätten aktualiserar. Möjligheterna att nå rättsliga lösningar på en internationell nivå kompliceras ytterligare av att den tekniska utvecklingstakten är hög.

Mediemarknad i förändring

Även om konkurrensen om användarnas tid har ökat, t.ex. från spel, tycks själva efterfrågan på medieinnehåll inte minska – tvärtom. Däremot har *betalningsviljan för traditionellt medieinnehåll* ofta varit lägre i en digital miljö. Det finns flera möjliga förklaringar till denna utveckling, t.ex. att digitala produkters upplevda värde är lägre, att konkurrensen ökar bl.a. till följd av lägre inträdesbarriärer och nya marknadsaktörer samt att piratkopieringen ökar. Samtidigt har mediebranschens andra huvudsakliga inkomstkälla – *annonsmarknaden* – förändrats radikalt, främst som en följd av nya aktörers intåg. Genom en stor publik, avancerad kundprofilering och möjlighet att bara ta betalt när en användare faktiskt visar intresse för annonsörens erbjudande har de nya internetbolagen utmanat medie-företagens annonsaffärer.

En ytterligare utmaning för annonsfinansierade affärsmodeller i mediebranschen är att möjligheterna att tekniskt blockera reklam förbättras. Ökat reklamundvikande – med eller utan teknisk hjälp – kan bidra till affärsmodeller som innebär en tydligare samman-

⁹ EU-domstolen har i ett mycket uppmärksammat avgörande funnit att en sökmo-torleverantör är registeransvarig (personuppgiftsansvarig) i personuppgiftslagstift-ningens mening och att leverantören har vissa skyldigheter att tillmötesgå en begä-ran om radering av personuppgifter (C-131/12, *Google Spain och Google*). Domsto-lens bedömning påverkades inte av att de aktuella uppgifterna fanns publicerade på en webbplats som omfattades av personuppgiftslagstiftningens yttrandefrihetsun-dantag (behandling av personuppgifter för uteslutande journalistiska ändamål).

blandning av redaktionella och köpta budskap. Under senare tid har många medieföretag ersatt eller åtminstone kompletterat sina affärsmodeller med erbjudanden som benämns ”branded content”, ”native advertising” etc. Dessa modeller utmanar synsättet att det bara finns två typer av medieinnehåll: redaktionellt innehåll, finansierat av medieföretag och styrt av publicistiska principer, samt rena annonser, betalda av annonsören.

En del av medieproduktionen finansieras idag – helt eller delvis – genom olika typer av offentliga finansieringssystem. Sådan finansiering blir allt viktigare när de kommersiella intäkterna förknippade med t.ex. journalistisk verksamhet sviktar. Samtidigt påverkar den tekniska utvecklingen och förändringarna på den kommersiella mediemarknaden de befintliga finansieringssystemens funktion och rationalitet. När det gäller public service har t.ex. både radio- och tv-avgiftssystemets konstruktion (kopplingen till innehav av tv-mottagare) och public service-uppdragets utformning (särskilt bolagens verksamhet på internet) varit föremål för diskussion och rättslig prövning under senare tid.¹⁰ Även presstödet och filmstödet utformning har debatterats mot bakgrund av det förändrade medielandskapet. När det gäller presstödet har det t.ex. ifrågasatts om det är rimligt att även i fortsättningen inrikta stödet mot distribution av tryckta tidningar.¹¹

¹⁰ Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2014 ref. 33 funnit att innehav av en dator med internetanslutning inte föranleder skyldighet att betala radio- och tv-avgift. Mot bakgrund av att allt fler tar del av radio och tv via dator eller mobil via internet har diskussionen om alternativa, t.ex. skattebaserade, finansieringssystem tagit fart (jfr även Public service-kommitténs förslag från 2012, SOU 2012:59 s. 196 ff.). Myndigheten för radio och tv har på regeringens uppdrag nyligen utrett hur public service-bolagen påverkar mediemarknaden och gjort en översyn av systemet med s.k. förhandsprövning av nya public service-tjänster. Myndigheten fann att public service-bolagens verksamhet visserligen kan ha negativa effekter på den kommersiella mediemarknaden, men konstaterar att dessa effekter är förväntade i ett public service-system och att deras verksamhet inte uppenbart hindrar konkurrerande aktörer (se Myndigheten för radio och tv, *Utveckling och påverkan i allmänhetens tjänst*, dnr. 13/03001 och 14/01248). Fokus riktas därmed i första hand mot den politiska frågan om hur public services framtida uppdrag ska utformas.

¹¹ Presstödskommittén föreslog år 2013 endast mindre ändringar i den gällande presstödsordningen. Kommitténs ordförande Hans-Gunnar Axberger reserverade sig

Utmaningar förknippade med mediespecifika regleringar

Det är relativt vanligt med regleringar vars tillämpningsområde eller regleringsobjekt knyter an till användningen av ett specifikt medium eller till en viss typ av överföring i ett sådant medium ("sändning av radioprogram", "tv-sändningar", "beställ-tv" etc.). Tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) är sådana regleringar, liksom radio- och tv-lagen (2010:696). I en konvergerande kommunikationsmiljö leder mediespecifika regleringar ofta till rättsosäkerhet och till ett mindre rationellt resultat. Det kan både handla om att en reglering blir tillämplig på nya företeelser som rimligen inte borde omfattas och att nya företeelser faller utanför tillämpningsområdet, trots att regleringens ändamål och systematik talar för att företeelserna borde omfattas.

Det kan finnas flera skäl till att en rättslig reglering har kopplats till ett visst medium eller en viss typ av överföring av information till allmänheten. Ibland har det direkta syftet varit att endast vissa (särskilt betydelsefulla) medier ska omfattas av den aktuella lagstiftningen. I andra fall har kopplingen till vissa medier använts som en metod för att skapa en förutsebar lagstiftning, som t.ex. inte öppnar för bedömningar i det enskilda fallet av om vissa verksamheter eller yttranden är skyddsvärda. I ytterligare andra fall tycks det handla om rent historiska förklaringar, dvs. att lagstiftaren, med den förståelse av de faktiska förhållanden som rådde vid lagstiftningstillfället, reglerade de företeelser som uppfattades som relevanta.

Vid en diskussion om mediespecifika regleringar och vad dessa egentligen bör inriktas på bör det noteras att det finns en vaghet i själva begreppet "massmedier". I praktiken används begreppet såväl för att beteckna vissa *tekniska medier* (tryckta skrifter, radio och tv etc.), vilka används för att överföra ett innehåll till en bred publik, som för att beteckna vissa typer av *verksamheter/funktioner* (journa-

mot förslaget. Han menade att dagens presstödssystem bara är tillgängligt för prenumererade dagstidningar som inte kan överleva av egen kraft. Han framhöll därför att det inte borde förlängas efter år 2017, utan istället fasas ut och ersätts av ett stöd "som är öppet för alla medier som bedriver professionell journalistik" (se SOU 2013:66 s. 13 ff.). Ett nytt uppdrag att se över presstödet har nu lagts på Medieutredningen (se dir. 2015:26 s. 4 ff.).

listik, arena för debatt, spridning av kultur etc.) eller vissa typer av *organisationer* som yrkesmässigt ägnar sig åt dessa verksamheter ("massmedieföretag" etc.).¹² Tidigare har det funnits en betydande överlappning mellan användningen av ett visst tekniskt medium och verksamheter av dessa slag. Det har därför framstått som rationellt att knyta en reglerings tillämpningsområde till ett visst tekniskt medium, trots att det rättspolitiskt relevanta att särbehandla egentligen har varit vissa typer av innehåll, vissa verksamheter eller vissa organisationer. I en internetmiljö är denna överlappning mindre tydlig. Det är därför – inte minst i rättsliga och politiska sammanhang – viktigt att tydliggöra i vilken betydelse massmediebegreppet används, annars är risken att analysen grumlas.¹³

Dagens mediespecifika regleringar utgör i praktiken komplicerade lappverk av olika regleringsobjekt. I takt med den tekniska utvecklingen har nya regleringsobjekt successivt lagts till de befintliga i syfte att göra regleringen tillämplig på nya företeelser. Exempelvis har den s.k. databasregeln i 1 kap. 9 § YGL vid flera tillfällen kompletterats för att ett grundlagsskydd ska erbjudas vissa nya sätt att kommunicera. På motsvarande sätt har radio- och tv-lagstiftningen under senare år även gjorts tillämplig på "beställ-tv". Även om lagtexten i dessa fall har formulerats i abstrakta termer är kraven som uppställs relativt detaljerade. Inte sällan ingår rekvisit som har till syfte att undanta vissa specifika företeelser, som enligt lagstiftaren inte rimligen kan omfattas av regleringens materiella bestämmelser.¹⁴ Sammantaget gör denna lagstiftningsstrategi att regleringen blir kasuistisk och komplex. Om nya kommunikationssätt omfattas

¹² Denna dubbla betydelse framgår även av Nationalencyklopedins definition av massmedier. <http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedilång/massmedier> (hämtad 2015-09-18).

¹³ Även andra klassiska mediebegrepp har blivit mångtydiga på ett liknande sätt. Begreppet "tidning", behöver t.ex. inte bara syfta på utgivning av tryckt skrift (jfr begreppet "webbtidning" etc.). Men vad skiljer egentligen en webbtidning från webbsidor i allmänhet?

¹⁴ Ett exempel på detta är definitionen av begreppet beställ-tv (3 kap. 1 § punkten 3 radio- och tv-lagen). Jfr även 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 (direktivet om audiovisuella medietjänster). Se vidare generaladvokatens yttrande i mål C-347/14, *New Media Online*, punkt 33 ff.

eller inte blir ofta oklart. Funktionellt likvärdiga situationer riskerar att behandlas på skilda sätt. I praktiken uppstår därför behov av en frekvent rättslig översyn.¹⁵

En möjlig reformstrategi är att göra de materiella regleringar som idag knyter an till speciella tekniska medier tillämpliga på *all internetkommunikation* som riktar sig till allmänheten eller all sådan kommunikation som sker i en viss representationsform, t.ex. all rörlig bild som görs tillgänglig för allmänheten. Med denna strategi skapas en reglering med ett mycket brett tillämpningsområde,¹⁶ som inte i grunden skiljer sig från en helt generell reglering av kommunikation. På ett principiellt plan framstår det som rimligt att möta den snabba tekniska utvecklingen med mer generella regler om kommunikation, men att ge just de materiella regler som ingår i dagens mediespecifika regleringar ett så brett tillämpningsområde är sällan möjligt. Exempelvis skulle en sådan strategi när det gäller TF och YGL innebära att grundlagarnas straff- och processordning skulle bli exklusivt tillämplig på en majoritet av alla yttranden på nätet. Samtidigt skulle grundlagarnas rätt att fritt meddela även sekretessbelagda uppgifter gälla meddelanden som lämnas till i princip alla medborgare. Ett väsentligt breddat tillämpningsområde skulle även göra förhållandet till skyddet för personuppgifter mer problematiskt.¹⁷ På motsvarande sätt är det uppenbart att det inte

¹⁵ De senaste tjugo årens återkommande översyn av TF och YGL mot bakgrund av den tekniska utvecklingen är ett tydligt exempel på detta. Att just grundlagarna måste bli föremål för en sådan frekvent översyn kan framstå som extra problematiskt (jfr t.ex. SOU 2012:55 s. 265).

¹⁶ Även om ett krav på yrkesmässighet etc. läggs till blir träffbilderna tämligen breda.

¹⁷ Medlemsstaterna ska enligt artikel 9 i det s.k. dataskyddsdirektivet (1995/46/EG) göra undantag från flertalet av direktivets materiella regler när det gäller behandling av personuppgifter som sker ”uteslutande för journalistiska ändamål eller konstnärligt eller litterärt skapande”. Enligt nationell svensk rätt undantas emellertid även annan personuppgiftsbehandling som omfattas av TF och YGL. Detta följer dels av att grundlagarna har företräde framför personuppgiftslagen (1998:204), dels av (den förtydligande) bestämmelsen i 7 § första stycket personuppgiftslagen. Ju vidare tillämpningsområde TF och YGL ges, desto större risk för att dessa grundlagar även kommer att omfatta sådan personuppgiftsbehandling som inte kan anses ske uteslutande för journalistiska ändamål eller konstnärligt eller litterärt skapande. I sammanhanget bör det dock noteras att EU-domstolen synes ha givit rekvisitet ”uteslutande för journalistiska ändamål” en vid tolkning (se C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia*). Jfr även NJA 2001 s. 409.

heller är rimligt att tillämpa alla de materiella kraven i dagens radio- och tv-lagstiftning på all kommunikation av ljud och rörlig bild på nätet.¹⁸ En sådan lösning skulle t.ex. inte uppfylla de grundläggande kraven att begränsningar i yttrandefriheten bara får ske när det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. En breddning av de mediespecifika regleringarnas tillämpningsområde kräver sålunda även en omprövning av den materiella regleringen.

Ett alternativ till att kraftigt vidga tillämpningsområdet för dagens mediespecifika reglering är att försöka identifiera nya, mer *specifika kriterier*, som inte knyter an till ett visst tekniskt medium eller en viss överföringsform. Utgångspunkten för en sådan ansats är att viss kommunikation till allmänheten är viktigare att reglera än annan. Det kan handla om att vissa yttranden eller verksamheter är mer skyddsvärda ur yttrandefrihetssynpunkt eller viktigare att reglera för att uppnå vissa samhälleliga mål, t.ex. skydd för enskilda individer. Typiskt sett handlar det i detta sammanhang om att reglera verksamheter där det utövas någon form av *redaktionell kontroll*. Därmed inte sagt att andra verksamheter, t.ex. tillhandahållande av plattformar för kommunikation, inte också kan kräva särskild reglering för att säkerställa skyddet för grundläggande rättigheter och förverkligandet av mediepolitiska mål.¹⁹

Regler som syftar till att ge vissa aktörer en privilegierad ställning i yttrandefrihetshänseende skulle kunna kopplas till vissa *formella kriterier*, t.ex. att innehållet har avgränsats och märkts upp på visst sätt, att anmälan till en behörig myndighet har gjorts eller att en sådan myndighet har utfärdat ett utgivningsbevis. Kriterier av detta slag används redan idag i TF och YGL, men endast som ett komplement till andra huvudsakliga kriterier för grundlagarnas tillämplighet.²⁰ Till fördelarna med denna strategi kan räknas att tillämpningsområdet blir tydligt och att avsändaren kan välja om denne vill omfattas av särregleringen (som även kan vara betungande på vissa

¹⁸ Jfr generaladvokatens yttrande i mål C-347/14, *New Media Online*, punkt 30. Samtidigt kan någon tydlig gräns mellan tillhandahållande av "tv-program" och tillhandahållande av ett visst bestämt utbud av rörlig bild knappast upprätthållas.

¹⁹ Se nästa avsnitt.

²⁰ Jfr t.ex. den s.k. stencilregeln (1 kap. 5 § första stycket andra meningen TF) och det s.k. frivilliga utgivningsbeviset (1 kap. 9 § andra stycket YGL).

punkter). Samtidigt kan invändningar – av varierande tyngd – resas mot en huvudsaklig användning av formella kriterier. Det är t.ex. inte givet att en sådan ordning verkligen erbjuder det särskilda skyddet åt de yttranden och verksamheter som verkligen förtjänar det. Principiella skäl talar även emot en ordning som innebär att det särskilt starka skyddet gentemot det allmänna ska vara villkorat av en myndighets handlande.

En alternativ strategi är att knyta an till mer *kvalitativa kriterier*. Det skulle kunna handla om att koppla den särskilda yttrandefrihetsregleringens tillämpningsområde till verksamhet som har ett visst syfte och ändamål, t.ex. ”nyhetsförmedling”, ”journalistik”, ”litterärt och konstnärligt skapande” etc. En sådan koppling kan vara direkt eller mer indirekt, t.ex. i form en reglering av organisationer som ”i huvudsak” etc. bedriver verksamhet av det aktuella slaget (”massmedieföretag”).²¹ En principiell invändning mot en sådan ordning är att den öppnar för bedömningar i det enskilda fallet, något som framstår som särskilt betänkligt med tanke på att t.ex. ”nyhetsförmedling”, ”journalistik” och ”massmedieföretag” utgör vaga begrepp, som dessutom får en allt mer otydlig innebörd i det nya medielandskapet.²² Bristande förutsebarhet när det gäller yttrandefrihetsregleringens tillämpningsområde kan skapa en avkylande effekt på viljan att yttra sig eller att medverka som källa. Denna ansats kan dessutom – beroende på valet av kvalitativt kriterium – innebära att tillämpningsområdet för den speciella yttrandefrihetsregleringen blir snävare än med dagens system. I viss mån kan de negativa effekterna av detta kompenseras genom ett förstärkt

²¹ Yttrandefrihetskommittén, som bl.a. hade i uppdrag att utreda möjligheterna att införa en mer teknikoberoende grundlagsreglering till skydd för yttrandefriheten, använde sig i sin skiss till en ny yttrandefrihetsgrundlag (NYGL) av begreppet ”massmedieföretag”. Begreppet definierades som ”sammanslutningar och enskilda vilkas huvudsakliga verksamhet består i att på yrkesmässiga grunder ge ut massmedier” (se SOU 2012:55, bilaga 9, s. 193 ff.).

²² Jfr High Level Group on Media Freedom and Pluralism, *A free and pluralistic media to sustain European democracy*, s. 34 f., där olika möjliga sätt att definiera vad som är en journalist diskuteras. I detta sammanhang kan det påpekas att den i rättspraxis utvecklade principen om TF:s och YGL:s materiella tillämpningsområde redan idag innebär en avgränsning som knyter an till yttrandets innehåll (se t.ex. SOU 2012:55 s. 169 ff.).

skydd för den allmänna yttrandefriheten, dvs. sådana regler som gäller för alla yttranden till allmänheten.²³ Samtidigt innebär en tydligare koppling till verksamheter som är särskilt skyddsvärda att dessa regleringars ändamålsrationalitet blir högre. Därmed blir behovet av att göra begränsningar i regleringen för att tillgodose motstående intressen typiskt sett mindre.²⁴

En pragmatisk – men inte särskilt långsiktig – regleringsstrategi har varit att särbehandla organisationer som också tillhandahåller konventionella medier (tryckta skrifter, radio etc.). Enligt 1 kap. 9 § YGL får t.ex. sådana subjekt ett automatiskt grundlagsskydd för vissa av sina verksamheter på internet. Denna regleringstekniska lösning knyter i praktiken an till det ovan uppmärksammade förhållandet att det historiskt sett har funnits en överlappning mellan tillhandhållandet av vissa tekniska medier och bedrivandet av en viss skyddsvärd verksamhet. Teknik- och marknadsutvecklingen gör dock att denna regleringsstrategi framstår som allt mindre rationell. I takt med att t.ex. antalet tryckta tidningar minskar och antalet nya aktörer som bara finns på nätet ökar växer behovet av andra ansatser. På motsvarande sätt framstår det långsiktigt som tveksamt att bestämma tillämpningsområdet för regler om beställ-tv med utgångspunkt i om en tjänst *konkurrerar* med konventionella tv-sändningar.²⁵

²³ Exempelvis skulle det s.k. censurförbudet kunna ges ett vidare tillämpningsområde. Med denna regleringsstrategi skulle ”trösklarna” mellan den allmänna och den särskilda yttrandefrihetsregleringen minska något. Dagens allmänna yttrandefrihetsreglering i 2 kap. 1 § första stycket punkten 1 i regeringsformen (RF) har historiskt sett tillämpats mycket sparsamt i rättspraxis. Fokus (utanför TF och YGL) har istället främst legat på skyddet enligt artikel 10 i Europakonventionen. I det relativt färiska och uppmärksamade rättsfallet NJA 2012 s. 400 (innehav av mangateckningar med barnpornografiskt innehåll) har emellertid HD tillämpat RF:s skydd för yttrandefriheten vid sin tolkning av barnpornografibrottets gränser.

²⁴ Jfr t.ex. Mediegrundlagskommitténs uppdrag att överväga (ytterligare) en s.k. delegationsbestämmelse i TF och YGL. Denna gång för produktinformation m.m. (se dir. 2014:97 s. 19 ff.).

²⁵ Jfr skäl 16 och 17 i direktivet om audiovisuella medietjänster samt generaladvokatens yttrande i mål C-347/14, *New Media Online*. Jfr även direktivets definition av begreppet ”program” i artikel 1.1 b): ”en uppsättning rörliga bilder med eller utan ljud som utgör ett enskilt inlag 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” (kursivering här).

Yttrandefrihetskommittén, som bl.a. hade till uppgift att undersöka förutsättningarna för en teknikoberoende tryck- och yttrandefrihetsreglering, skisserade i ett skede av sitt arbete tre grundläggande modeller som skulle kunna användas för att bestämma tillämpningsområdet för en eventuell ny grundlagsreglering. *Ansvarsmodellen* byggde på att någon tydligt kliver fram och tar ansvar för ett viss medium, t.ex. genom att registrera sig som utgivare. *Verksamhetsmodellen* betonade yrkesmässig framställning av massmedier och inriktade sig på s.k. massmedieföretag. *Ändamålsmodellen* utgick från ändamålet med yttrandena och gav ett särskilt starkt grundlagsskydd åt yttranden med ett opinionsbildande, journalistiskt, litterärt eller konstnärligt syfte.²⁶ Kommittén stannade slutligen för att inte föreslå någon helt ny grundlag, utan endast mindre anpassningar av TF och YGL.²⁷

Ibland kan ett kriterium för en mediereglerings tillämpningsområde framstå som relevant i förhållande till vissa av en lags materiella regler, men inte i förhållande till andra. Den tekniska utvecklingen kan därför göra det nödvändigt att bryta upp de ”regelpaket” som befintliga lagar utgör, för att istället arbeta med *skilda tillämpningsområden och regleringsobjekt för de olika materiella reglerna*. När det gäller det särskilda skydd för yttrandefriheten som TF och YGL idag erbjuder skulle t.ex. en strategi kunna vara att ge principen om censurförbud och hindrande åtgärder en vid tillämpning, samtidigt som reglerna om meddelarskydd begränsas till vissa särskilt utpekade subjekt, t.ex. sådana som kan klassificeras som ”massmedieföretag”. En del regler kan utan tvekan ges ett bredare tillämpningsområde, medan andra måste utformas så att de endast gäller för vissa specifika verksamheter. Mot denna bakgrund framstår det uppdrag som Yttrandefrihetskommittén fick – att undersöka om det gick att finna ett nytt, teknikoberoende tillämpningsområde till de grundläggande yttrandefrihetsrättsliga principerna i TF och YGL – som svårlöst.²⁸

²⁶ Se SOU 2010:68 s. 24 ff.

²⁷ Se SOU 2012:55 s. 291 ff. Den nu arbetande Mediegrundlagskommittén har fått ett betydligt mer begränsat uppdrag att överväga anpassningar av TF och YGL (se dir. 2014:97).

²⁸ Särskilt svårt är ett sådant uppdrag om rättsläget för redan existerande medier inte får ändras som en följd av den teknikoberoende regleringen (se vidare Westman, Daniel, *Teknikoberoende och teknikneutral lagstiftning*, Krönika publicerad i Karnov

Motsvarande övervägande kan göras beträffande de materiella regler som idag finns i radio- och tv-lagstiftningen.

Avslutningsvis kan det noteras att mediespecifika inslag kan finnas även i regleringar som inte i grunden knyter an till ett visst medium. I den internationella upphovsrättsliga regleringen finns t.ex. upphovsrättsliga inskränkningar i ensamrätten som är knutna till "pressen" och till "radio- eller televisionssändningar".²⁹ Hur dessa begrepp förhåller sig till nya aktörer på mediemarknaden och till nya typer av informationsöverföringar av ljud och bild är inte helt tydligt. Det förekommer även att generella regler enligt gällande praxis *tillämpas* på ett särskilt sätt när det gäller massmedieföretags verksamhet. Europadomstolen har t.ex. historiskt sett uppfattat traditionella massmedier som en "offentlig vakthund" och både givit dessa särskilda privilegier, t.ex. källskydd, och ett extra starkt skydd för yttrandefriheten i relation till motstående intressen.³⁰ Det blir därmed nödvändigt att ta ställning till om samma intressen gör sig gällande beträffande olika typer av nya aktörer.

Sammantaget visar denna korta genomgång att mediespecifik lagstiftning ofta innebär tillämpnings- och rationalitetsproblem i ett nytt medielandskap. Dessa problem kan sällan åtgärdas genom enkla justeringar av lagstiftningens tillämpningsområde eller regleringsobjekt. Istället tenderar den tekniska utvecklingen att aktualisera grundläggande frågor om lagstiftningens syfte och ändamål, liksom dess förhållande till andra regler som rör kommunikation och information. I praktiken föreligger det därför ofta ett behov av mer genomgripande rättspolitiska analyser.

De mediepolitiska målen i ett nytt medielandskap

En diskussion om medierättens utmaningar kan också ta sin utgångspunkt i de mediepolitiska målen. En analys som utgår från den faktiska mediesituationen och de mål som eftersträvas gör det

Nyheter, oktober 2010 (även tillgänglig på http://www.juridicum.su.se/iri/docs/Teknikneutral_och%20teknikberoende_lagstiftning/index.htm).

²⁹ Jfr artikel 5.3 c) i infosoc-direktivet.

³⁰ Se t.ex. Jersild mot Danmark, den 23 september 1994, och Hlynsdottir mot Island (nr. 3), den 2 juni 2015.

exempelvis möjligt att observera helt nya regleringsbehov och regleringsstrategier.³¹ I det följande kan det bara bli tal om några övergripande observationer och några nedslag i enskildheter.

De befintliga målen för politiken på medieområdet är att stödja yttrandefrihet, mångfald, massmediernas oberoende och tillgänglighet samt att motverka skadlig mediepåverkan.³² Alla dessa mål kan uppfattas som delmål för att stärka demokratin. I en demokrati är yttrandefriheten naturligtvis grundläggande. Att det allmänna avstår från att begränsa medborgarnas frihet att yttra sig har emellertid inte ansetts tillräckligt för att skapa ett medieutbud som fullt ut främjar demokratin. I många fall kan det krävas aktiva åtgärder från den allmänna sida för att t.ex. målen om mångfald och mediernas oberoende ska uppnås. Åtgärder för främja de övriga mediepolitiska målen kan samtidigt innebära begränsningar av yttrandefriheten.³³ Om sådana åtgärder är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle måste bl.a. bestämmas med utgångspunkt i hur medielandskapet faktiskt ser ut. Tekniska förändringar och en ny mediemarknad påverkar därmed i praktiken vilka åtgärder som kan anses godtagbara.

Beskrivningen av det förändrade medielandskapet har visat att möjligheterna för var och en att yttra sig inför en bred allmänhet har förbättrats. Den praktiska möjligheten att utöva *yttrandefriheten* har sålunda demokratiserats. Samtidigt innebär det förändrade medielandskapet nya typer av utmaningar. I en internetmiljö är det inte sällan lättare att förhindra mottagande än tillgängliggörande av medieinnehåll. Det innebär att *informationsfriheten* – dvs. rätten att fritt söka och ta emot information utan begränsningar från den allmänna sida – hamnar i fokus. I äldre medielandskap har informationsfriheten spelat en relativt undanskymd roll vid sidan av yttrandefriheten och regleringen har varit vag i konturerna.³⁴ Mot bak-

³¹ På sikt kan ett förändrat medielandskap naturligtvis också göra det nödvändigt att ompröva de mediepolitiska målen.

³² Prop. 2014/15:1 utg.omr. 17 samt bet. 2014/15:KrU6. För en analys av de mediepolitiska målen, se promemorian författad av professor Lars Nord intagen som bilaga i Myndigheten för radio och tv:s rapport *Resultatindikatorer för medieområdet*, Dnr 12/00949.

³³ Det kan också handla om ingrepp i andra grundläggande rättigheter, t.ex. äganderätten eller näringsfriheten.

³⁴ Under senare år har informationsfriheten aktualiserats i flera uppmärksammade mål som rör internetkommunikation. I C-131/12, *Google Spain och Google*, prövade

grund av internetmiljöns ökade betydelse finns det ett behov av att göra informationsfrihetens närmare innebörd och gränser tydligare.

De förbättrade möjligheterna för var och en att yttra sig gör även att intresset för den allmänna yttrandefriheten (RF, Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga) och dess gränser blir större, delvis på bekostnad av det särskilda skyddet för vissa medieformer (TF och YGL). Samtidigt kan det noteras att internet inte bara utgör en arena för spridning av traditionellt medieinnehåll och att det därför finns mängder av generellt tillämpliga regler, inom olika rättsområden, som i praktiken kan utgöra begränsningar av yttrandefriheten, men som inte alltid har prövats mot gällande krav för begränsning av yttrandefriheten.³⁵

Många av utmaningarna förknippade med yttrande- och informationsfriheten i en internetmiljö hänger samman med de nya *mellanhändernas* möjligheter att – mer eller mindre effektivt – begränsa vilka yttranden som når fram till en viss mottagare. Olika typer av rättsliga strategier har använts för att få mellanhänderna att ingripa

EU-domstolen inte kravet på radering av sökresultat som en direkt begränsning av sökmotoranvändarnas informationsfrihet. Däremot framhöll domstolen att användarnas intresse av tillgång till information kunde beaktas vid den intresseavvägning som skulle avgöra radering skulle ske eller inte. Domstolen tillade dock att integritetsintresset hos de personer som önskade borttagning av sökresultat i allmänhet vägrade tyngre än sökmotoranvändarnas intresse av att få tillgång till sådan information. I *Ahmet Yildirim mot Turkiet*, 18 december 2012, fann Europadomstolen att ett beslut att turkiska internetleverantörer skulle blockera hela tjänsten Google Sites (en plattform för webbplatser) stred mot informationsfriheten. Bakgrunden var att en användare av Google Sites hade publicerat uttalanden som ansågs vara kränkande mot Atatürks minne. Europadomstolen fann att blockeringen saknad tydligt stöd i lag och att det saknades tillräckliga rättssäkerhetsgarantier i processen som ledde fram till beslutet om blockering, t.ex. hade vare sig webbplatsens ägare eller Google underrättats på förhand om det olagliga innehållet och de var inte parter i det mål där beslutet om blockering fattades. I C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, fann EU-domstolen att ett öppet formulerat föreläggande mot en internetleverantör, med innebörden att denne skulle förhindra åtkomsten till en webbplats som spred piratkopierad film, inte stred mot informationsfriheten. Domstolen uppställde emellertid vissa villkor. Dels fick åtgärderna inte onödigtvis frånta internetanvändarna möjligheten att på ett tillåtet sätt ta del av information, dels krävdes att åtgärderna hindrar, eller åtminstone gör det svårt att få, otillåten tillgång till alster och i betydande utsträckning avhåller de internetanvändare som nyttjar tjänster från mottagaren av föreläggandet från att ta del av alster som gjorts tillgängliga för dem i strid med upphovsrätten.

³⁵ Jfr t.ex. artikel 10 (2) i Europakonventionen.

mot oönskade yttranden.³⁶ Sett med utgångspunkt i intresset av att skydda t.ex. upphovsrätten eller den personliga integriteten kan en sådan utveckling framstå som naturlig och önskvärd, bl.a. eftersom det i en internetmiljö ofta är svårt eller ineffektivt att ingripa mot den som faktiskt missbrukat yttrandefriheten.³⁷ Samtidigt är det centralt att de yttrandefrihetsrättsliga konsekvenserna av ingripande mot mellanhänder beaktas fullt ut.³⁸

En strategi har varit att hålla mellanhänder (medverkans)ansvariga för användarnas brottsliga eller skadegörande yttranden. Ur yttrandefrihetssynpunkt är ett långtgående straff- eller skadeståndsrättsligt ansvar för andras yttranden problematiskt på flera sätt. Det är t.ex. inte givet att en mellanhand har resurser, kunskap och intresse av att rättsligt stå upp för ett kontroversiellt yttrande eller en kontroversiell person.³⁹ Eftersom tjänstetillhandahållaren ofta har svårt att bedöma ett enskilt yttrandes eller en verksamhets laglighet kan det finnas en vilja att hålla en säkerhetsmarginal för vilket medieinnehåll som ska få finnas i tjänsten. Därmed finns en stor risk för att det i praktiken blir svårt för medborgarna att utnyttja sin yttrandefrihet fullt ut,⁴⁰ åtminstone i tjänster som inte försöker undvika det rättsliga ansvaret, t.ex. genom att tillhandahållaren är anonym eller etablerad i ett annat land.

³⁶ Jfr t.ex. Westman, Daniel, *Rättsliga strategier mot upphovsrättsintrång på nätet – en analys*, Ny Juridik 2:12, s. 33–64.

³⁷ Jfr t.ex. skäl 59 till infoc-direktivet, där det framhålls att mellanhänder i många fall har de största möjligheterna att sätta stopp för intrång i en nätmiljö och att det därför bör finnas en möjlighet att begära ett föreläggande mot en sådan mellanhand som i ett nät förmedlar en tredje mans intrång i ett skyddat verk eller annat alster i ett nät.

³⁸ Jfr *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, 26 maj 2011, (A/HRC/17/27), s. 9 och 11. Jfr även Europadomstolens dom i *Delfi AS mot Estland*, 16 juni 2015.

³⁹ Att yttrandefriheten kan begränsas genom åtgärder mot distributörer av olika slag är känt sedan länge. Som jämförelse kan nämnas att TF därför innehåller olika regler som syftar till att skydda distributionen av tryckta skrifter. Enligt ansvarsreglerna i 8 kap. TF svarar ”utspidaren” av en periodisk skrift t.ex. bara i sista hand (dvs. om det saknas utgivare, ägare eller känd tryckare). Vidare kan det noteras att ”allmän trafikantalt, som mottagit tryckt skrift för befordran” enligt 6 kap. 4 § TF ”ej anses som skriftens utspidare”.

⁴⁰ Notera t.ex. att yttrandefriheten enligt Europadomstolen innebär en rätt att ”offend, shock or disturb the State or any sector of the population” (*Handyside v United Kingdom*, 1976).

En annan typ av begränsning av yttrandefriheten som tar sikte på mellanhänder är direkta rättsliga krav på avstängning av en viss tjänst (t.ex. internetanslutning), blockering av vissa adresser (t.ex. domännamn eller IP-adresser) eller filtrering av visst innehåll som överförs (t.ex. på ett socialt medium).⁴¹ I vissa länder finns det särskilda spärllistor som måste följas, men vanligare är att det kan beslutas om förelägganden mot enskilda mellanhänder med innebörden att dessa ska vidta tekniska åtgärder för att försöka förhindra viss kommunikation. Den yttrandefrihetsrättsliga problematiken kring krav på avstängning, blockering och filtrering är delvis densamma som uppmärksammats ovan beträffande det straff- och skadeståndsrättsliga ansvaret för mellanhänder. Därtill kan läggas att dessa åtgärder är mindre precisa i den meningen att de i praktiken inte bara kommer att omfatta otillåtna yttranden, utan t.ex. alla yttranden som tillgängliggörs via ett visst domännamn. Därmed kan proportionaliteten i t.ex. ett krav på blockering av all trafik till ett visst domännamn många gånger ifrågasättas. Ingreppen mot vissa adresser, tjänster etc. innebär dessutom att åtgärderna, åtminstone delvis, får karaktären av hindrande åtgärder innan publicering. Filtrering förutsätter dessutom att mellanhanden granskar det innehåll som överförs och en sådan åtgärd aktualiserar därför även skyddet för privatlivet.⁴²

Dagens rättsliga reglering kring mellanhänders ansvar och skyldigheter att hindra kommunikation är komplex och på många punkter är rättsläget oklart. Det beror dels på att flera olika regelverk blir tillämpliga,⁴³ dels på att regleringen endast delvis beaktar de sär-

⁴¹ Westman, Daniel, *Rättsliga strategier mot upphovsrättsintrång på nätet – en analys*, Ny Juridik 2:12, s. 54 f. Även beslag eller förverkande av domännamn och liknande tekniska resurser som behövs för kommunikationen kan ha en liknande funktion.

⁴² Jfr EU-domstolens domar C-70/10, *Scarlet Extended* och C-360/10, *SABAM*.

⁴³ Utgångspunkten är allmänna ansvarsprinciper inom t.ex. upphovsrätten eller brottsbalken. Det handlar alltså om att ta ställning till om mellanhanden kan ses som gärningsman eller kan anses medverka till brott (se t.ex. NJA 1996 s. 79 samt NJA 2007 s. 805 I). För vissa typer av tjänster blir lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor tillämplig. Straff- och skadeståndsansvaret begränsas av ansvarsfrihetsreglerna i artikel 12-15 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel").

skilda intressen som gör sig gällande i en internetmiljö. Först under senare år har mellanhandsfrågorna satts i en tydlig yttrandefrihetskontext.⁴⁴ Fortfarande återstår dock en hel del arbete med att skapa en tydlig och balanserad reglering på området. En sådan reglering måste vara differentierad och bl.a. ta hänsyn till olika mellanhanders roll och möjligheter. På en övergripande nivå bör t.ex. internetleverantörer ha betydligt mer begränsade skyldigheter än tillhandahållare av plattformstjänster.⁴⁵ En grundläggande rättspolitisk fråga är hur aktiv en plattformstillhandahållare ska behöva vara för att motverka eventuellt brottsligt medieinnehåll. Ska medieinnehållet automatiskt filtreras (eller proaktivt granskas av mänskliga övervakare) eller kan tillhandahållaren avvakta en begäran om borttagning eller t.o.m. ett domstolsföreläggande? Det kan också diskuteras om de rättsliga kraven på att mellanhänder ska vidta åtgärder bör begränsas till situationer då försök att ingripa direkt mot den som missbrukat yttrandefriheten misslyckats eller till situationer där det inte går att kontakta denne. Själva processen kring en mellanhands inblandning måste utformas på ett rättssäkert sätt och säkerställa en korrekt avvägning mellan de olika intressenternas grundläggande rättigheter.⁴⁶

En medierättslig utmaning är också hur man ska se på att mellanhänder av olika slag på *eget initiativ* begränsar kommunikationen. Det kan t.ex. handla om att internetleverantörer blockerar medieinnehåll från ett visst medieföretag eller att dominerande plattformägare har avtalsvillkor och tekniska system som utesluter visst medieinnehåll. På senare tid har det t.ex. förts en debatt om s.k. nätneutralitet, dvs. principen att all datatrafik på internet bör behandlas lika och inte diskrimineras t.ex. på grund av innehåll eller avsändare. Det har också uppmärksammats att vissa typer av medieinnehåll, t.ex. bilder på ammande mödrar, automatiskt har filtrerats bort från Facebook.

Den befintliga yttrandefrihetsregleringen handlar i grunden om att sätta en gräns för ingripanden från det allmännas sida och

⁴⁴ Jfr framför allt i detta avsnitt omnämnda domar från EU-domstolen och Europadomstolen.

⁴⁵ Jfr t.ex. dagens förutsättningar för ansvarsfrihet enligt artiklarna 12 respektive 14 i direktivet om elektronisk handel.

⁴⁶ Jfr t.ex. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*.

erbjuder därför ett begränsat skydd mot åtgärder av detta slag. Yttrandefriheten i Europakonventionen innefattar dock vissa skyldigheter för medlemsstaterna att skydda själva utövandet av yttrandefriheten.⁴⁷ Det handlar i viss mån om en pågående rättsutveckling där det är osäkert var gränserna för staternas ansvar i förhållande till nya medier kommer att gå. Något generellt skydd för möjligheten att få använda kommersiella tjänster för lagliga yttranden är det emellertid knappast tal om.

När det gäller fysiska medier som omfattas av TF och YGL (tryckta skrifter och tekniska upptagningar) finns sedan länge en distributionsplikt för vissa särskilt viktiga kommunikationsaktörer (postbefordringsföretag eller annan allmän trafikanstalt).⁴⁸ I YGL görs det dessutom ett undantag från den s.k. etableringsfriheten som innebär att nätägare i lag kan åläggas att ”ge utrymme för vissa program i den utsträckning det behövs med hänsyn till allmänhetens intresse av tillgång till allsidig upplysning”. Därmed öppnas för den s.k. *must carry*-skyldigheten.⁴⁹ Även om den befintliga mediespecifika yttrandefrihetslagstiftningen i grunden också skyddar yttrandefriheten som en negativ rättighet, innehåller den alltså vissa regler som är inriktade på att *aktivt främja det fria informationsflödet*. Yttrandefrihetskommittén utredde behovet av att utöka distributionsplikten i YGL, t.ex. för databasöverföringar, men valde att inte lägga fram något förslag i denna del.⁵⁰

Mellanhändernas kontroll över medieinnehållet kan även diskuteras med utgångspunkt i det mediepolitiska målet att främja *mångfalden* på mediemarknaden. En infrastruktur för fri informations-spridning och informationsåtkomst understödjer en variation av medier (yttre mångfald). På en *grundläggande kommunikationsnivå* bör medieregleringen därför understödja ett öppet internet. Den senaste tiden har nya regler om krav på nätneutralitet beslutats såväl på EU-nivå som i USA.⁵¹ Dessa reglers tillämpning kommer i prak-

⁴⁷ Jfr t.ex. Europadomstolens dom *Appleby m.fl. mot Förenade kungariket*, 6 maj 2003.

⁴⁸ 6 kap. 4 § TF och 3 kap. 10 § YGL.

⁴⁹ Rosén, Jan, *Must carry som en nödvändighet för allsidig upplysning?*, SvJT 1997 s. 822–832.

⁵⁰ SOU 2012:55 s. 339 ff.

⁵¹ Den 30 juni 2015 meddelades att EU-kommissionen, Europiska rådet och Europaparlamentet nått en överenskommelse i nätneutralitetsfrågan (se http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5275_sv.htm). Det formella beslutet om antagandet

tiken få stor betydelse för möjligheterna att få tillgång till ett rikt medieutbud. Vi rör oss här på ett regleringsområde som ligger i gränsytan mellan traditionell mediereglering och reglering som tar sikte på de grundläggande spelreglerna för tillhandahållandet av telekommunikationstjänster. Det är dock viktigt att de mediepolitiska målen beaktas även vid utformningen och tillämpningen av den allmänna telekommunikationsregleringen.

Högre upp i kommunikationskedjan kan *dominerande plattformslieferantörers* inverkan på mediemångfalden analyseras. Här kan rättsliga åtgärder för att främja den inre mångfalden, dvs. en mångfald av publicistiska målsättningar inom den dominerande plattformen, vara ett alternativ. En regleringsansats på denna nivå kan delvis ta sin utgångspunkt i konkurrensrättsliga principer och tankar rörande samhällsomfattande tjänster. En parallell kan också dras till de krav på saklighet och opartiskhet som enligt dagens radio- och tv-lagstiftning ställs på vissa företag. Rent konkret kan en eventuell reglering inriktas mot plattformars urvalsalgoritmer och t.ex. ställa krav på att dessa ska vara transparenta och icke-diskriminerande. Med tanke på att en sådan regleringsansats skulle kunna uppfattas som ett ingrepp i flera grundläggande rättigheter, bl.a. yttrandefriheten,⁵² måste en eventuell reglering av detta slag under alla förhållanden begränsas till vad som är strikt nödvändigt.

Den nya mediemarknaden aktualiserar även vissa andra överväganden kring mångfaldsmålet. En grundläggande frågeställning är om det verkligen är mångfald som behöver främjas i en internetmiljö. Vissa debattörer har framhållit att ett överflöd av medieinnehåll i kombination med ett algoritmstyrt urval som baserar sig på vad användaren kan förväntas uppskatta riskerar att skapa en ”filterbubbla”, som t.ex. bara bekräftar användarens befintliga världsbild.⁵³ I en sådan miljö skulle det kunna hävdas att det snarare finns

av rättsakten har emellertid (i september 2015) ännu inte fattats. Regleringen i USA har beslutats av Federal Communications Commission (In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet), GN Docket No. 14-28, February 26, 2015).

⁵² Jfr dock C-131/12, *Google Spain och Google*, där EU-domstolen tycks ha utgått från att en tillämpning av dataskyddsdirektivets bestämmelser inte innebar någon begränsning av Googles yttrandefrihet.

⁵³ Pariser, Eli, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Press, New York, 2011.

ett behov av medier som ”ger hela bilden” och kan fungera som en ”samlande kraft”.⁵⁴

Trots förbättrade skapande- och distributionsmöjligheter i den nya mediemiljön är det inte givet att alla typer av samhällsnyttigt medieinnehåll kommer att skapas. Mot bakgrund av de utmaningar mot mediernas affärsmodeller som har beskrivits ovan finns det t.ex. en osäkerhet kring skapandet av högkvalitativ journalistik och vissa andra former av kostsamt medieinnehåll, t.ex. film.⁵⁵ Då ett visst medieinnehåll i en digital miljö inte lika tydligt är förknippat med en viss distributionsform finns det argument som talar för att de offentliga finansieringssystemen inte på samma sätt som idag bör inriktas på enstaka företag (public service) eller på vissa typer av distribution (tidningsdistribution), utan istället mer direkt mot själva *skapandet av visst innehåll*. Exempelvis skulle en förändring kunna vara att även traditionell dagspress skulle kunna få finansiering för kvalificerad journalistik.⁵⁶ En sådan strategi skulle kunna kombineras med åtgärder för att främja att offentligt finansierat medieinnehåll sprids via flera olika kanaler, eventuellt av olika aktörer.⁵⁷ Därmed skulle bl.a. det mediepolitiska målet om *tillgänglighet* främjas. Att staten direkt finansierar vissa typer av medieinnehåll är samtidigt inte okontroversiellt. Det krävs därför en noggrann rättslig reglering.⁵⁸ Flera regleringsmodaliteter aktualiseras i detta sammanhang,

⁵⁴ Jfr dock Axberger, Hans-Gunnar, *En misslyckad utredning – SOU 2013:66. Om politiken och tredje statsmakten*, Eddy, Visby, 2015, s. 131, som tror att ”fragmentiseringen” inte är något som mediepolitikerna ”vare sig kan eller kommer att behöva lösa”.

⁵⁵ Jfr t.ex. High Level Group on Media Freedom and Pluralism, *A free and pluralistic media to sustain European democracy*, s. 37.

⁵⁶ Engkvist, Lars, ”*Vidga public service-stödet till kvalitativa nyhetsmedier*”, DN-debatt 2015-10-09.

⁵⁷ En sådan ansats förutsätter givetvis olika *upphovsrättsliga överväganden*. Det kan handla om att offentligt finansierat material görs tillgänglig för utnyttjande enligt s.k. fria upphovsrättslicenser, t.ex. Creative Commons, något som givetvis ställer krav på hur rättighetsklareringen i tidigare led utformas. Ett alternativ är att andra medieaktörer kan ”bädda in” offentligt finansierat material med länknings teknik. Här kan det konstateras att EU-domstolens rättspraxis om länkning ger ett tydligt stöd för en sådan strategi, genom att länkning till öppet tillgängliga verk inte anses utgöra en överföring till allmänheten (se C-466/12, *Svensson m.fl.* samt C-348/13, *BestWater International*).

⁵⁸ Jfr t.ex. Axberger, a.a. s. 128 ff., som förordar en förankring av public service i grundlagen.

t.ex. krav på själva fördelningsprocessen, behovet av en s.k. demokratibestämmelse,⁵⁹ villkor för användningen av det skapade materialet och frågan om eventuella krav på saklighet och opartiskhet som villkor för stöd.

Offentlig finansiering av medieinnehåll aktualiserar samtidigt *konkurrensrättsliga* överväganden, t.ex. EU:s statsstödsregler.⁶⁰ Det måste undvikas att åtgärder för att främja mångfalden inte får motsatt effekt, till följd av att aktörer som inte får stöd konkurreras ut. På en konvergerande mediemarknad är det naturligt att offentligt finansierade medier, t.ex. public service-bolag, i större utsträckning än tidigare kommer att befinna sig i samma tekniska medier som privata aktörer. Givet de mediepolitiska målen om tillgänglighet och mångfald framstår det inte som rimligt att förbjuda offentligt finansierat medieinnehåll på internet. Samtidigt går det inte att bortse från att det ibland kan uppkomma marknadsstörande effekter av en sådan omfattning att det inte kan accepteras. Finansieringssystem som inriktar sig direkt på ett visst medieinnehåll har visserligen i allmänhet lättare att hantera sådana problem, men i praktiken måste varje offentligt finansieringssystem innehålla någon form av rättslig reglering som kräver att marknadskonsekvenser beaktas. En sådan reglering måste samtidigt beakta målet om att stärka mediernas *oberoende*, i detta fall oberoendet från statsmakten. Detta är många gånger en svår ekvation.

Den kommersiella mediemarknadens förändring väcker också vissa frågor om mediernas redaktionella *oberoende från kommersiella krafter*. Som beskrivits ovan har traditionella medieföretag utvecklat nya affärsmodeller som bygger på en mindre tydlig uppdelning mellan helt oberoende redaktionellt innehåll och köpta annonser. Det kan diskuteras om den befintliga marknadsrättsliga regleringen och regleringen av t.ex. reklam, sponsring och produktplacering i radio- och tv-lagstiftningen hanterar dessa nya fenomen på ett tillfredsställande sätt. De nya affärsmodellerna aktualiserar även förhållandet till yttrandefriheten, främst principerna för TF:s och YGL:s s.k.

⁵⁹ Jfr SOU 2013:66 s. 395 ff. samt reservationen s. 444 ff.

⁶⁰ Se t.ex. (angående public service) Myndigheten för radio och tv, *Utveckling och påverkan i allmänhetens tjänst*, dnr 13/03001 och 14/01248, s. 134 ff. och (angående presstödsystemet) SOU 2013:66 s. 89 ff.

materiella tillämpningsområde.⁶¹ Ett potentiellt problem är att delar av det medieinnehåll som skapas inom ramen för dessa nya kommersiella – men redaktionella – samarbeten inte kommer anses ha ett rent kommersiellt syfte och rent kommersiella förhållanden till föremål.⁶² Det innebär att inga marknadsrättsliga regler – inte ens regler om annonsmarkering och sändarangivelse – blir tillämpliga om innehållet sprids i medier som omfattas av TF eller YGL. Det kan därför behöva övervägas om inte vissa grundläggande marknadsrättsliga krav måste införas direkt i grundlagarna. I enlighet med diskussionen i föregående avsnitt måste dessutom tillämpningsområdet för de särregler om t.ex. produktplacering och sponsring som finns i dagens radio- och tv-lagstiftning ses över.

Det digitala medielandskapet innebär också nya utmaningar för *skyddet för privatlivet*. En klassisk medierättslig fråga är hur skyddet för privatlivet ska balanseras mot yttrandefriheten. Under vilka förutsättningar är det t.ex. tillåtet att publicera personuppgifter i allmänhet, mer privata uppgifter eller rent nedsättande uppgifter? Det kan diskuteras om avvägningen mellan grundläggande rättigheter måste göras annorlunda i den nya tekniska miljön, där t.ex. sökbarheten ökar och uppgifter hålls tillgängliga under en längre tid. En central fråga är när personuppgiftslagstiftningens detaljerade regler om behandling av personuppgifter ska tillämpas på kommunikation till allmänheten och när endast allmänna regler om t.ex. förtal och förolämpning skyddar rätten till privatliv. I situationer där personuppgiftslagstiftningen inte ska tillämpas, t.ex. eftersom det är fråga om en behandling av personuppgifter för uteslutande journalistiskt ändamål, har det ifrågasatts om skyddet för privatlivet är adekvat. I brottsbalken tycks det finnas en lucka i skyddet mot spridning av uppgifter av rent privat karaktär, som inte är nedsättande på ett sådant sätt att de omfattas av förtalsbestämmelsen, t.ex. intima fotografier och hälsouppgifter.⁶³ Omvänt kan det ifrågasättas om skyddet för den fria informationsspridningen ibland blir för svagt när

⁶¹ Se t.ex. SOU 2012:55 s. 169 ff.

⁶² Jfr t.ex. NJA 1975 s. 589, NJA 1977 s. 751 och RÅ 2010 ref. 115.

⁶³ Se vidare Westman, Daniel, *Spridning av rent privata uppgifter – bör ett nytt (yttrandefrihets)brott införas?* Krönika publicerad i Karnov Nyheter, februari 2012 (även tillgänglig på http://www.juridicum.su.se/iri/docs/Spridning_av_rent_privata_uppgifter/index.htm).

personuppgiftslagstiftningen är tillämplig. Det kan t.ex. handla om situationer där yttrandefrihetsintresset inte gör sig gällande med sådan styrka att yttrandefrihetsundantaget i personuppgiftslagstiftningen anses tillämpligt, men där det ändå finns argument för att personuppgifter av visst slag ska kunna göras tillgängliga för allmänheten. I viss mån kan man alltså tala om att det idag finns otillfredsställande tröskeeffekter i privatlivsskyddet.

En annan central integritetsskyddsfråga i det moderna medielandskapet är den kartläggning och profilering som blir möjlig vid konsumtion av medieinnehåll. Den nya annonsmarknaden är till stor del förknippad med profilerad reklam som bygger på analys av stora mängder data om en användares beteende, kontakter etc. Om de uppgifter som samlas in och analyseras direkt eller indirekt kan hänföras till en viss individ är personuppgiftslagstiftningen tillämplig. Mycket tyder på att den kartläggning och profilering som idag sker, t.ex. av annonsnätverk och plattformslieferantörer, är svår att förena med gällande regler om personuppgiftsbehandling. Det kan därför diskuteras om en sådan modell långsiktigt utgör lösningen för den kommersiella journalistikens finansiering. En mer effektiv tillämpning av reglerna om personuppgiftsbehandling, också på de plattformsföretag som har vunnit en stor del av annonsmarknaden under senare år, skulle dock kunna öppna för nygamla annonslösningar som kan gynna de traditionella medieföretagen.

Avslutande analys

Det råder ingen tvekan om att medierätten står inför stora utmaningar. Ett förändrat medielandskap påverkar inte bara förutsättningarna för att tillämpa den befintliga medieregleringen med ett rationellt resultat, utan aktualiserar även grundläggande rättspolitiska frågeställningar. Denna korta och översiktliga framställning ger inte ett tillräckligt underlag för några säkra slutsatser om hur framtidens mediereglering bör se ut, men vissa observationer kan göras.

Framställningen har visat att det många gånger är svårt att hantera det nya medielandskapets utmaningar genom enklare justeringar av befintliga rättsliga regleringars tillämpningsområde i syfte att göra dessa tillämpliga på nya medieformer. Istället krävs en mer principiell analys som utgår från de nya faktiska förhållandena, de medie-

politiska målen och de grundläggande fri- och rättigheterna. I ett konvergerande medielandskap kan en sådan analys lämpligen utgå från allmänna teorier om kommunikation och studera hur olika mediepolitiska mål och rättigheter förhåller sig till de olika stegen i kommunikationsprocessen (t.ex. skapande, överföring och mottagning) och till olika typer av medieinnehåll. Ett sådant angreppssätt förbättrar möjligheterna att skapa en sammanhängande och rationell mediereglering.

Ett naturligt svar på det konvergerande medielandskapet är en rättslig reglering, som inte på samma sätt som dagens knyter an till användningen av vissa tekniska medier. Samtidigt kan det finnas ett fortsatt behov av att särreglera vissa företeelser och att ge särskilda yttrandefrihetsprivilegier till vissa aktörer. Även om en sådan utveckling inte är oproblematiserad talar mycket för att det blir nödvändigt att knyta eventuella särregler till mer kvalitativa kriterier, t.ex. viss verksamhet (journalistisk verksamhet etc.) eller till vissa organisationer (massmedieföretag etc.).

Europarådet har i en rekommendation från 2011 konstaterat att det nya medielandskapet kräver en mer nivåindelad syn av vad som utgör ”media” och därmed omfattas av mediespecifika regler.⁶⁴ Med utgångspunkt i ett antal uppräknade kriterier (egen avsikt, syfte, grad av redaktionell kontroll, förekomsten av professionella standarder, räckvidd och allmänhetens förväntningar) uppmanas medlemsstaterna att gradera befintliga och nya aktörer, t.ex. tillhandahållare av olika kommunikationstjänster. I samma rekommendation räknas vissa grundläggande medierättsliga principer upp (rättigheter och privilegier av olika slag såsom källskydd och censurförbud, mediemångfald och ansvar för medieinnehållet) och tanken är att dessa i varierande och lämplig omfattning ska göras tillämpliga på det nya medielandskapets aktörer. Som framhållits ovan kan en ändamålsenlig lösning vara att utgå från de olika medierättsliga principerna och sedan undersöka vilket tillämpningsområde respektive princip bör ha i det nya medielandskapet.

Medieregleringen har traditionellt byggt på en balans mellan negativa och positiva rättigheter. Mediernas frihet ska värnas samtidigt som medborgarnas reella tillgång till ett kvalitativt medieinne-

⁶⁴ Se fotnot 1 ovan.

håll ska främjas. Mycket tyder på att yttrandefriheten även i framtiden måste kompletteras med aktiva åtgärder för att uppnå t.ex. mångfald och oberoende medier. De offentliga finansieringssystemens betydelse kommer troligen inte att minska, men deras inriktning och utformning kan behöva omprövas i vissa delar.

Ett område som aktualiserar delikata avvägningar mellan negativa och positiva rättigheter är regleringen av de digitala mellanhändernas verksamhet. Både internetleverantörer och olika typer av plattformsägare spelar en viktig roll i skyddet av yttrandefriheten, men för att främja övriga mediepolitiska mål kan det bli aktuellt att ställa krav på hur de hanterar användarnas medieinnehåll. Det kan t.ex. handla om olika former av krav på transparens och icke-diskriminering.

Det nya medielandskapet gör slutligen att själva medierättens identitet måste diskuteras. Traditionellt har medierätten varit den juridik som aktualiserats i ”mediebranschen”. Dess kärna har varit de särregler som i praktiken har gällt för ”massmedier”, även om de speciella tillämpningsproblemen rörande mer allmänna regler också har behandlats. I en värld där alla kan använda massmedier för en mängd olika syften och verksamheter finns olika alternativ. En möjlighet är att låta medierätten utvecklas mot en allmän kommunikations- eller informationsrätt, som tar ett helhetsgrepp på alla typer av kommunikation till allmänheten, oberoende av vem som är avsändare. Ett alternativ är att försöka bevara en snävare förståelse av vad som är medierätt och på något sätt försöka avgränsa området till särskilt samhällsviktig eller åtminstone yrkesmässig användning av medier. Personligen tror jag – åtminstone på sikt – på det bredare greppet.