

SFIR
Svenska Föreningen för Immaterialrätt

Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt
103 33 Stockholm
ju.remissvar@regeringskansliet.se

Ju2020/04028

Departementsskrivelsen "Gränsöverskridande tillgång till radio- och tv-program" (Ds 2020:25)

Svenska Föreningen för Immaterialrätt (SFIR) har getts tillfälle att svara på remiss avseende Ds 2020:25, Gränsöverskridande tillgång till radio- och tv-program. Föreningen önskar framföra följande.

Allmänt

SFIR ska enligt sina stadgar bidra till en ändamålsenlig och enhetlig utveckling av lagstiftning och rättstillämpning på immaterialrättsområden, såväl i Sverige och de övriga nordiska länderna som på det europeiska och internationella planet. SFIR ska också främja intresset för och kunskapen om immateriellt rättsskydd. Med hänsyn till ändamålet med föreningen och dess verksamhet kommenterar SFIR det remitterade betänkandet huvudsakligen från immaterialrättsligt perspektiv. Förslaget har dock även granskats från ett internationellt privat- och processrättsligt perspektiv.

SFIR stödjer det grundläggande syftet med lagförslaget, att förbättra den gränsöverskridande tillgången till radio- och tv-program genom att underlätta klareringen av rättigheter för vissa tjänster. Inledningsvis vill SFIR understryka vikten av att svensk lagtext i möjligaste genomförs i nära anslutning till direktivtexten, eftersom att EU-domstolens praxis på området är vägledande. Det gäller givetvis inte minst "bindande" EU-autonoma begrepp. Generellt sett anser SFIR också att det är olämpligt att i svenska förarbeten uttolka direktivbestämmelsers räckvidd i förarbetena.

Beträffande hur genomförandet mer i detalj ska ske i svensk rätt framför SFIR följande.

Särskilda kommentarer

Avsnitt 5 En ny ursprungslandsprincip för radio- och tv-företags tillgängliggörande av viss program i playtjänster

Vilken användning omfattas? (s. 26-27)

I departementsskrivelsen anges *”Direktivet behandlar inte frågan om annan lovlig användning, såsom användning med stöd av en inskränkning i ensamrätten, är avsedd att omfattas av artikel 3.1. Det kan argumenteras för att syftet med bestämmelserna – att underlätta tillgängliggörandet av programmen över gränserna – talar för att även sådan användning bör omfattas. Men ordalydelsen får anses tala i motsatt riktning. Användning som sker med stöd av en inskränkning kan svårligen anses innebära utövande av upphovsrätt och närstående rättigheter, och inte heller anses vara för syftet som rör sådant utövande. Det är dock ytterst en fråga för EU-domstolen och den svenska lagtexten bör utformas i nära anslutning till artikeltexten.*

I de fall som inte omfattas av regleringen är det, på samma sätt som i dag, en fråga för rättstillämpningen att avgöra var den upphovsrättsligt relevanta åtgärden ska anses ske”.

SFIR delar inte uppfattningen att skrivningen i artikel 3.1 *”[...] for the purposes of exercising copyright and related rights relevant for those acts [...]”* inte innebär att bestämmelsen kan tillämpas på nyttjanden med stöd av inskränkningar i upphovsrätten. Bestämmelsen syfte är att underlätta för radio- och tv-företag som vill tillhandahålla radio- eller tv-program online till andra medlemsstater från *”[...] komplicerad process för att klarera rättigheter från många olika rättsinnehavare och för olika kategorier av verk och andra skyddade alster”* (beaktandesats 3). Att på mycket kort tid skaffa alla de licenser som behövs innebär en avsevärd administrativ börda och det finns därmed risk för att upphovsmän, producenter och andra rättsinnehavare riskerar att deras verk utnyttjas utan tillstånd eller ersättning (beaktandesats 4). Rättigheter för verk har harmoniserats bland annat genom Infosoc-direktivet (beaktandesats 5). Av denna angivna anledning vill man göra det enklare att klarera tillhandahållande av radio- och tv-sändningar online med ursprung i andra medlemsstater genom att stadga att klareringen av sådana sändningar ska ske utifrån ursprungslandsprincipen. Principen bör omfatta klarering av alla rättigheter som är nödvändiga för att sändarföretaget ska kunna tillgängliggöra sina program för allmänheten (beaktandesats 9) Ett av de ursprungliga syftena med Copyright package var också det uttalade behovet att hitta en lösning för divergerande nationella inskränkingsbestämmelser. Med detta sagt anser SFIR dels, som anges i inledningen, att det är olämpligt att uttolka direktivbestämmelsens räckvidd, dels, med hänsyn till de argument som anges, att det således finns argument som talar emot den i promemorian gjorda tolkningen. SFIR anser därmed att artikel 3.1 bör genomföras ordagrant. SFIR noterar därmed att texten i andra mening i förslaget till en ny 61 b § URL inte motsvarar texten i direktivbestämmelsen. I förslaget till ny URL 61 b § anges i andra meningen *”Detta gäller endast i fråga om utövande av de rättigheter som krävs för att utnyttja de verk och andra prestationer som skyddas enligt denna lag”*, men i art. 3.1 st. 2 står det istället *”för syftet som rör utövande av upphovsrätt och närstående rättigheter av relevans för dessa handlingar”*.

Hur ska ersättningen till rättsinnehavarna bestämmas? (s. 27–28)

Artikel 3.2 stadgar

”Medlemsstaterna ska, vid fastställande av den summa som ska betalas för de rättigheter på vilka ursprungslandsprincipen enligt punkt 1 är tillämplig, säkerställa att parterna beaktar alla aspekter av tjänsten såsom dess egenskaper, däribland hur länge de inkluderade programmen är tillgängliga online, dess publik och tillgängliga språkversioner.

Första stycket utesluter inte att de belopp som ska erläggas beräknas på grundval av sändarföretagets intäkter.”

I skrivelsen på s. 27–28 anges att artikeln ger uttryck för principer som följer av etablerad praxis från EU-domstolen och därefter följer en hänvisning C-403/08 och C-429/08, *Premier League*, punkterna 109–112. Det anges vidare i skrivelsen att det inte ansågs nödvändigt att införa en särskild avtalsrättslig bestämmelse för att fastställa ersättning för de rättigheter som följer av ursprungslandsprincipen vid satellitsändningar (se 61 a § upphovsrättslagen). Regeringskansliet anför därför att det inte heller nu finnas skäl för en särskild bestämmelse. SFIR finner däremot att artikeln bör införas i svensk rätt. Att enbart konstatera att ett visst rättsläge föreligger enligt praxis kan inte vara tillräckligt. Det kan också konstateras att direktivet antogs långt efter avgörandet och därmed får det ansetts ha förelegat ett behov av förtydligande. SFIR vill här också påminna om att EU-domstolen i avgörandena C-336/97, EU:C:1999:314, p. 19, C-97/00, EU:C:2001:149, p. 9 och C-478/99, EU:C:2002:281, p. 15 erinrat *”om att varje medlemsstat som ett direktiv är riktat till, enligt fast rättspraxis, i sin nationella rättsordning skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa direktivets fulla verkan i enlighet med det mål som eftersträvas med direktivet [...]”*.

Avsnitt 6 Vidaresändning av radio och tv

Avtalslicensen för vidaresändning av radio och tv bör anpassas till direktivet (s. 32-33)

Artikel 2.2 anger definitionen för **”vidaresändning** : *all samtidig, oförändrad och oavkortad vidaresändning, annan än vidaresändning via kabel enligt definitionen i direktiv 93/83/EEG, som är avsedd för mottagning av allmänheten av en ursprunglig sändning från en annan medlemsstat av radio- eller tv-program som är avsedda för mottagning av allmänheten, där sådan ursprunglig sändning sker trådbundet eller trådlöst, även via satellit men inte online, förutsatt att*

a) vidaresändningen genomförs av en annan part än det sändarföretag som gjorde den ursprungliga sändningen eller under vars kontroll och ansvar den ursprungliga sändningen gjordes, oavsett hur den part som genomför vidaresändningen erhåller de programbärande signalerna från sändarföretaget för vidaresändningen, och

b) när vidaresändningen sker via en internetanslutningstjänst enligt definitionen i artikel 2 andra stycket led 2 i förordning (EU) 2015/2120, att detta sker i en kontrollerad miljö.”

Artikel 2.3 definierar "**kontrollerad miljö**: en miljö där en operatör av en vidareändningstjänst tillhandahåller en säker vidareändning till behöriga användare."

SFIR konstaterar, precis som regeringskansliet på s. 32, att den vidareändning som omfattas av direktivet inte är begränsad, men att artikel 2.2 b begränsar vidareändning över nätet till kontrollerad miljö. SFIR instämmer i att avtalslicensbestämmelsen bör anpassas efter direktivet men finner det tveksamt att direktivet skulle lämna utrymme för andra nationella regler än som följer av direktivets bestämmelser. Det gäller särskilt med hänsyn till definitionen i artikel 2.2 d och det som anges i beaktandesats 14: " [...] För att säkerställa att det finns tillräckliga skyddsåtgärder mot obehörig användning av verk och andra skyddade alster, vilket är särskilt viktigt i samband med betaltjänster, bör vidareändningstjänster som erbjuds genom internetanslutningstjänster omfattas av detta direktiv endast [SFIRs markering] när dessa vidareändningstjänster tillhandahålls i en miljö där endast behöriga användare har tillgång till vidareändningar och den erbjudna säkerhetsnivån är jämförbar med säkerhetsnivån för innehåll som överförs via förvaltade nät, såsom kabelnätverk eller slutna IP-baserade nätverk, där innehåll som vidareänds är krypterat. Dessa krav bör vara genomförbara och tillräckliga". SFIR är därmed tveksam till att det lämnas till avtalsmarknadens parter att bestämma om användning i det enskilda fallet ska få ske över internet i en icke kontrollerad miljö.

Som nämns ovan omfattar direktivet inte vidareändning över internet som inte sker i en kontrollerad miljö. Regeringen föreslår dock att avtalslicensen för vidareändning av radio och tv även fortsättningsvis bör omfatta också sådan vidareändning. Om en sådan lösning väljs, så innebär den att "radio- eller tv-företag som verkställer utsändningar inom EES och som vill utföra en vidareändning genom annan teknik än kabel ska vara skyldiga att förhandla om licensiering av rättigheter till vidareändningen i enlighet med god affärssed" (se förslaget s. 34). Detta får även effekter för medlingslagens tillämplighet (se s. 37 sista meningen).

Vidare anges på s. 33 andra stycket att "frågan om huruvida användning med stöd av avtalslicensen i det enskilda fallet ska få ske när den ursprungliga utsändningen sker "online" bör, på samma sätt som vad gäller vidareändning över internet i en icke kontrollerad miljö, lämpligen överlämnas till avtalsmarknadens parter att bestämma." SFIR anser att 42 § bör ändras så att direktivets avgränsning framgår att primärsändningen inte får ske online, dvs. att vidareändning inte kan förekomma av en ursprunglig signal som sänds ut online.

7 Utsändning av radio och tv vid s.k. direktinjicering

SFIR noterar att regeringskansliets förslag till ny lagregel om direktinjicering i 49 b § i stor utsträckning avviker språkligt från innehållet i den bakomliggande bestämmelsen i artikel 8 i direktivet. SFIR noterar också att skälen för avvikelse från direktivtexten inte klart framgår. SFIR vill åter betona vikten av att svensk lagtext i möjligaste mån genomförs i nära anslutning till direktivtexten, eftersom EU-domstolens praxis på området är vägledande och ibland bindande. Det gäller inte minst "bindande" EU-autonoma begrepp.

SFIR ställer sig frågande till skälet för att inte införa artikel 8.1, som anges vara att denna typ av direktinjicering idag inte förefaller förekomma på marknaden (se s. 41 tredje stycket).

SFIR ställer sig slutligen frågande till varför regeln om direktinjicering placeras i den del av upphovsrättslagen som reglerar närstående rättigheter. Visserligen är sändarföretagens signalrätt en närstående rättighet, men syftet med bestämmelsen är att rättsinnehavare får skälig ersättning för användning av deras verk och prestationer. Regeln är således till skydd för samtliga rättighetshavare.

SFIR:s remissvar har utformats inom SFIR:s upphovsrättsgrupp och transbordergruppen. Det expedieras av universitetslektor Ulrika Wennersten, ansvarig för upphovsrättsgruppen.

Stockholm den 14 januari 2021

Marianne Levin

Prof. Jur. dr, fil. dr h.c.

Ordförande SFIR

Ulrika Wennersten

Universitetslektor

Ansvarig för
upphovsrättsgruppen