

Nordic Entertainment Groups remissvar rörande Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30)

Inledning

Nordic Entertainment Group AB (NENT Group) är ett av världens snabbast växande streamingföretag och Nordens ledande underhållningsleverantör. Vi underhåller miljontals människor varje dag med våra streamingtjänster, TV-kanaler, radiostationer och produktionsbolag, och vårt syfte är att förmedla historier, beröra människor och vidga perspektiv.

Med huvudkontor i Stockholm är vi stolta över vårt nordiska DNA. Den 1 januari 2021 flyttade vi registreringarna för alla våra streamingtjänster och sändningslicenser till Sverige, vilket återspeglar vårt långsiktiga engagemang för Norden och dess kreativa sektor i världsklass. Vi tror att Sverige kommer att utgöra vårt långsiktiga säte för reglering och härifrån kommer vi att fortsätta vår ambitiösa och spännande internationella expansion. NENT Groups streamingtjänst Viaplay finns i Sverige, Danmark, Norge, Finland, Island, Estland, Lettland, Litauen och Polen. Viaplay lanseras i USA den 15 december 2021, Nederländerna den 1 mars 2022 och Storbritannien senare under 2022, följt av Kanada, Tyskland, Österrike och Schweiz i slutet av 2023.

NENT Group investerar mer i nordiskt originalinnehåll än något annat företag och kommer att ha premiär för minst 60 Viaplay Originals 2022.

NENT Group tackar för möjligheten att yttra sig över promemorian om införlivandet av direktiv 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden (direktivet) i svensk rätt. Nedan finns NENT Groups synpunkter på specifika aspekter i promemorian under tre rubriker i) Upphovsrättsligt ansvar för vissa leverantörer av onlinetjänster (artikel 17) och ii) Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt (artiklarna 18-22). Slutligen finns iii) Avslutande reflektioner och huvudbudskap.

I. Upphovsrättsligt ansvar för vissa leverantörer av onlinetjänster (artikel 17)

1. Bakgrund

Idag påverkas NENT Group av piratkopiering i många olika former; olaglig IPTV, kortdelning, olagliga streamingwebbplatser och, för att knyta an till artikel 17, konsumenter som gör vårt innehåll tillgängligt på plattformar som Facebook och YouTube. Kampen mot piratkopiering kräver betydande tid och resurser som skulle kunna spenderas på att investera i ännu mer nordiskt originalinnehåll. En studie¹ från 2021 som genomförts av Mediavision visade att det finns 2,9 miljoner piratkopierare i Norden. Nästan hälften av dessa pirater är från Sverige. NENT Group investerar

¹ <https://www.mediavision.se/en/2021/06/10/mediavision-2-9-million-pirates-in-the-nordics/>

betydande tid och resurser för att ladda upp innehåll till Youtube Rights Manager (Content ID) system. Anspråk och konflikter måste hanteras, vilket också kräver resurser. Utöver interna kostnader betalar NENT Group ca 1 miljon kr/år till organisationer som arbetar mot piratkopiering för vår räkning.

2. Ståndpunkt om det föreslagna genomförandet

NENT Group välkomnar att begreppen "relevant och nödvändig information" och "tillräckligt välgrundad anmälan" inte föreslås vara öppna för tolkning av leverantörerna av onlinetjänsterna för innehållsdelning, utan såvitt vi förstår, kommer att bli föremål för objektiv bedömning i utvecklingen av rättspraxis. Idag kräver s.k. 'Online Content Sharing Service Providers' (OCSSP's) ofta omfattande bevis på innehållsägande av rättighetsinnehavarna, till exempel en kopia av registreringsbeviset med WIPO och annan information som URL till olicensierat innehåll. Detta är besvärligt och kräver avsevärda resurser. Medan dessa administrativa uppgifter utförs, laddas olicensierat innehåll upp till OCSSP och skadar den kreativa sektorn.

När det gäller promemorians tolkning av begreppet "best effort" är NENT Group däremot oroad över tolkningen att begreppet bör tolkas enligt liknande begrepp som används i svensk lag (dvs. "skäligen kan krävas"). Denna tolkning kommer enligt NENT Group att leda till en situation där Sverige inte uppfyller kraven i 17 utan i stället sänker förväntningarna på OCSSP's och deras agerande efter underrättelse om användning av skyddat innehåll. Det är viktigt att tröskeln förblir lika hög i Sverige som i andra medlemsstater, även av harmoniseringsskäl. Själva syftet med ytterligare harmonisering på det upphovsrättsliga område är att rättighetshavarna ska kunna hantera meddelanden om skyddat innehåll i hela EU. NENT Group anser att det är mycket viktigt att vara försiktig när man utarbetar generella regler rörande internet för att undvika onödiga begränsningar på detsamma, men när det gäller direktivets tillämpningsområde har EU-lagstiftaren uppenbarligen sett behovet av ett undantag i vår sektor. NENT Group föreslår därför att det begrepp som används i direktivet även används i svensk lag.

Vidare noterar NENT Group en diskussion i promemorian om hur livestreamingtjänster ska behandlas enligt direktivet.² I promemorian dras slutsatsen att tillfälliga kopior som förekommer under livesändningar inte kan anses uppfylla kravet på lagring och faller därför utanför tillämpningsområdet för artikel 17 i sin helhet. Kommissionens riktlinjer bekräftar denna uppfattning, enligt samma avsnitt i promemorian. När det gäller begreppet 'lagring' är NENT Groups uppfattning dock att hänsyn också måste tas till det övergripande syftet med det regelverk som det ingår i, uttryckets vardagliga användning och betydelse. I en studie³ genomförd av Eleonora Rosati som är professor i IP-rätt vid Stockholms universitet om förhållandet mellan direktivet och förslaget om en inre marknad för digitala tjänster (DSA) så anser författaren att direktivet inte stipulerar något särskilt eller varaktighetskrav för lagringen och noterar att bedömningen ska göras från fall till fall. Rosati skriver bl.a. som följer:

² Se s. 138 f

³ Studien utfördes på uppdrag av organisationen ACT (<https://www.acte.be>) under hösten 2021

”the Directive does not require the storage to satisfy any particular temporal/duration requirement and notes that the assessment is to be conducted on a case-by-case basis (rec. 63) The approach under the directive is thus not necessarily the same as the directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services (the e-commerce directive). One possible interpretation might be that, since art. 17 expressly refers to art. 14 of the e-commerce directive to exclude the applicability of the hosting safe harbour in respect of OCSSP’s copyright-related activities, the storage performed by OCSSP’s of protected content must be neither transient nor temporary for the purpose of art. 2(6) of the directive. Whilst this interpretation could have some merit, Ms Rosati finds that it would also carry a number of shortcomings which, ultimately, suggest that it should be rejected.

First, it appears unhelpful to look at the e-commerce directive for a clarification of the concept of OCSSP: the safe harbours of the former are limitations of liability for third-party unlawful activities, while art. 17 of the directive is about own acts of the provider. OCSSPs by their very nature do not ‘behave’ like the hosting providers referred to in the e-commerce directive. Secondly, if OCSSPs were only providers that perform the storage in the same way as the providers described in art. 14 of the e-commerce directive, it would be difficult to understand why EU legislature eventually chose to adopt the ad hoc notion of OCSSP. Provided that all other requirements under the provision are satisfied, live streaming services may thus qualify as OCSSPs, even in the event that the live streaming functionality was the only one offered by such services. Should art 17 apply and a live streaming service have as its main purpose to engage in or to facilitate copyright piracy, the liability regime in art. 17(4) would not in any case apply (rec 62) nor would the hosting safe harbour set out in the e-commerce directive art. 14.”

Av Rosatis rapport framgår att EU-kommissionens vägledning om art. 17 ska ses som icke-bindande regler (soft law) och därmed inte kan anses utgöra en autentisk tolkning av artikel 17. Därav följer att vägledningen, i enlighet artikel 267 i EUF-fördraget inte kommer vara bindande för EU-domstolen när den avgör ärenden enligt direktivet. När det gäller nationella myndigheter och domstolar menar Rosati att dessa ska beakta vägledningen när de avgör ärenden enligt direktivet p.g.a. den indirekta effekt som ju icke-bindande rätt har. Men icke desto mindre menar Rosati att in enlighet med rättspraxis så kan inte kommissionens vägledning anses ge enskilda rättigheter som skulle gå att åberopa i en domstolsprocess. Sammanfattningsvis anser Rosati (och NENT Group) alltså att kommissionens vägledning inte skall få bindande verkan för EU-domstolen och kan inte i sig bli verkställbar inför nationella domstolar och myndigheter. NENT Group vill uppmärksamma Justitiedepartementet (Ju-dep) om dessa slutsatser som alltså skiljer sig från de som görs i promemorian samt ansluta sig till slutsatserna i hennes rapport.

II. Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt (artiklarna 18–22)

1. Om det föreslagna genomförandet av artikel 18

Som NENT Group har beskrivit i tidigare feedback anser vi att art. 18 i direktivet bör behandlas som en princip som anger att ersättning till rättighetsinnehavare och utövande konstnärer måste vara rimlig. Det gläder oss att se att promemorian förklarar att avsikten med art. 18 inte är att skapa en oeftergivlig rätt till ersättning (t.ex. för avgifter för privatkopior) och att överlåtelse av rättigheter också kan ske utan ersättning. NENT Group anser dock att art. 18 i Sverige redan kan anses vara genomförd i Sverige i gällande lagstiftning och att det därmed inte behövs någon ytterligare lagstiftning för genomförandet. Eftersom vi förstår att Ju-dep dock ser behov av ytterligare svensk lagstiftning, vill NENT Group förmedla att vi i så fall ett behov av det tydliggörs i bestämmelsen att ersättning som fastställs genom kollektivavtal (t.ex. avtal som ingås med kollektivavtal, fackföreningar och liknande) antas vara lämplig och proportionerlig.

2. Om genomförandet av artikel 19

NENT Group uppskattar att kollektivavtal lämnas utanför tillämpningsområdet 29 a § och det föreslagna genomförandet av artikel 19. Vidare anser NENT Group att rapporteringsskyldigheter bör begränsas till situationer där royalties eller annan rörlig ersättning har avtalats och där eventuella intäkter har gjorts och samlats in (d.v.s. om ingen försäljning har gjorts för en viss produktion, behöver ingen rapportering lämnas). Det är också så NENT Group förstår det i promemoria som argumenterar för 29 a § 1 st 1 p. För alla andra situationer anser NENT Group dock att det bör räcka med att tillhandahålla en rapport på begäran från en rättighetshavare eller utövande eller deras företrädare.

Det är viktigt att audiovisuella verk behandlas separat med hänsyn till det stora antalet rättighetshavare och utövande konstnärer som deltar i en audiovisuell produktion. En omfattande rapporteringsskyldighet för var och en av dessa rättighetshavare och utövande konstnärer skulle innebära en tung börda för producenter och medieföretag, vilket i praktiken skulle vara för svårt att uppfylla. För audiovisuella verk bör rapporteringskravet i stället begränsas till information som är rimlig och tillgänglig för den rapporterande parten och endast behöva rapporteras i de fall rättigheter som faktiskt används. Om till exempel en så kallad distributör eller försäljningsagent används för en viss audiovisuell produktion, bör rapporteringskraven för producenten/ medietjänsten för försäljning som görs spegla den rapportering som tillhandahålls av en sådan distributör. Det bör också noteras att produktionsbolag redan idag rapporterar enligt vissa kollektivavtal (bland annat till Scen & Film), och det finns i vår mening och under sådana omständigheter inget behov av att kräva ytterligare detaljer än så. En sådan rapportering är också rimlig enligt NENT Group, eftersom den kan ges till en part som företräder ett antal deltagare i en produktion. Som vi noterar i promemorian ser Ju-dep även fortsatt ett behov av att inkludera en rapporteringsskyldighet i 29 a §. NENT Group

ser alltså inget sådant behov men uppskattar i och för sig begränsningen av de skyldigheter som anges i den föreslagna paragraf 2 i den föreslagna punkten.

Slutligen vill NENT Group understryka att det är av stor vikt att rapporter kan göras och hållas hemliga, för att skydda företagshemligheter för upphovsrättsanvändare och företag. Det bör inte eller införas en skyldighet att lämna in en rapport om inte mottagaren kan garantera rapportens hemlighållande. Det är också viktigt att begäran om information vid underlicensiering görs till den ursprungliga licenstagaren för att underlätta verifiering och identifiering av rättighetshavaren eller den utövande aktören som ber om information. I detta avseende uppskattar NENT Group den föreslagna behandlingen av företagshemligheter i 29 c §.

3. Om genomförandet av artikel 20

NENT Group anser att genomförandet av artikel 20 i Sverige redan är uppfyllt genom gällande lagstiftning i form av 36 § i avtalslagen (AvtL) som skulle kunna användas i alla situationer där ett avtal av någon anledning anses orimligt, och därmed också i den situation som artikel 20 avser. Argumentet i promemorian om att den ordalydelse som används i rättspraxis på 36 § AvtL kan komma att utvecklas av EU-domstolen ändrar inte det faktum att det redan finns en mekanism för detta i Sverige. Om kommissionen skulle kräva fullständig harmonisering mellan medlemsstaterna hade man kunnat välja förordningsverket. Följaktligen behövs ingen ytterligare lagstiftning, som det som föreslås i 29 § 2 st i promemorian. 36 § AvtL är också tillämplig på avtal som reglerar licensiering och överlåtelse av upphovsrätt. Vidare anges principen om att ersättningen för användning av upphovsrätten ska vara rimlig redan i artikel 54 i upphovsrättslagen (URL).

Slutligen noterar NENT Group att artikel 20.2 i direktivet säger att artikel 20.1 inte skall tillämpas på avtal som ingås av enheter som definieras i artikel 3 a och 3 b i direktiv 2014/26/EU, eller av andra enheter som redan omfattas av de nationella bestämmelser som genomför det direktivet. Avtal som ingås mellan rättighetshavare och organisationer som omfattas av lagen om kollektiv upphovsrättsförvaltning (Lag om kollektiv förvaltning av upphovsrätt) ska således undantas från tillämpningsområdet för artikel 20.1. Det gäller alltså inte bara avtal som ingås mellan en sådan enhet och en rättighetshavare eller utövande.

4. Om genomförandet av artikel 21

NENT Group håller med Ju-dep om att genomförandet av artikel 21 redan bör anses vara uppfyllt i Sverige genom de befintliga mekanismerna för skiljeförfarande och medling. Skiljeförfarande fungerar bra som en alternativ tvistlösningsmekanism. Jämfört med en domstolsprocess är skiljeförfarandet snabbt, enkelt och ger sekretess. Det är också möjligt att använda det förenklade förfarandet där så är lämpligt.

5. Om genomförandet av artikel 22

NENT Group föreslår att audiovisuella verk, i enlighet med artikel 22.2 i direktivet, undantas från tillämpningsområdet för den i promemorian föreslagna 29 d §. Audiovisual verk innehåller bidrag från ett stort antal rättighetsinnehavare och utövande konstnärer och om någon av dessa skulle återkalla sin licens eller tilldelning, skulle ingen kunna använda det audiovisuella arbetet i fråga, varken den audiovisuella produktionen som helhet (särskilt om det återkallade arbetet inte kan redigeras ut eller ersättas). innebär att syftet med en sådan bestämmelse (att en rättighetshavare eller utövande skulle kunna utnyttja sin upphovsrätt eller utöva sin rätt på andra sätt) i de flesta fall skulle gå förlorat. Detsamma skulle gälla om en möjlighet att återkalla den exklusiva licensen till ett arbete skulle genomföras. Dessutom är ingen kanal/plattform intresserad av att investera pengar i innehåll som – om än bara delvis - kan dyka upp med en konkurrerande kanal/plattform. I verkligheten skulle det också innebära att färre företag skulle vara villiga att investera i svenska audiovisuella produktioner, vilket skulle göra branschen som helhet med mindre arbetsmöjligheter och mindre pengar spenderade. Därefter kan detta få negativa konsekvenser för den inre marknaden och den fria rörligheten för tjänster.

Vidare föreskriver svensk lag redan en särskild förordning om filmverk i artikel 40 i URL vilket räcker – och redan fungerar i praktiken – i detta avseende. När produktionsbolag väljer en bok eller ett format som bas för ett potentiellt TV-program eller en potentiell film, innehåller sådana optionsavtal ofta en så kallad omsättningsbestämmelse som ger upphovsmannen eller författaren möjlighet att få tillbaka de ursprungliga och optionerade rättigheterna inom ett visst antal år om produktionen inte har startat inom en sådan tid. Den producent som har betalat för produktionen av manusen baserat på boken/formatet äger dock manusen och den särskilda upphovsrätten inom dessa. Så ganska ofta kan skaparen/författaren också köpa sådana skript för en viss summa pengar om han/hon vill utforska produktionsmöjligheterna med någon tredjeparts-producent.

Det bör noteras att de ovanstående beskrivna förfarande endast kan fungera så länge produktionen inte har startat och i samband med underliggande rättigheter som ett format eller en bok. Alla andra rättighets- och rättighetsinnehavare som är knutna till det faktiska innehåll som produceras kan inte ha rätt att återkalla eller återkräva sina rättigheter eller sin ensamrätt till sådana rättigheter som detta skulle i praktiken göra produktionsindustrin lamslagen och ingen kanal/plattform skulle våga investera eftersom avkastningen på investeringen är mycket osäker, eller ens att en produktion kommer att slutföras utan att någon återkallar sina rättigheter eller exklusivitet.

Slutligen gör bestämmelsen i artikel 22.2 andra stycket det möjligt för medlemsstaterna att fastställa tidsfrister i nationell lagstiftning under vilken återkallandet måste användas. En tidsram skulle kunna användas i förslagets föreslagna 29 d § och därmed föreskriva ett något mindre osäkert regelverk för kanaler och plattformar.

III Slutkommentarer och huvudbudskap

En behöver hitta en balans mellan de olika intressen som ska skyddas och upprätthållas för att hålla den svenska audiovisuella innehållsmarknaden flytande och blomstrande. Detta är av yttersta vikt eftersom vi inte kan anta att svenskt audiovisuellt innehåll alltid kommer att vara konkurrenskraftigt och värdefullt på en internationell marknad. Det är absolut nödvändigt att svenska kanaler och plattformar kan få en sund avkastning på sina investeringar i innehåll, att produktionsbolagen kan göra en rimlig vinst på att producera sådant innehåll och att deltagarna också får skälig och proportionell lön för sitt arbete.

Vi vill be Ju-dep att noga överväga genomförandet av denna lagstiftning och se till att den bidrar till att möta nuvarande och framtida krav, i syfte att vårda den audiovisuella produktionsindustrin och säkerställa att nordiskt berättande och svensktillverkade produktioner blir av hög kvalitet, smidiga att producera, lätta att sälja och generera en säker avkastning på investeringen för. För att göra detta måste vi undvika att lägga ytterligare bördor eller begränsningar på produktionsbolagen eller de företag som investerar i produktion av audiovisuellt innehåll. Insatserna som ingår när detta görs är sammanfattningsvis följande:

- I sin analys kring art. 17 hävdar Ju-dep att uttrycket 'best effort' tolkat i en svensk kontext bör omsättas med 'det som skäligen kan krävas'. NENT Group menar att den svenska lagstiftaren inte kan tolka om begreppet i enlighet med svensk praxis, utan att de höga kraven måste förbli, att så inte bara är fallet i anglosaxisk lag, utan att innebörden som ett mycket högt krav också används internationellt och att begreppet därför i allmänhet tolkas som ett mycket högt krav inom EU.
- I sin analys av tillämpligheten av art. 17 på livestreamingtjänster, har NENT Group en annan tolkning som ger slutsatsen att vissa delar av art. bör tillämpas också på livestreamingtjänster (i enlighet med Eleonora Rosatis studie).
- NENT Group vill understryka att de avtal och parter som ingåtts mellan rättighetsanvändare och fackliga organisationer som företräder rättighetshavare och utövande konstnärer, redan är jämställda och balanserade i Sverige. Det leder i sin tur till att betalningarna och villkoren redan är rättvisa, rimliga och proportionerliga. Syftet med direktivet är bland annat att föreskriva en hög skyddsnivå för rättighetshavare. NENT Group instämmer i slutsatsen i promemorian att det svenska systemet för kollektiv licensiering är tillräckligt och i linje med intentionerna i direktivet.⁴ Men i enlighet med vår specifika feedback ovan anser vi att syftena uppfylls utan ytterligare krav i den svenska lagstiftningen.
- När det gäller rapporteringsskyldigheterna inom sektorn för audiovisuellt innehåll sker sådan rapportering redan i dag enligt kollektivavtalen och är mycket effektiv och ändamålsenlig. Inget ytterligare krävs för att genomföra direktivet.

⁴ Se sidan 95 f