

JURIDISKA INSTITUTIONEN
Stockholms universitet

Portabilitetsförordningen

Johanna Almén

Examensarbete i immaterialrätt, 30 hp
Examinator: Jan Rosén
Stockholm, Höstterminen 2016



Stockholms
universitet

Abstract

The European Commission has due to the lack of cross-border accessible digital content on the internet proposed a "Regulation of the European Parliament and of the Council on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market". The Commission aims to solve the problem by introducing an obligation which will make the service providers of digital online content offer cross-border access of the content. This will, according to the Commission, reduce the problem and meet consumer demand for cross-border portability across the EU.

Copyright protected content is previously regulated through EU-directives and also international conventions, but the harmonization mostly concerns formalities and ensures equal treatment of copyright protected content throughout the EU. However, every member state has the freedom to control its own laws concerning the material regulations, such as how copyright is obtained and what makes an intrusion of the right. This is called the principle of territoriality and is one of the most important aspects of rules of the intellectual property rights. The proposed regulation will affect the principle of territoriality because of the way the copyright protected material is licensed between right holders and service providers. Normally, the license agreements are based upon the principle of territoriality, according to the territories of the member states. The Commissions regulation will however affect this because the consumers will be granted cross-border portability.

The key factor of the regulation is that the consumer has to fulfill two criteria. The consumer has to use the service in a different member state than "the Member State of residence". The consumer also has to be "temporarily present" in this other member state. The meaning and application of these two criteria are unclear and questioned by many different commenters of the proposal. It is clear however, that the content is not meant to be permanently available across the union, in which case the intrusion of the principle of territoriality and the stakeholders contractual freedom would be too far-reaching.

There seems to be no regulation or stipulation standing in the way of EU imposing the regulation of cross-border portability. Stakeholders might be affected negatively, however the risk of considerable effects is significant according the Commission. The regulation is since the 29 November 2016 approved. Further negotiations between the European Parliament, the Council and the Commission will be held to modify the regulation to its final result.

Portabilitetsförordningen

Innehållsförteckning

Portabilitetsförordningen	1
1. Introduktion	3
1.1 Inledning till ämnet	3
1.2 Syfte och avgränsningar	4
1.3 Frågeställningar	5
1.4 Metod och material	5
2. Upphovsrättens grundläggande struktur	7
2.1 Kort om upphovsrätten	7
2.2 Lagstiftning	8
2.2.1 Svensk lag	8
2.2.2 Internationella konventioner	8
2.2.3 EU-rätt	9
2.3 Territorialitet	11
2.4 Nationell behandling	13
2.5 Den inre marknaden	13
3. Förordning om portabilitet	14
3.1 Bakgrund	14
3.1.1 Vad är en innehållstjänst?	14
3.1.2 Vad innebär förordningen?	15
3.2 Problembeskrivning	16
3.2.1 Grund	16
3.2.2 Olika tillgång på gränsöverskridande portabilitet	18
3.2.3 Geografisk blockering och piratkopiering	20
3.3 Syfte	21
3.4 Tillämplighet	22
4. Hur uppnås portabilitet?	24
4.1 Vad innebär ”hemmedlemsstat” och ”tillfälligt närvarande”?	24
4.2 Vad händer när förordningen tillämpas?	26
4.3 Aktörer som påverkas	29

4.3.1 Konsumenter	29
4.3.2 Rättighetshavare	30
4.3.3 Tjänsteleverantörer	31
4.4 Alternativa lösningar	31
5. Förenlighet	33
5.1 Kan EU införa förordningen?	33
5.2 Legalitet, subsidiaritet och proportionalitet	33
5.3 Territorialitet i ena vågskålen, den inre marknaden i den andra	35
5.4 Förenlighet med övriga bestämmelser	37
5.5 Varför förordning och inte direktiv?	40
6. Sammanfattande åsikter	43
6.1 Från svenska myndigheter och aktörer	43
6.2 Om territorialitet, ensamrätt och avtalsfrihet	45
6.3 Målet mot en digital inre marknad	47
6.4 Vad händer nu?	48
7. Uppsummering, diskussion och slutsatser	49
10. Källförteckning	52

1. Introduktion

1.1 Inledning till ämnet

Ämnet för uppsatsen är det förslag till förordning som EU-kommissionen (härefter kommissionen) valt att kalla *Förordningen om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden*.¹ Den kommer genomgående att kallas *Portabilitetsförordningen* i det här arbetet. Förslaget presenterades den 9 december 2015 och Europaparlamentet har sedan dess presenterat ett betänkande med ändringsförslag. Betänkandet är daterat den 21 juni 2016.² Begreppet ”gränsöverskridande portabilitet” är en rättslig fiktion³, vilket öppnar upp för att förordningen inte behöver strida mot de bestämmelser och normer som redan finns på området.⁴ Förordningen syftar i det stora perspektivet till att öka portabiliteten av gränsöverskridande tjänster på den inre marknaden i EU och mer specifikt i det här fallet att öka portabiliteten för gränsöverskridande innehållstjänster online.⁵ Kort sagt innebär det att en EU-medborgare som i sin hemmedlemsstat⁶ har köpt eller hyrt innehåll alternativt prenumererar på en innehållstjänst online obehindrat ska kunna resa inom EU och fortfarande ha samma tillgång till tjänsten som i hemmedlemsstaten. Som det ser ut i dagsläget kan den som reser inom EU bli avskärmd från sina onlinetjänster med hänvisning till att materialet inte är tillgängligt inom det aktuella territoriet på grund av begränsande licensavtal.

Att EU har valt att presentera ett förslag om införande av en förordning väcker vissa frågor och problemställningar, därför att även om förslaget syftar till att stärka den inre mark-

¹ Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, (COM(2015) 627 final), (SWD(2015) 270 final), Europeiska kommissionen, Bryssel den 9/12 2015.

² Förslag till betänkande om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, Europaparlamentet, Utskottet för rättsliga frågor, COM(2015)0627.

³ En påhittad lösning som tillskrivs en viss funktion. Har skapats av rättsordningen eller lagstiftaren.

⁴ Förslag till yttrande från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd till utskottet för rättsliga frågor över förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden (COM(2015)0627-C80392/2015-2015/0284(COD)), Europaparlamentet, Utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, Marco Zullo, s. 3.

⁵ Det engelska ordet online används fortsättningsvis synonymt med ”på internet” med hänvisning till att förordningens namn även på svenska innehåller ordet. Exempel på innehållstjänster är Spotify och Netflix, se vidare avsnitt 3.1.1.

⁶ Hemmedlemsstat används synonymt med hemland/hemvist och syftar på den medlemsstat inom EU där konsumenten köpt, hyrt eller prenumererar på tjänsten.

naden och undanröja hinder för den fria rörligheten inom unionen så måste grundläggande principer om proportionalitet, subsidiaritet⁷ och territorialitet beaktas. Dessa grundläggande principer måste vägas mot EU:s intresse av att industrin för audiovisuellt innehåll ständigt växer och får en allt mer betydande ekonomisk roll inom hela unionen. EU:s samlade kulturella utbud växer och måste skyddas genom upphovsrätt och närstående rättigheter samtidigt som så mycket som möjligt ska vara tillgängligt för alla unionsmedborgare och inom hela EU oberoende av var rättigheterna skapats eller uppkommit.

1.2 Syfte och avgränsningar

Syftet med uppsatsen är att utreda vad förordningen kommer att innebära i ett upphovsrättsligt sammanhang, både i ett rättsvetenskapligt hänseende men också för den praktiska tillämpningen av befintlig lagstiftning. Det finns många intressanta frågeställningar som uppkommer vid införandet av en ny lagbestämmelse, och eftersom en förordning kommer från EU uppkommer även frågor om territorialitet och tillämpbarhet i förhållande till nationell lagstiftning. Den centrala frågeställningen blir därmed hur förordningen kommer att fungera med övrig upphovsrättslig lagstiftning, främst ur ett EU-rättsligt perspektiv men även ur ett nationellt och internationellt sådant. Utgångspunkten för arbetet ligger i EU:s syfte med förslaget och vad det för med sig för utvecklingsmöjligheter på det upphovsrättsliga området. Uppsatsen kommer att vara inriktad på att utreda och problematisera förslaget i relation till den lagstiftning som finns idag. Arbetet kommer i och med detta i viss mån utreda vad medlemsländernas, rättighetshavarnas och tjänsteleverantörernas inställning till förordningen är och hur den kommer att beröra parterna i praktiken. Tanken är att uppsatsen på detta sätt ska kunna redogöra för förordningens lämplighet både i förhållande till upphovsrättens utformning men även i förhållande till rättigheternas utnyttjande ur ett kommersiellt hänseende.

Den immaterialrättsliga lagstiftningen har historiskt sett varit präglad av territorialitet, men är numera mer och mer styrd från EU-rättsligt håll. EU har som mål att skapa en enhetlig inre digital marknad och därför kommer området för immaterialrättslig lagstiftning från EU sannolikt att fortsätta växa. Det finns många frågor inom upphovsrätten som kan diskuteras i relation till EU-rätten, men eftersom den här uppsatsen kommer att fokusera specifikt på förslaget till förordningen om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehåll-

⁷ Ordet betyder stöd och handlar kort om på vilken nivå i samhället beslutsmakten ska ligga. Se vidare avsnitt 5.2.

stjänster online på den inre marknaden så kommer avgränsningar göras utifrån vad som är relevant att diskutera i relation till den. Frågor som rör tillämpningen, problem som förväntas uppkomma, konsekvensanalys och andra intressanta aspekter analyseras. De begrepp som används i förordningen kommer att utredas och diskuteras närmare i den mån det är intressant för tillämpningen. Det centrala i upphovsrätten; dess ensamrättsliga grund, rättighetshavarna och hur rätten överläts berörs för att ge förordningen en kontext. Övriga delar av upphovsrättslagstiftningen berörs inte, vilket är ett medvetet val för att hålla arbetet koncentrerat kring det specifika ämnet. I den mån övrig EU-rättslig lagstiftning på upphovsrättsområdet samt internationella konventioner är intressanta som jämförelse kommer de att tas upp i korthet.

1.3 Frågeställningar

Vad innebär förordningen och hur ska den tillämpas?

Hur motiverar EU förslaget - vad är syftet och målen bakom?

Hur fungerar förordningen i relation till övrig lagstiftning?

Vilka problem och konsekvenser kan förutses?

Hur kommer förslaget att tas emot av berörda aktörer?

1.4 Metod och material

Uppsatsen kommer att i första hand grundas på det förslag som kommissionen presenterat.⁸ Både de skäl som presenteras i lagtextförslaget och de artiklar som utformats kommer att fungera som källor. Även de utredningar som gjorts inför förslaget kommer att användas, bland annat den omfattande konsekvensbedömning som kommissionen gjort för att utreda förslagets inverkan på lagstiftning, medlemsstater, konsumenter och övriga aktörer på marknaden. För att få ytterligare åsikter samt kritik till förslaget kommer de ändringsförslag som presenterats efter hand sedan det första förslaget kom i december 2015 att användas som grund och utöver det flera remissvar från olika myndigheter och svenska aktörer som finns att finna på internet. Vad som sagts om förslaget i övriga medlemsstater kommer inte att beröras närmare. Domar, beslut och andra dokument från EU kommer också att fungera som rättskällor. Utöver det kommer svensk lag och de EU-direktiv som finns på området att beröras ytligt, som grund för den lagstiftning som finns på upphovsrättsområdet i dagsläget. Information om onlinetjänster kommer att sökas främst på internet.

⁸ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning.

Det här är en uppsats med fokus på att utreda en potentiellt ny lagstiftning, vilket innebär att det bakomliggande arbetet och syftet med lagen är av största intresse. I svensk rätt ingår användning av lagtext, förarbeten, praxis och doktrin i ett arbete som bygger på rättsdogmatisk metod.⁹ I den här uppsatsen är de svenska rättskällorna av mindre betydelse eftersom den utgår från ett förslag till en förordning från EU. Rättskällorna är därmed övervägande EU-rättsliga. Källorna inom EU-rätten består av primärrätt, sekundärrätt, rättspraxis och doktrin. Primärrätten består av Fördraget om Europeiska Unionen (FEU), Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF) och EU:s rättsprinciper som finns nedtecknade i Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Sekundärrätten består av förordningar, direktiv och beslut, stiftade av EU:s organ. All sekundärrätt skapas i enlighet med fördragens bestämmelser, principer och mål. Sverige omfattas av EU-rätten och har en skyldighet att tillämpa de förordningar och anta de direktiv som EU beslutar om.¹⁰ En viktig rättskälla i EU och för medlemsstaterna är EU-domstolen. EU-domstolen tolkar EU-rättsliga bestämmelser och nationella domstolar kan och bör i vissa fall vända sig till EU-domstolen för vägledning.¹¹ På så sätt kan EU-domstolen sägas agera som lagstiftare.

Alla EU:s åtgärder ska tolkas så att deras ändamålsenliga verkan uppnås. En teleologisk tolkning är i fokus. Detta kallas för doktrinen om *effet utile* som ger vägledning för hur rättsakterna ska tolkas och tillämpas. Det är viktigt att EU-rätten tolkas så som den är tilltänkt, och eftersom det främst är medlemsstaterna som tillämpar lagstiftningen blir det en större utmaning än om EU kunde tillämpa lagstiftningen först. *Effet utile* kan sägas utgöra en skyldighet för medlemsstaterna att ge EU-rätten direkt effekt och företräde, och även en regel som säger att ändamålet ska vara styrande för tolkningen. Ändamålet med åtgärden ska beaktas, men även medlemsstaternas särskilda intressen måste respekteras, vilket ställer upp utmaningar vid lagstiftningsarbetet.¹² Det kommer att bli tydligt även i detta arbete, och därför har båda dessa aspekter tagits upp och diskuterats. Till skillnad från i svensk rätt är EU-rättens förarbeten inte av lika stor vikt och speciellt inte som rättskälla vid tolkningen av EU-rättsakter. I den här uppsatsen är dock de förarbeten som gjorts från EU:s sida intressanta därför att de tydligt redovisar syftet bakom lagförslaget, vilket är en viktig aspekt vid införandet. Dessu-

⁹ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, upplaga 3, 2015, Norstedts Juridik, s. 43.

¹⁰ Korling, Fredric, Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, upplaga 1:3, 2013, Studentlitteratur, s. 112 f.

¹¹ Korling, s. 115.

¹² Korling, s. 114.

tom gör förarbetena det tydligt varför kommissionen valt att föreslå en förordning framför en annan typ av rättsakt och hur de beräknar att förslaget kommer att påverka den inre marknaden.

2. Upphovsrättens grundläggande struktur

2.1 Kort om upphovsrätten

Upphovsrätten skyddar enligt svensk lag litterära och konstnärliga verk. Allt som är alster av andligt skapande inbegrips i definitionen, det kan exempelvis handla om musikaliska verk, dramatiska verk, filmverk eller framställningar i tal eller skrift.¹³ De kriterier som alstret ska uppfylla för att få skydd kommer inte att tas upp i det här arbetet. Upphovsrätten till ett verk uppstår automatiskt när det skapas och kan inte registreras. Skyddsobjektet till upphovsrätten är ”den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk”, även kallad upphovsmannen. Begreppet syftar på en eller flera fysiska personer, aldrig en juridisk person eller en obestämd personkrets. Förutom själva upphovsrätten finns det rättigheter som är så kallade närstående rättigheter. De kan gälla till förmån för konstnärer, producenter till film, musik, radio och tv, framställare av olika typer av databaser och fotografer. Vissa verk kan skyddas av både upphovsrätt och närstående rättigheter, t.ex. fotografier. En skillnad mellan upphovsrätt och närstående rättigheter är att skyddet inte enbart behöver gälla för själva skapandet av verket utan även för framförandet – till exempel för producenter av radio och tv.

Upphovsrätten till ett skyddat verk kan således överlåtas enligt lag, med undantag för den ideella rätten.¹⁴ I själva verket är det sällan rätten överlåts i sin helhet och för alltid, därför kallas den herefter upplåtelse. Upplåtelsen kan innebära olika saker, men oftast går rätten att mångfaldiga, distribuera, trycka, ge ut och så vidare över från upphovsmannen eller en upphovsrättsorganisation till en exploator. Upplåtelsen gäller då oftast för en viss tid eller för ett visst antal upplagor. Det finns olika typer av upplåtelse av immateriella rättigheter och de kan variera i oändlighet eftersom de bygger på avtal mellan parterna. I svensk rätt är dessa avtal det samma som licenser, de kallas oftast licensavtal. Grundprincipen inom avtalsrätten är avtalsfrihet och eftersom reglerna som rör överlåtelse i svensk lag är dispositiva gäller det även licensavtal. Avtalsvillkoren avgör hur stor del och med vilka begränsningar upphovsrätten up-

¹³ Justitiedepartementet (2005) Upphovsrätt: Information om rättsreglerna, Informationsmaterial Regeringskansliet. Tryck: Graphium Norstedts Tryckeri, s. 8.

¹⁴ 27 § och 3 § URL.

plåts. Konkreta exempel på licensavtal är sådana mellan författare och bokförlag om utgivning av en bok, eller mellan en musiker och ett skivbolag för utgivning av musik. Det finns olika typer av licenser, däribland enkel licens, avtalslicens och tvångslicens.

För att ta vara på upphovsmäns rättigheter och bevaka deras intressen finns det upphovsrättsliga organisationer. De sköter det administrativa och bevakar rätten så att skyddade verk inte blir utnyttjade utan tillstånd. Exempel på sådana är Copyswede och STIM. De här organisationerna har stor betydelse vid lagstiftningsarbete och utredningar både på ett nationellt plan och internationellt, något som gällt även inför antagandet av portabilitetsförordningen. Upphovsrättsorganisationerna har i sin tur avtal med tjänsteleverantörer som vill nyttja verken, såsom olika radiostationer, tv-bolag, musiktjänster osv.¹⁵

2.2 Lagstiftning

2.2.1 Svensk lag

Den lag som finns tillämplig gällande upphovsrätt är i Sverige upphovsrättslagen, (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk [cit. URL] och två äldre förordningar som hör till. Den ena förordningen innehåller en del bestämmelser om hur lagen bör tillämpas, den andra innehåller bestämmelser om Bernkonventionens regler om skydd för utländska verk. Eftersom det numera finns direktiv från EU är de två förordningarna av mindre betydelse och kommer därmed inte att beröras i det fortsatta arbetet.

2.2.2 Internationella konventioner

Marknaden för upphovsrättsliga verk har aldrig varit begränsad till det land där upphovsrätten tillkommit. Skapande, tryckning, översättning, produktion, distribution och försäljning har länge skett i olika länder och därför har flera internationella överenskommelser skapats för att hålla samman rättigheterna. Sverige har anslutit sig och antagit de olika konventionerna långt innan medlemskapet i EU. Många regler har tillkommit från EU, men de internationella överenskommelserna gäller fortfarande och EU:s regler har anpassats för att inte hamna i konflikt med dem.

Den första internationella överenskommelsen såg dagens ljus år 1886 i form av Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk. I Bernkonventionen finns stadgat minimiregler för det upphovsrättsliga skyddet och även regler om att skyddet ska gälla

¹⁵ Levin, *Lärobok*, s. 87-88.

över landsgränserna, så kallad nationell behandling. Det innebär att varje land som har anslutit sig till Bernkonventionen har en skyldighet att tillämpa samma regler för allt upphovsrättsskyddat material, oavsett i vilket av medlemsländerna rätten uppkommit.¹⁶ Sverige antog konventionen 1904 och än idag är det ett av de viktigaste regelverken för upphovsrätten. Där stadgas, förutom regler om nationell behandling och minimiskydd, att upphovsrättsskydd ska uppstå förutsättningslöst och utan formkrav. Konventionen uppdaterades regelbundet fram till 1971, men därefter har den inte ändrats eftersom medlemsländerna inte kunnat enas. Därför har flera kompletterande överenskommelser tillkommit efter det. Dessa är TRIPS-avtalet (Trade Related aspects of Intellectual Property Rights) från 1994 och två protokoll till Bernkonventionen från 1996; WIPO Copyright Treaty och WIPO Performance and Phonograms Treaty.¹⁷

Eftersom det var svårt att modernisera Bernkonventionen enades de medlemsländer som var anslutna till GATT-avtalet (General Agreement on Tariffs and Trade)¹⁸ om att anta WTO-överenskommelsen (The World Trade Organisation Agreement). I och med den skapade man organisationen WTO (World Trade Organisation) och då antogs TRIPS-avtalet som administreras av WTO. TRIPS-avtalet hade som syfte att fylla det rättsliga tomrum som fanns internationellt, men ändå fungera i harmoni med övriga konventioner, däribland Bernkonventionen. Alla länder som är anslutna till WTO är förpliktade att ha regler om nationell behandling, mest-gynnad-nation behandling¹⁹ och minimiskyddet från Bernkonventionens artiklar 1-21, med undantag för det ideella skyddet som är starkt reglerat på nationell nivå.²⁰

2.2.3 EU-rätt

EU har i syfte att harmonisera upphovsrätten infört flera olika direktiv på området. Det är framför allt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhäl-

¹⁶ Artikel 2 Bernkonventionen.

¹⁷ Renman Claesson, Katarina, *Digitala påfrestningar på upphovsrätten. En genomgång av Katarina Renman Claesson*, 2001, s. 8-9.

¹⁸ Ett multilateralt handelsavtal som reglerar handel med varor över landsgränser.

¹⁹ Medlemsländerna får inte ge något annat medlemsland fördelar gällande import eller export av varor eller tjänster.

²⁰ Renman Claesson, s. 10.

let [cit. Infosoc-direktivet] som är av betydelse. Direktivet är införlivat i svensk rätt, vilket innebär att den genom lagändringar finns integrerad i lagtexten.

Den immaterialrättsliga äganderätten finns uttryckt i artikel 17.2 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Stadgan är en del av den EU-rättsliga primärrätten som får direkt genomslag i alla medlemsländer. Allt som EU lagstiftar om måste vara i linje med primärrätten, oavsett om det rör sig om en förordning, ett direktiv eller någon annan rättsakt från EU. I artikel 17.1 stadgas dock att nyttjande av egendom får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen. Utan den regeln hade EU inte haft möjlighet att införa exempelvis portabilitetsförordningen eftersom den innebär ett ingripande i rättighetshavarens äganderätt till immaterialrätten.

För att EU ska kunna utfärda direktiv med giltig verkan måste legalitetsprincipen vara uppfylld. Den innebär att EU inte har behörighet att verka på andra områden än där medlemsstaterna tilldelat unionen kompetens genom fördragen. Legalitetsprincipen reglerar förutom den generella kompetensen även när och hur EU får utnyttja sin makt. På vissa områden saknar EU befogenhet att ta beslut, därför är det viktigt att avgöra vilken kompetens EU har i varje fråga för att ta reda på om ett beslut är bindande för medlemsstaterna. Utan kompetens kan inte EU lagstifta eller besluta med bindande skyldighet för medlemsstaterna.²¹ När det gäller kultur har EU endast stödjande, samordnande eller kompletterande befogenhet, det går att finna i artikel 165-169 FEUF.²² Att EU har generell makt på området innebär inte alltid att det gäller i det konkreta fallet där EU vill lagstifta. Två grundläggande principer påverkar när och hur EU får utöva sin makt. Dessa är subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen. Subsidiaritetsprincipen innebär i korthet att en åtgärd ska vidtas bara på EU-rättslig nivå om den inte kan uppnås av medlemsstaterna själva och på grund av omfattning eller verkningar bättre kan uppnås på unionsnivå. I praktiken tar sig subsidiaritetsprincipen uttryck på så sätt att de nationella parlamenten har rätt att kontrollera förslag till EU-lagstiftning innan beslut tas. Anser tillräckligt många av medlemsländerna att lagförslaget strider mot subsidiaritetsprincipen så omprövas förslaget av den ansvariga EU-institutionen.²³

²¹ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Upplaga 5, 2014, Norstedts Juridik AB, s. 37.

²² Bernitz, s. 39.

²³ Bernitz, s. 41.

Proportionalitetsprincipen är en begränsande princip som finns fastställd i artikel 5.4 FEU och ska hjälpa EU att avgöra när de får utöva sin makt. Kriterierna för tillämpningen av den finns fastställda i protokoll nr 2 som fogats till Lissabonfördraget. Den används ofta i samband med subsidiaritetsprincipen i bedömningen, tillsammans anger de gränserna för vilka åtgärder EU:s institutioner får vidta i olika situationer. Alla åtgärder måste vara nödvändiga för att uppnå målen i fördragen – ågerandets form och innehåll ska stå i proportion till vad som anses vara målet med åtgärden. Det ska råda balans mellan mål och medel och det ska vara sannolikt att målet kan uppnås genom de åtgärder som vidtagits. Först görs en bedömning om ändamålsenlighet, sen nödvändighet och sist en avbalansering. I varje fall blir det en helhetsbedömning av situationen, även om mer ingående bedömningar förekommer.²⁴

Artikel 26 EUF stadgar att unionen ska besluta om åtgärder som har till syfte upprätta den inre marknaden och säkerställa dess funktion, som kan sägas utgöra grunden i EU:s samarbete. Den inre marknaden definieras som ett område utan gränser med fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. Det är rådet som beslutar om att anta de förslag som kommer från kommissionen. Rådet ska även fastställa regler och villkor för att säkerställa den inre marknadens funktion. Alla åtgärder från EU ska vara i linje med den.

Artikel 114 och 118 EUF gäller tillnärmning av lagstiftning. Artikel 114 stadgar hur de mål som anges i artikel 26 ska nås. Den gäller såvida ingenting annat föreskrivs i fördragen. Som regel ska det ordinarie lagstiftningsförfarandet tillämpas av Europaparlamentet och rådet när en förordning antas gemensamt av de två organen. Beslutet fattas i rådet med kvalificerad majoritet. Artikel 118 är inriktad på immateriella rättigheter. Parlamentet och rådet ska föreskriva åtgärder som säkerställer ett enhetligt skydd inom unionen och samordna systemet för det på unionsnivå. De tre artiklarna ger i kombination EU rätt att skapa lagstiftning på immaterialrättens område, med iakttagande av de grundläggande fri- och rättigheter som återfinns i den europeiska stadgan om rättigheter.

2.3 Territorialitet

Upphovsrätten är reglerad genom internationella konventioner och EU-direktiv, men i dem uppställs endast vissa generella regler som gäller de anslutna länderna. Den materiella upphovsrätten, och även stora delar utav den formella rätten är däremot reglerad på nationell basis. Det har sin grund i att upphovsrätten är och alltid har varit territoriellt begränsad enligt

²⁴ Bernitz, s. 41-44.

territorialitetsprincipen. Den kommer till uttryck i artikel 5 i Bernkonventionen, både i 5.1 om nationell behandling och minimiskydd och i artikel 5.3. Dessutom har den fastställts av EU-domstolen²⁵ som en grundläggande princip på upphovsrättens område. Principen innebär att de olika upphovsrättsreglerna är knutna till ett visst territorium som utgörs av de enskilda medlemsstaterna. Den nationella rätten kan bara reglera handlingar som vidtas inom det nationella territoriet och medlemsstaterna agerar därför enligt sina nationella regler och erkänner bara sin egen upphovsrätt. Förutsättningarna för skydd bestäms av lagen i det land där rätten görs gällande och är helt oberoende av vad som gäller för samma rättigheter inom ett annat territorium. För att förklara det på ett enkelt sätt kan sägas att ett verk som är skyddat i Sverige bara åtnjuter skydd inom Sveriges gränser. Om verket istället ska nyttjas i Danmark gäller danska regler för om det kan få skydd och på vilket sätt det kan skyddas. Naturligtvis innebär territorialitetsprincipen problem när skapelser nyttjas över landsgränser eftersom det aktualiserar flera olika nationella regelverk. Inom EU till exempel finns 28 olika upphovsrättsliga lagstiftningar som verkställs i respektive land.²⁶ När det gäller att få skydd för sina rättigheter blir territorialitetsprincipen dock inte särskilt betydande för Bernkonventionens medlemmar. I artikel 5.2 Bernkonventionen stadgas nämligen ett formlöst upphovsrättsligt skydd, som är en minimirättighet och får åtnjutas och utövas oberoende av om skydd finns i verkets hemland.²⁷

De territoriella begränsningarna av upphovsrätten kan leda till problem i form av hinder för den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna, även om det handlar om helt vanliga och icke diskriminerande utövanden av nationella bestämmelser.²⁸ Det finns ingen möjlighet för medlemsstaterna att på egen hand införa regler som är gränsöverskridande. Om sådana regler ska uppkomma måste medlemsstaterna samarbeta för att uppnå avtal som gäller mellan länderna, något som EU kan göra åt dem.

²⁵ Mål C-192/04, Legardère Active Broadcast mot mot Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) och Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), 2005, p. 46.

²⁶ Briefing European Parliamentary Research Services, EU copyright reform: Revisiting the principle of territoriality, s. 3.

²⁷ Levin, Marianne, *Undantaget från nationell behandling i Bernkonventionens artikel 2:7*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, nr 2, 1990, s. 197-198.

²⁸ Levin, *Lärobok*, s. 29.

2.4 Nationell behandling

Nationell behandling innebär att verk som har sitt ursprung i en medlemsstat ska ha samma rättigheter som regleras specifikt i Bernkonventionen och ges samma skydd som medlemsstaten ger sina egna medborgare. Detta stadgas i artikel 5.1.²⁹ De anslutna staterna åtar sig att värna om och respektera de rättigheter som tillerkänns i det egna landet även för utländska verk. Regeln om nationell behandling skulle kunna beskrivas som ett avsteg från territorialitetsprincipen, som ju utgör grunden för hur immaterialrätten är uppbyggd på ett internationellt plan. Kravet finns intaget i flera av de konventionstexter som Sverige är anslutna till, förutom Bernkonventionen även WPPT (artikel 4) och TRIPS-avtalet. Kraven sträcker sig lite olika långt beroende på sammanhang men kan sammanfattas som att även om en stat har rätt att bestämma hur immaterialrätten ska genomföras i nationell rätt så måste samma fördelaktiga bestämmelser som ges till statens egna medborgare även ges till alla som är medborgare enligt konventionens bestämmelser.³⁰

2.5 Den inre marknaden

Den inre marknaden kan sägas utgöra EU:s grund. I artikel 26 FEUF finns stadgat att unionen ska bygga på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft, eftersträva full sysselsättning och sociala framsteg. Den är ett område utan inre gränser där fri rörlighet av varor, personer, tjänster och kapital är i fokus. Det ska alltid råda likabehandling och all form av diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden.³¹ Ett uttryck för det kan sägas vara regeln om nationell behandling. Ett viktigt medel för EU att nå målen för den inre marknaden är harmonisering av nationell lagstiftning enligt artikel 114.1 FEUF. De ekonomiska målen går utöver vad som krävs för att skapa och behålla den inre marknaden. Målen handlar om att upprätta en ekonomisk och monetär union enligt artikel 3.4 FEU. EU har uttalat att på grund av den förändring som sker i hur kreativt innehåll skapas, distribueras och används samt eftersom efterfrågan på digitalt innehåll hela tiden ökar så behövs en tydligare europeisk ram för

²⁹ Ds 2003/35 Upphovsrätten i informationssamhället. Genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m, s. 429.

³⁰ Ds 2003/35, s. 429 f.

³¹ Bernitz, s. 35-36.

att få en fungerande inre marknad.³² Som det är nu speglar inte den europeiska marknaden EU:s kulturella bredd. Behovet av lagligt innehåll är större än tillgången, vilket medför att konsumenterna kringgår begränsningarna med hjälp av geografisk blockering och piratkopiering, se vidare avsnitt 3.2.2. Kommissionen har därför uttalat att den inre marknaden måste stärkas genom mer harmonisering av de nuvarande upphovsrättsbestämmelserna.³³

3. Förordning om portabilitet

3.1 Bakgrund

3.1.1 Vad är en innehållstjänst?

Såsom tidigare har beskrivits är förslaget till portabilitetsförordning en lösning som innebär en möjlighet för europeiska medborgare att ha tillgång till sina innehållstjänster online över hela EU. Vad är då en innehållstjänst? Förordningen tar sikte på situationer när en konsument har köpt eller hyrt eller kontinuerligt prenumererar på en innehållstjänst som finns att tillgå online. Oftast tecknar en konsument ett abonnemang i sitt hemland, där det för det mesta säljs exklusivt – dvs. som enda land där just det innehållet finns att tillgå. Exempel på onlinetjänster är Netflix, HBO Nordic och Storytel som levererar filmer, serier och ljudböcker kontinuerligt mot betalning per månad. Exklusiviteten gör att rättighetshavarna kan maximera sina intäkter på marknader där efterfrågan är som störst genom att skraddarsys konceptet så att det passar varje marknads individuella preferenser. Det innebär till exempel att rättigheterna att sända Premier League-matcher, vilka förmodligen är som mest efterfrågade i Storbritannien, kommer att inbringa högst intäkter där. Även reklam och marknadsföring kan skraddarsys på så sätt att den träffar rätt målgrupp.

De tjänsteleverantörer som vill använda sig av upphovsrättsligt skyddat material i sina tjänster måste införskaffa en licens från rättighetshavarna för det innehåll som de vill sända. Licenserna måste täcka de territorier i vilka de vill göra tjänsten och innehållet tillgängligt. Hur licenserna är utformade beror på vilket innehåll det gäller och vilken kategori som rättighetshavaren tillhör. Rättigheter som täcker audiovisuellt innehåll licensieras normalt sett av producenterna och när det gäller så kallat premium-innehåll³⁴ på exklusiv territoriell basis.

³² Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén. Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten. Bryssel den 9.12.2015. COM(2015) 626 final, s. 2.

³³ Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten, s. 3-4.

³⁴ Det handlar ofta om film och serier som anses vara mest attraktivt i ett kommersiellt hänseende.

Rättigheter för musik licensieras delvis av skivproducenter och musikförläggare och delvis av organisationer såsom STIM i Sverige och oftast utan att vara territoriellt exklusiva. Rättigheter att sända sportevenemang, dvs. tillstånd som ges av sportarrangörer till en radio- eller tv-station (sändarrätten måste hållas isär från den rätt sändaren har till själva sändningen) eller till en annan tjänsteleverantör så att de kan föra sporteventet vidare till allmänheten, säljs oftast inte enskilt för ett sportevenemang utan flera tillsammans. Exempelvis så säljs sändningsrättigheterna till premium sportinnehåll ofta under budgivning och i paket, exempelvis när det gäller Premier League. Sportinnehåll som är av premiumsort säljs på exklusiv territoriell basis medan icke-premium innehåll kan licensieras utan geografiska restriktioner.

3.1.2 Vad innebär förordningen?

Kommissionen anser att innehållstjänsterna ska vara gränsöverskridande på den inre marknaden, inte i form av konstant tillgång men enligt vissa kriterier. På så sätt kan konsumenterna vara portabla, något som idag inte är möjligt och därför utgör ett problem. Samtidigt med förslaget har kommissionen lagt fram en handlingsplan för att modernisera EU:s upphovsrättsbestämmelser som helhet.³⁵ Portabilitetsförordningen är tänkt att genomföras under 2017 och det kommer att göras i samband med att roamingavgifterna tas bort i EU, vilket i kombination innebär stora fördelar för konsumenterna.³⁶ Förordningen kommer att bli direkt tillämplig i medlemsstaterna när den träder i kraft. Den behöver inte implementeras i ländernas nationella lagstiftningar utan gäller omedelbart i egenskap av EU-rättslig tvingande lagstiftning. Den kommer också att ha direkt effekt, vilket innebär att varje enskild kan åberopa sin rätt enligt förordningen inför nationella myndigheter och domstolar.

Portabilitetsförordningen innebär en skyldighet för tjänsteleverantörer att tillhandahålla allt innehåll som konsumenten har rätt till enligt tjänsten över hela unionen. I förlängningen innebär det att rättighetshavarna måste finna sig i att tillåta att deras rätt nyttjas på det sättet. Tanken är att gränsöverskridande portabilitet inte ska ta bort den territoriala aspekten av rättigheterna till digitalt innehåll, men ge konsumenterna tillgång till innehållstjänster när de tillfälligt befinner sig i en annan medlemsstat. Skyldigheten för leverantörerna att tillhandahålla gränsöverskridande portabilitet gäller de tjänster som abonnenten antingen har betalat för eller som är gratis. Den springande punkten är att leverantören verifierar i vilket medlems-

³⁵ Press release, *Commission proposes modern digital contract rules*.

³⁶ Press release, *Bringing down barriers in the Digital Single Market*.

land abonnenten har sin hemvist. De leverantörer som inte gör det i och med ett kostnadsfritt tillhandahållande av en innehållstjänst har heller ingen skyldighet att iaktta förordningens regler. Konsumenten ska garanteras samma tillgång som i sin hemmedlemsstat, utan några begränsningar i funktionalitet, omfattning av innehåll eller användbara enheter. I den mån kvaliteten på innehållet i tjänsten är utom deras kontroll är tjänsteleverantörerna inte tvungna att leverera innehåll av samma kvalitet som inom hemmedlemsstatens territorium. Eftersom konsumentens hemmedlemsstat avgör ifall personen kan abonnera på innehållstjänsten över huvudtaget kan rättighetshavare förplikta leverantörerna att använda effektiva medel för att verifiera hemmedlemsstaten för att undvika att reglerna missbrukas av konsumenterna. Alla avtalsbestämmelser mellan rättighetshavaren och leverantörer som innebär en begränsning eller förbud mot portabilitet är ogiltiga eftersom de strider mot förordningen.

Förslaget till portabilitetsförordningen består av en sammanfattande motivering till förslaget, bakgrund, rättslig grund, resultat av efterhandsvärderingar, samråd med parter och konsekvensbedömningar, budgetkonsekvenser och övriga inslag såsom hur förordningen är tänkt att genomföras. Efter det presenteras skälen och de efterföljande artiklarna.

3.2 Problembeskrivning

3.2.1 Grund

Portabilitetsförordningen har sin grund i den ökande efterfrågan på gränsöverskridande innehåll. Kommissionen har genom förslaget haft för avsikt att försöka möta denna efterfrågan. Internet är idag en vanlig plattform för konsumenter att få tillgång till musik, film, e-böcker, tv-spel och sportsändningar och de utgifter som kan relateras till onlinetjänster ökar hela tiden. Innehållstjänster som ger konsumenter tillgång till upphovsrättsskyddat material på internet innebär flexibilitet för tittarna. Detta eftersom de får tillgång till ett stort utbud av innehåll att välja från och dessutom vid en tidpunkt som de själva kan bestämma. Surfplattor och smartphones gör det ännu lättare eftersom de innebär en möjlighet att få tillgång till innehållet oavsett var tittaren befinner sig. Innehållstjänster av det här slaget bygger nästan uteslutande på innehåll som är skyddat av upphovsrätt eller närstående rättigheter, och mellan rättighetshavare och tjänsteleverantörer finns licensavtal som reglerar användningen.

Det stora problemet när det gäller gränsöverskridande portabilitet, eller snarare avsaknaden av det, rör innehållstjänster online som konsumenterna har laglig tillgång till, eller som de köpt eller hyrt i sin egen medlemsstat. Problemet visar sig i praktiken när konsumenterna

vill ha fortsatt tillgång till innehållet när de reser till en annan medlemsstat. Gränsöverskridande portabilitet är relaterat till avtalsstyrd verksamhet och när det gäller upphovsrättsligt skyddat material, till upphovsrättslig lagstiftning. Det finns stora skillnader mellan de olika industrierna som skapar innehåll och därför varierar problemet beroende på vilken sektor innehållet tillhör.³⁷

När konsumenter använder innehållstjänster online så antingen köper eller hyr de innehåll som en engångstjänst, exempelvis via iTunes eller Amazon, alternativt så påbörjar de en längre avtalsmässig relation med tjänsteleverantören genom en prenumerationstjänst, exempelvis via Netflix, HBO Nordic eller Spotify. När det gäller innehåll som köps eller hyrs och därefter laddas ner till konsumentens enhet så uppstår inget problem relaterat till portabilitet eftersom konsumenten har tillgång till innehållet varsomhelst. Problem uppstår först när innehållet finns tillgängligt via en hemsida som det är låst till, eller när det streamas³⁸ från tjänsteleverantören, vilket är typiskt för hyrt eller prenumerationsbaserat innehåll. Gemensamt för de situationerna är att tillgången till innehållet inte är inom konsumentens kontroll. Flera tjänsteleverantörer övergår mer och mer till att använda sig av streaming eller moln-baserad teknik. Abonnemangstjänster ger konsumenter tillgång till en obegränsad mängd innehåll från tjänsteleverantörens katalog på fortgående basis antingen mot en månadskostnad eller gratis i de fall när tjänsten lever på reklamintäkter. Typiskt sett tillåter abonnemangstjänster att konsumenten har tillgång till innehållet på olika enheter, antingen på förprogrammerad tid eller som on-demand tjänst. Här uppkommer frågan om portabilitet eftersom innehållet normalt sett streamas från tjänsteleverantörens hemsida. I många fall är innehållet som finns i tjänsterna bara tillgängligt i den medlemsstat där konsumenten har sin hemvist eller där tjänsteleverantören verkar. När konsumenter reser utomlands kan de inte få tillgång till det innehåll som de abonnerar på, åtminstone inte i sin helhet. Det gäller även i många fall innehåll som de köpt eller hyrt i sitt hemland. Det finns flera tjänster som fritt kan användas utan att de kräver någon avtalsuppgörelse mellan tjänsteleverantören och konsumenten, eller så kräver de ingen verifikation av var konsumenten har sin hemmedlemsstat. Hur de tjänsterna skiljer sig åt i rättsligt hänseende återkommer i avsnitt 3.4.

³⁷ Commission staff working document impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council to ensure the cross-border portability of online content services in the internal market, (COM (2015) 627 final), (SWD(2015) 271 final), s. 4-6.

³⁸ Betyder strömma, och innebär att film, musik etc. visas på en hemsida i konsumentens elektroniska enhet (datorn, läsplatta eller smartphone).

3.2.2 Olika tillgång på gränsöverskridande portabilitet

Avsaknad av gränsöverskridande portabilitet är inte lika stort inom alla sektorer. Variationen beror främst på att olika sektorer styrs av olika affärsmodeller. De sektorer där avsaknad av gränsöverskridande portabilitet är som störst bygger på licensieringslösningar som är starkt territorialt begränsade, vilket beror både på rättighetshavarnas och tjänsteleverantörernas kommersiella intressen. Upphovsrättens territoriala struktur gör att det är naturligt att begränsa avtalen till att gälla per territorium, och inte över landsgränser. En tjänsteleverantör som vill göra sitt innehåll tillgängligt i mer än en medlemsstat måste ha rättigheterna till att göra det inom alla relevanta territorium. Det gäller även om tillgängligheten bara är till för att göra innehållet portabelt tillfälligt över landsgränser. Upphovsrättens territoriala upplägg innebär inte ett totalt hinder för tjänsteleverantörer att garantera multi-territoriala licenser, men det försvårar och innebär ökade kostnader eftersom det betyder att fler rättigheter måste licensieras. Territorialiteten är inte heller ett hinder för rättighetshavarna att garantera licenser till tjänsteleverantörer som tillåter användning av innehållet i andra medlemsstater, men till ett ökat pris. På grund av de ökade kostnader som flera licenser innebär blir det naturligt för tjänsteleverantörer att bara sluta avtal för de territorier där de kan tjäna pengar på att tillhandahålla tjänster. Ett tillfälligt förfogande av en konsument som befinner sig i ett annat land leder inte till det.³⁹

Problemet är som störst för audiovisuellt innehåll. I de flesta fall är dessa tjänster inte alls portabla över landsgränserna. Konsumenter som reser inom andra medlemsstater kan inte få tillgång till tjänsten eller innehåll som de lagligen har rätt till i hemmedlemsstaten. Ett exempel är när en abonnent till tjänsten HBO Nordic, som har Sverige som sin hemlandsstat, befinner sig i Italien i några dagar. Personen kommer inte kunna använda sitt konto och titta på filmer eller serier utan istället mötas utav meddelandet ”tjänsten är bara tillgänglig i Sverige, Norge, Danmark och Finland”. I vissa fall är audiovisuellt innehåll delvis portabelt, vilket antingen kan innebära att bara material som redan laddats ner till enheten är tillgängligt utomlands, eller att konsumentens tillgång är begränsat till ett urval av det innehåll som normalt finns att tillgå. Partiell portabilitet kan innebära att bara det innehåll som erbjuds av samma tjänsteleverantör i den besökta medlemsstaten är tillgängligt. I det fallet är tillgången till tjänsten beroende av ifall tjänsteleverantören verkar i den besökta medlemsstaten och att

³⁹ Commission staff working document impact assessment, s. 11-13.

katalogen av tillgängligt material erbjuds i den medlemsstaten. Ofta kan innehållet skilja sig mycket mellan medlemsstaterna. Konsumenter kan alltså helt förlora tillgången till sin innehållstjänst eller till stor del bli begränsade från innehållet. Att använda sig av tjänster som finns att tillgå i det besökta landet är kanske inte ett alternativ eftersom det inte är praktiskt för konsumenten att teckna ett abonnemang när denne bara befinner sig i landet under en begränsad tid, det innehåll som eftersöks finns inte eller är bara tillgängligt på ett främmande språk. Lösningen är hur som helst inte möjlig eller vettig utifrån ett konsumentperspektiv.

Precis som när det gäller audiovisuellt innehåll så är premium sportinnehåll som tillgängliggörs online inte tillgängligt över landsgränserna och särskilt inte livesportsändningar. De är oftast begränsade till det nationella territoriet där de fått tillstånd att sändas. Som ett resultat av det kan konsumenter bara få tillgång till tjänster från sändningsstationer eller tjänsteleverantörer i sin hemmedlemsstat och inte utomlands. När det gäller sportsändningar vill dessutom konsumenter titta på dem live och därför är ett försenat tittande eller lyssnande inte ett substitut. När det gäller sportsändningar som inte är av premiumkvalitet så har konsumenterna ändå problem när de reser inom EU därför att även om det inte finns några specifika territoriella begränsningar så tillhandahåller många TV-operatörer bara tillgång till sina program på nationellt territorium. Det är ekonomiska incitament som får sportarrangörer att exploatera sändningsrättigheter så att de begränsas territoriellt. Därför måste tjänste- eller sändningsleverantörer som vill erbjuda gränsöverskridande portabilitet också ha licenser för de aktuella territorierna.

I andra sektorer är gränsöverskridande portabilitet av innehållstjänster online mer vanligt. Musik finns ofta tillgängligt för konsumenterna även när de reser. Det verkar i praktiken inte finnas några restriktioner när det gäller gränsöverskridande portabilitet av onlinemusiktjänster. Dock är rättsläget fortfarande oklart eftersom några användaravtal är begränsade till abonnentens hemland. Det verkar inte heller finnas några gränsöverskridande portabilitetsproblem vad gäller e-böcker. De flesta onlinetjänster låter användaren ladda ner e-böcker till användarens enhet. Det kommer fler och fler abonnemangsbaserade streamingtjänster för e-böcker på marknaden. Generellt sett är de portabla över medlemsstaternas gränser. Tv-spel är även de ofta tillgängliga över landsgränser, även när de baseras på streamingtjänster. Abonnemang är oftast inte den metod som används för tillgängliggörande. Affärsmodeller som används av spelleverantörer är gratis spel online eller gratisapplikationer med reklamintäkter som grundförsörjning eller möjlighet för användaren att köpa tillbehör till spelet som förbät-

trar spelarens upplevelse. Det verkar som att gratisspel har blivit allt vanligare jämfört med andra affärsmodeller. Gränsöverskridande portabilitet är oftast inte begränsad.

Problemet inom den audiovisuella sektorn och i sportsammanhang är viktigt och det fortsätter att växa, dels på grund av det ökande antalet abonnemangsbaserade tjänster och dels på grund av den ökande konsumentefterfrågan. Att erbjuda gränsöverskridande portabilitet är att erbjuda en bättre tjänst till konsumenterna. Både konsumenter som redan har ett abonnemang eller som överväger att skaffa ett anser att gränsöverskridande portabilitet är en viktig aspekt av tjänsten. EU har beräknat att över 29 miljoner människor skulle komma att använda sig av en sådan möjlighet om det fanns i tjänsten.

3.2.3 Geografisk blockering och piratkopiering

Geografisk blockering (härefter geoblockering) är ett samlingsnamn för olika tekniska funktioner som är till för att hindra webbsidor eller informationssidor på internet från att visa innehåll i eller utanför ett visst geografiskt område. Geoblockering används av leverantörer av onlinetjänster för att begränsa konsumenternas tillgång till innehållet i tjänsten till bara en medlemsstat, eftersom rättighetshavaren ofta bara har licensierat innehållet till tjänsteleverantören på exklusiv territorial basis. Till exempel är det inte möjligt för en användare av ett Netflix-konto här i Sverige att använda tjänsten under semestern i Italien och en konsument i Italien kan inte teckna ett abonnemang till ett svenskt Netflix-konto eftersom rättigheterna till innehållet bara gäller inom Sveriges gränser. Det skiljer sig dock åt mellan de olika typerna av tjänster, för musiktjänster är licenserna som sagt sällan territoriellt begränsade på samma sätt och därför kan exempelvis Spotifys abonnenter använda tjänsten även utomlands. Geoblockering kan ses som ett handelshinder, vilket har gjort att EU:s initiativ till att skapa en enhetlig digital inre marknad även syftar till att undersöka användningen av dessa typer av tekniska funktioner för att begränsa tillgängligheten av upphovsskyddat material. Förordningen om gränsöverskridande portabilitet skulle innebära en skyldighet för tjänsteleverantörerna att tillgängliggöra innehållet över landsgränserna, vilket innebär att användningen av geoblockering skulle strida mot förordningens regler. Även piratkopiering kan komma att minska med förordningens införande eftersom tillgängligheten på upphovsrättsligt material blir bättre när det blir portabelt över landsgränserna. Behovet av att ladda ner eller piratkopiera upphovsrättsligt skyddat material minskar därmed, vilket är en positiv aspekt av bestämmelsernas införande.

3.3 Syfte

Förslaget till portabilitetsförordningen har som syfte att definiera och reglera portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden. Förväntningen är att förordningen ska säkerställa den gränsöverskridande portabiliteten på den inre marknaden genom att undanröja de hinder för det som finns i dag. EU anser att behovet av portabilitet ständigt växer och att det är en möjlighet som bör finnas för EU-medborgarna. Den digitala tekniken har utvecklats i snabb takt och ändrat konsumenters behov av att nå och använda kreativt innehåll, oavsett var i EU de befinner sig. Nästan hälften av internetanvändarna lyssnar på musik, ser film och spelar spel online och många förväntar sig att de ska kunna göra det som vanligt även när de reser till andra länder i Europa. Konsumentefterfrågan på gränsöverskridande portabelt innehåll beräknas därför fortsätta öka i takt med att användningen av mobila enheter ökar.⁴⁰ När allmänheten tillfrågats har en majoritet av konsumenter svarat att de är positiva till gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online. Det är inte bara konsumenterna som efterfrågar gränsöverskridande portabilitet av onlineinnehåll utan även skolor och universitet som vill starta utbildningar över internet, forskare och kulturinstitutioner vill kunna använda och samla digitalt innehåll. Villkoren för onlineinnehåll måste anpassas för nya behov och nya möjligheter. Behovet är tydligt. Enligt kommissionen blir leverantörerna av innehållstjänster online i och med förslaget tvungna att erbjuda gränsöverskridande portabilitet och i och med det förväntas ett ökat antal konsumenter använda sina abonnerade tjänster utomlands. EU kan genom förslaget klargöra att innehållstjänsterna kan nås vid utlandsvistelse, säkra att villkoren är harmoniserade inom hela EU och ge konsumenterna full tillgång till sina innehållstjänster som de abonnerar på alternativt har köpt eller hyrt.⁴¹

För att göra innehållstjänster tillgängliga över hela EU är enligt kommissionen det viktigaste steget att ta bort de hinder som finns mot gränsöverskridande portabilitet på den inre marknaden.⁴² De hinder som finns kan härledas till upphovsrättens uppbyggnad som har lett till att de licensavtal som finns ofta är territoriellt begränsade och bygger på avtal mellan rät-

⁴⁰ Commission staff working document impact assessment, s. 17.

⁴¹ Arbetsdokument från kommissionens avdelningar, sammanfattning av konsekvensbedömningen, Följedokument till förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, (COM(2015) 627 final), (SWD(2015) 271 final), s. 2.

⁴² Commission staff working document impact assessment, passim.

tighetshavare och tjänsteleverantörer. För att komma åt problemet med avsaknad av gränsöverskridande portabilitet behöver förändringar i systemet göras, vilket är det kommissionen haft i syfte att åstadkomma. Att möjliggöra gränsöverskridande portabilitet är enligt kommissionen ett sätt att uppmuntra och stärka den fria rörligheten på marknaden.⁴³ Dessutom underlättar det för att lagstiftningen ska kunna följa med den snabba utvecklingen av internetanvändande som sker i samhället. De innehållstjänster som berörs är mestadels upphovsrättsligt skyddat material, men även närstående rättigheter. EU har som sagt harmoniserat stora delar av upphovsrätten, även för det innehåll som aktualiseras via de tjänster som berörs av förordningen. Dock gäller det huvudsakligen reproduktion, kommunikation med allmänheten och tillgängliggörande. Eftersom rättigheterna till innehållet är territorialt begränsade i grunden, måste de tjänsteleverantörer som vill tillhandahålla innehållet i mer än en medlemsstat ha avtalade licenser för att kunna göra det i de relevanta territorierna. Portabilitetsförordningen kommer att påverka användandet av rättigheterna över landsgränserna i EU på ett avgörande sätt.⁴⁴

3.4 Tillämplighet

Det finns flera olika förutsättningar för att portabilitetsförordningen ska bli tillämplig. För det första måste innehållstjänsten falla inom begreppet audiovisuell tjänst enligt direktiv 2010/13/EU om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster [cit. direktiv om audiovisuella medietjänster], annars omfattas den inte av förordningen. Det gör inte heller skyddade verk, alster, eller radio- och tv-sändningar som enbart används sekundärt, till exempel som bakgrundsmusik på en hemsida.⁴⁵ En förutsättning är även att den ska tillhandahållas på laglig väg i hemmedlemsstaten. Vidare krävs att innehållstjänsten kan användas i konsumentens hemmedlemsstat utan att vara begränsad till en viss plats, dvs. tjänsten ska vara portabel inom hela medlemsstatens territorium. Detta eftersom det inte är lämpligt att kräva av tjänsteleverantörerna att tillhandahålla portabilitet över landsgränserna om det inte erbjuds i hemlandet.⁴⁶ Vad gäller tjänstens kostnad så omfattas alla innehållstjänster som tillhandahålls mot betal-

⁴³ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, motivering, s. 2.

⁴⁴ Commission staff working document impact assessment, s. 19-20.

⁴⁵ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, skäl 14, s. 12.

⁴⁶ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, skäl 15, s. 12.

ning. Då är tjänsteleverantörerna kapabla att kontrollera abonnenternas hemmedlemsstater.⁴⁷ Även kostnadsfria tjänster kan innefattas, i fall när tjänsteleverantören kontrollerar hemmedlemsstaten för abonnenterna. Att inkludera kostnadsfria tjänster där tjänsteleverantören inte utför kontroller skulle enligt kommissionen innebära för stora och kostnadskrävande förändringar för leverantörerna, vilket blir orimligt gentemot dem. Därför omfattas de inte av förordningens tillämpningsområde.⁴⁸ Förutom de nämnda förutsättningarna bygger hela den rättsliga fiktion som kommissionen skapat, och således även förordningen, på att konsumenten ska vara ”tillfälligt närvarande” i en annan medlemsstat än sin ”hemmedlemsstat”. Mer om betydelsen av dessa nyckelbegrepp tas upp i avsnitt 4.1.

Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor har i sitt betänkande tagit upp vissa förslag till förändringar som kan göras i texten. De innebär dels ett förtydligande om att en obligatorisk licensavgift för radio- och tv-sändningar inte skulle leda till att tjänsten räknas som en betaltjänst.⁴⁹ I Sverige innebär det till exempel att innehåll som finns tillgängligt från SVT oavsett förordningens tillkomst inte kommer att vara portabelt över gränserna inom EU, så länge inga kontroller av abonnentens hemland görs. Betänkandet tar också upp att de flesta leverantörer av kostnadsfria innehållstjänster online inte kontrollerar abonnenternas hemmedlemsstater eftersom det inte krävs för leveransen av innehållet. De leverantörer av denna typ av innehåll som däremot utför kontroller eller planerar att göra det borde kunna omfattas av förordningen, så länge de uppfyller kraven för kontrollerna och på så sätt väljer att falla inom tillämpningsområdet. Gör de det ska de också uppfylla förpliktelseerna som kommer av förordningen.⁵⁰

Eftersom syftet med portabilitetsförordningen är att se till att alla EU:s konsumenter kan få tillgång till sina innehållstjänster över hela EU på samma villkor, samtidigt och utan onödigt dröjsmål föreslår kommissionen att förordningen ska gälla retroaktivt för alla avtal och för alla licenser. Den blir därmed automatiskt tillämpbar på alla avtal som slutits även innan dess införande, så länge de är relevanta för den gränsöverskridande portabiliteten av innehållstjänsten. Det måste bli så på grund av att licensavtal vanligtvis är ingångna för relativt lång tid. Att vänta tills tjänsteleverantörerna har möjlighet att omförhandla sina avtal för att

⁴⁷ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, skäl 16, s. 13.

⁴⁸ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, skäl 17, s. 13.

⁴⁹ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, ändringsförslag 12, s. 14.

⁵⁰ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, ändringsförslag 13, s. 14 f.

kunna uppfylla sina skyldigheter enligt förordningen skulle innebära olika villkor för både konsumenter och tjänsteleverantörer. En ytterligare effekt av retroaktivitetsregeln är att inte bara delar av, utan hela utbudet blir tillgängligt samtidigt över hela unionen.⁵¹

Alla avtalsvillkor som förbjuder eller begränsar gränsöverskridande portabilitet bör enligt kommissionen vara ogiltiga. Det motiveras med att tjänsteleverantörerna inte kan hållas ansvariga för att åsidosätta avtalsbestämmelserna när de är skyldiga att tillhandahålla gränsöverskridande portabilitet enligt förordningen.⁵² Betänkandet påpekar att tjänsteleverantörer och rättsinnehavare inte bör tillåtas att välja ett tredjelands lag som tillämplig lag för sitt avtal för att kringgå förordningen. Detsamma ska gälla avtal mellan leverantörer och konsumenter.⁵³

4. Hur uppnås portabilitet?

4.1 Vad innebär ”hemmedlemsstat” och ”tillfälligt närvarande”?

Portabilitetsförordningens konstruktion bygger på att ”abonnenter som är tillfälligt närvarande i en annan medlemsstat har möjlighet att få tillgång till och använda innehållstjänsten online”.⁵⁴ ”Tillfälligt närvarande” innefattar enligt artikel 2 ”en abonnents vistelse i en annan medlemsstat än hemmedlemsstaten”.⁵⁵ Det är uppenbart att konsumenten ska ha tillgång till tjänsten under en begränsad tid, men hur lång tiden ska vara har inte kommissionen specificerat eller kommenterat i förslaget. Definitionen av ”tillfälligt närvarande” bygger även på att det är tydligt vilken som är abonnentens hemmedlemsstat. ”Hemmedlemsstat” definieras enligt artikel 2 som ”den medlemsstat där abonnenten är permanent bosatt”. Problemet med den här konstruktionen är att tjänsteleverantörerna måste skaffa information om och verifiera i vilken medlemsstat i EU abonnenten är permanent bosatt för att veta när abonnenten är tillfälligt närvarande i en annan. Den kontrollen kräver åtgärder för att kontrollera abonnentens vis-

⁵¹ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, skäl 26, s. 15.

⁵² Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, skäl 22, s. 14.

⁵³ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, ändringsförslag 17, s. 18.

⁵⁴ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, artikel 3(1), s. 17.

⁵⁵ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, artikel 2, s. 16.

telseort, något som aktualiserar behandling av personuppgifter⁵⁶ och vilka problem som uppstår i relation till konsumenternas integritet.

De två begreppen har fått mycket kritik i flera yttranden som rör förslaget. Kritiken består ofta i hur de två begreppen ska användas, att de måste tydliggöras och vara relaterade till kända juridiska begrepp såsom exempelvis ”bosättningsort”.⁵⁷ I remissvaret från Lunds universitet påpekas att förslaget i sig kan vara problematiskt och att det framförallt är formuleringarna kring vad som menas med ”tillfälligt närvarande” och hur begreppet ska bedömas som kommer att skapa frågetecken.⁵⁸ Europarådet har skickat en kommentar till kommissionen där problemen som begreppen skapar uppmärksammas och erkänns som de mest kommenterade för samtliga som uttalat sig. Flera har även velat införa ett kriterium för tiden, att den tillfälliga vistelsen ska vara övergående och kort, eftersom det annars finns risk för alltför breda tolkningar av begreppet.⁵⁹

I betänkandet från Europaparlamentet tas de två begreppen upp som otillräckligt definierade. Exempelvis så föreslår föredraganden att hemmedlemsstaten ska definieras som ”den medlemsstat där abonnenten är permanent och faktiskt bosatt, och till vilken denne återvänder regelbundet”.⁶⁰ Det görs ett tillägg i artikel 2:s definition av ”hemmedlemsstat” i form av ”faktiskt bosatt” och ”regelbundet återvänder till”, för att tydliggöra att det handlar om den faktiska bosättningen och inte till exempel där abonnenten haft sin bosatt tidigare eller under en längre period innan.⁶¹ Det kvarstår att bedöma vad som ska betraktas som hemmedlemsstat i fall när det är svårt att avgöra, men innan förordningen börjat tillämpas kommer det bli svårt

⁵⁶ Behandling av personuppgifter ska ske i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter [cit. dataskyddsdirektivet] och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation [cit. direktiv om integritet och elektronisk kommunikation].

⁵⁷ IT&Telekomföretagen inom Almega, Bjennbacke, Ellinor, Nygårds, Pär, Synpunkter på KOM(2015)627; Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om säkerställande av gränsoverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, 2016-02-02, s. 3.

⁵⁸ Lunds universitet, juridiska fakulteten, universitetslektor Maunsbach, Ulf, *Remiss: EU-kommissionens meddelande - Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten*, Dnr V 2016/72, 2016-02-18, s. 1.

⁵⁹ Council of the European Union, Interinstitutional File: 2015/0284 (COD), Brussels, 18 May 2016, s. 1 f.

⁶⁰ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 35.

⁶¹ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, ändringsförslag 26, s. 25.

att lösa – ett problem som mycket väl kan bli betydande för flera tjänsteleverantörer. Europaparlamentet presenterar även en lösning för begreppet ”tillfälligt närvarande” som i betänkandet ändrats till ”tillfälligt vistas” och beskrivs som ”en abonnents kortvariga vistelse i en annan medlemsstat än hemmedlemsstaten”.⁶² Kommissionen framförde i förslaget till portabilitetsförordningen att abonnentens vistelse i annan medlemsstat inte ska begränsas till ett specifikt antal dagar, något som föredraganden till betänkandet är enig om.⁶³ Ändå anför betänkandet att vistelsen måste vara kortvarig, förmodligen för att undvika alltför breda tolkningar av begreppet tillfällig. Det påpekas också tydligt att det ska röra sig om en kortare vistelse utanför hemmedlemsstaten till följd av personliga eller yrkesmässiga skäl, alternativt studieskäl.⁶⁴ Föredraganden tar även upp att portabilitetsförordningen inte bör medföra några krångliga villkor för konsumenterna, utan tvärt om vara enkel att tillämpa så att så många som möjligt kan ha nytta av förordningens regler under sina resor inom unionen.⁶⁵ Huruvida det blir sant eller inte kvarstår att se.

4.2 Vad händer när förordningen tillämpas?

Upphovsrätten till ett verk innebär en ensamrätt, vilket betyder att rättighetshavaren har en exklusiv rätt att förfoga över verket. Förfogandet kan ske på två sätt, antingen genom framställning av exemplar eller genom att göra verket tillgängligt för allmänheten. De innehållstjänster som portabilitetsförordningen tar sikte på aktualiserar rätten att styra överföring till allmänheten enligt artikel 3.1 Infosoc-direktivet. Alla distansöverföringar av verk inbegrips och bestämmelsen är helt teknikneutral. Det som är avgörande är att verket görs tillgängligt från en plats och att allmänheten befinner sig på en annan plats. Det kan röra sig om tjänster där konsumenten själv kan kontrollera tid och plats för överföringen (on demand), men även tjänster när leverantören bestämmer tid och plats för överföringen. Då gäller det ofta sändningar av sportevenemang eller livesändningar av radio eller tv. Framställning av exemplar och att tillgängliggöra verket är den ekonomiska delen av ensamrätten – den som kan utnyttjas på ett kommersiellt sätt. Den ekonomiska rätten kan överlåtas, antingen helt eller delvis, av upphovsmannen till någon som har ett intresse av att exploatera verket. Den andra delen av

⁶² Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, ändringsförslag 27, s. 25.

⁶³ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 34.

⁶⁴ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 35.

⁶⁵ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 34.

ensamrätten är den ideella rätten – upphovsmannens personliga rätt som inbegriper en personliga rättigheter i form av en rätt att bli namngiven i samband med utnyttjande av verket (namngivelsesrätt) och en rätt att motsätta sig ändring eller tillgängliggörs på ett kränkande sätt (respekträtt). Den ideella rätten kan inte överlåtas⁶⁶ och blir därmed inte intressant i ett kommersiellt hänseende. För de innehållstjänster som träffas av portabilitetsförordningen är bara den ekonomiska rätten av intresse.

Tillhandahållandet, tillgången till och användningen av en innehållstjänst som rent praktiskt sker i en annan medlemsstat än abonnentens hemmedlemsstat ska juridiskt sett anses ske i hemmedlemsstaten.⁶⁷ Det är denna rättsliga fiktion som medger att portabilitet sker utan att det strider mot de rättsregler som finns idag.⁶⁸ De upphovsrättsliga förfoganden som sker, såsom mångfaldigande och överföring till allmänheten, anses därmed ske precis som vanligt och inom det territorium där rättigheterna är täckta genom licensavtal. Det trots att abonnenten befinner sig utanför landets gränser. Bestämmelsen kommer att finnas med som en artikel i förordningen⁶⁹. I betänkandet från Europaparlamentet har lagts till att tillhandahållandet uteslutande anses äga rum i hemmedlemsstaten endast för de syften som avses i förordningen.⁷⁰ Kort sagt innebär det att det endast gäller för att säkerställa portabiliteten för konsumenter inom EU, inte för att säkerställa en gränsöverskridande, permanent tillgång.

Att utnyttjandet anses ske i hemmedlemsstaten får som följd att de upphovsrättigheter som innehållstjänsten bygger på inte används eller nyttjas i någon annan medlemsstat än den där licensavtalet gäller. Så länge tjänsteleverantören har tillstånd att nyttja rättigheten i hemmedlemsstaten innebär varken tillhandahållandet av tjänsten eller användningen av den något intrång i upphovsrätten. Det förutsätter att konsumenten som använder sig av tjänsten enbart tillfälligt vistas i den andra medlemsstaten. Som tidigare diskuterats finns inga tydliga riktlinjer för vad det innebär. Fördelen med den konstruktionen är att inga ytterligare licensavtal krävs mellan tjänsteleverantören och rättighetshavaren, vilket enligt kommissionen gynnar både konsumenterna och tjänsteleverantörerna eftersom inga omförhandlingar krävs och inga

⁶⁶ I svensk rätt 27 § och 3 § URL.

⁶⁷ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, ändringsförslag 16. s. 17.

⁶⁸ Förslag till yttrande från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, s. 3.

⁶⁹ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, artikel 4, s. 17.

⁷⁰ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, ändringsförslag 36. s. 31.

nya avtal behöver ingås.⁷¹ Bestämmelsen är till för att underlätta för tjänsteleverantörerna och på så sätt säkerställa att de kan uppfylla skyldigheten att tillhandahålla gränsöverskridande portabilitet av sina innehållstjänster. Det finns ingen möjlighet för rättighetshavare, tjänsteleverantörer eller konsumenter att avtala bort någon del av förordningen.

Det har diskuterats mycket hur kontrollerna av abonnenternas hemmedlemsstat ska ske och har uppmärksammats som ett stort problem. Enligt förslaget till portabilitetsförordningen gör förordningens bestämmelser det möjligt för rättighetshavare att kräva att tjänsteleverantörerna verifierar att deras tjänster används i enlighet med förordningens bestämmelser.⁷² Metoderna för verifikationen måste vara rimliga och inte gå utöver vad som är nödvändigt för syftet. Exempel på nödvändiga åtgärder kan vara att kontrollera abonnentens IP-adress, men inte positionsövervakning. Det är hemmedlemsstaten som är av störst betydelse, därför behöver inga exakta lokaliseringssuppgifter samlas in om inte misstanke om missbruk uppkommer. Vidare är det av yttersta vikt att tjänsteleverantörerna informerar sina abonnenter om att deras medlemsstat kommer att verifieras och att metoderna för kontrollerna är rimliga och proportionerliga.⁷³ Enligt Europaparlamentets betänkande är det viktigaste för tillämpningen av förordningen att förhandskontrollen av abonnentens hemmedlemsstat är effektiv och rigorös för att förhindra missbruk från konsumenternas sida. Den förväntade risken för missbruk verkar främst vara att hänföra till att konsumenterna missleder tjänsteleverantörerna att tro att de har sin hemvist i en annan medlemsstat än sin verkliga. Eftersom kontrollen av hemmedlemsstaten är avgörande för att förordningen ska kunna efterlevas så bör de flesta leverantörer av gratis innehållstjänster inte omfattas av bestämmelserna. Det på grund av att de oftast inte kontrollerar sina användares hemmedlemsstater på ett helt tillförlitligt sätt. De kan dock omfattas av förordningen om de gör vad som krävs enligt artikel 3 för att utföra kontrollerna.⁷⁴

Både i betänkandet från Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor och i yttrandet från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd tas upp att kommissionen bör in-

⁷¹ Regeringskansliet, Justitiedepartementet, Faktapromemoria 2015/16:FPM38, Förordning om gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster på internet, 2016-01-12, s. 4.

⁷² Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, skäl 23, s. 14.

⁷³ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, skäl 23, s. 14.

⁷⁴ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 35.

föra en förteckning av vilka kriterier som ska bestämma hemorten.⁷⁵ Tjänsteleverantörerna bör därefter kunna välja vilka kontrollmetoder som passar bäst för deras marknad, så länge de uppfyller kriterierna för bestämningen. I syfte att förtydliga och säkerställa vilka metoder som används föreslås i betänkandet två nya skäl i vilka det stadgas att abonnenten bara kan vara stadigvarande bosatt i en medlemsstat, att tjänsteleverantörer vid behov ska kunna genomföra stickprovskontroller och kräva information och bevis för att säkerställa abonnentens verkliga hemmedlemsstat.⁷⁶ Som sagt aktualiseras flera frågor som rör abonnenternas behandling av personuppgifter och rätt till integritet, men de kommer inte att beröras vidare i detta arbete.

4.3 Aktörer som påverkas

4.3.1 Konsumenter

Portabilitetsförordningens syfte kretsar kring att möta konsumenternas behov av och önskan om att få större frihet att använda sina innehållstjänster när de reser. Därför är konsumenterna den mest givna gruppen att påverkas av reglerna. Utan att de behöver göra någonting ska förändringen vara till deras fördel. Att konsumenterna ska kunna ta med sig innehållet när de reser bort verkar de flesta som kommenterat förslaget tycka är rimligt och att det kommer att vara positivt för dem.⁷⁷ Vissa kommer kanske att märka av förändringen, medan andra kanske kommer att ta det för givet och inte reflektera över det. Om förordningen fungerar som den är tänkt kommer den att börja tillämpas samtidigt i alla medlemsländer och endast under en övergångsperiod av ca 12 månader⁷⁸ kan viss diskrepans mellan tjänsterna märkas. Konsumentgruppen har inte tagits upp i relation till några problem som kan komma med införandet, därmed beräknas förordningens verkningar bli positiva. Det som skulle kunna få betydelse är höjda priser från tjänsteleverantörerna om deras kostnader ökar alternativt att tjän-

⁷⁵ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 35 och Förslag till yttrande från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, s. 4.

⁷⁶ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, ändringsförslag 23a och 23b, s. 20 f.

⁷⁷ KLYS; Ulrica Källén (Verksamhetsledare) och Copyswede; Mattias Åkerlind (VD), *KLYS och Copyswedens synpunkter på EU-kommissionens förslag till förordning om s k portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden*, Stockholm, 5 februari 2016, Patent- och registreringsverket, Nilsson, Christian, Ås Sivborg, Susanne, EU-kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden KOM (2015) 627 slutlig, (JU2016/00085/L3), s. 1, Regeringskansliet, Kommenterad dagordning, Konkurrenskraftsrådets möte den 26-27 maj 2016, s. 1-2.

⁷⁸ Förslag på adapteringstid från flera håll. t.ex. Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 36, Förslag till yttrande från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, s. 4, IT&Telekomföretagen, *synpunkter*, s. 3-4.

sternas utbud minskar om licenserna blir för dyra. EU har dock bedömt risken för att det ska hända som närmast obefintlig i sin konsekvensbedömning.⁷⁹

4.3.2 Rättighetshavare

Nästa grupp som påverkas av förordningens regler är rättighetshavarna. Det är de som innehar rätten till ett upphovsskyddat verk genom skapande alternativt genom förvärv. Rättighetshavaren kan ha förvärvat upphovsrätten till ett verk från skaparen. Som regel kan hela rätten överlåtas. Förvärvaren blir på så sätt innehavare av rätten på samma sätt som en köpare blir ägare till en sak vid en försäljning.⁸⁰ Rätten kan säljas vidare, alternativt ”hyras ut” i fortsatta led. t.ex. genom licensavtal till tjänsteleverantörer som levererar innehållstjänster till konsumenterna. Att upphovsrätten är territoriellt begränsad är mycket fördelaktig för rättighetshavarna ur ett ekonomiskt perspektiv. De kan licensiera ut rättigheterna till olika tjänsteleverantörer i olika länder för att maximera sin vinst och avtala om att licenserna bara ska gälla för ett bestämt territorium. Ju större territorium som rättigheterna täcker, desto dyrare kan licensen bli. EU:s analys av förordningens inverkan på rättighetshavarna är att det beror på vilken sektor av innehåll som rättigheterna tillhör. För audiovisuellt innehåll och sportinnehåll blir påverkan som störst. Den springande punkten är att rättighetshavarna inte kan påverka om de vill att innehållet ska vara portabelt – det blir det oavsett om de vill det eller inte och utan att tjänsteleverantörerna måste kräva omförhandling av avtalet. Dock, påpekar EU, eftersom gränsöverskridande portabilitet bara gäller för en viss tid och inte alltid så är förändringen marginell. Tack vare detta finns inget behov för rättighetshavarna att omförhandla rättigheterna för licenserna; de kommer rent rättsligt täcka samma område som innan införandet av förordningen. Det finns ingen möjlighet att på den grunden få bättre betalt för sina rättigheter, men eftersom den utökade tillgängligheten bara gäller tillfälligt i en annan medlemsstat så går rättighetshavarna inte heller miste om några intäkter.⁸¹ Här förutsätter kommissionen att förordningen kommer att tillämpas restriktivt, trots att någon detaljerad beskrivning av vad ”tillfälligt närvarande” innebär i tid inte gjorts.

⁷⁹ Commission staff working document impact assessment, s. 41 ff.

⁸⁰ Levin, *Lärobok*, s. 8.

⁸¹ Commission staff working document impact assessment, s. 37.

4.3.3 Tjänsteleverantörer

Tjänsteleverantörerna är de som köper licenser till rättigheterna av rättighetshavarna till det innehåll som de sen levererar till konsumenterna. De vill, för att maximera sina intäkter nå största möjliga kundkrets. För dem är rättigheternas territoriella begränsningar lönsamma eftersom konsumenterna bara har tillgång till innehållet i det land där köpet genomförts eller abonnemanget tecknats. Som ett resultat av tjänsteleverantörernas önskan att sälja fler abonnemang till olika kunder i olika medlemsstater samt för att skydda att rättigheterna utnyttjas utöver vad licensavtalen tillåter har exempelvis geoblockering använts för att förhindra gränsöverskridande användning av tjänsterna. Genom geoblockering har leverantörerna haft möjlighet att kontrollera att licenserna bara används inom ett visst territorium. Ofta är det, förutom ett strategiskt val för att tjäna maximalt på tjänsten, en skyldighet som tjänsteleverantörerna har gentemot rättighetshavarna genom licensavtalet. Som en naturlig följd innebär förordningen att tjänsteleverantörerna inte längre kommer att kunna begränsa tillgängligheten på detta sätt, vilket eventuellt kommer att leda till minskade intäkter. Förordningen innebär ju en skyldighet för tjänsteleverantörerna att tillhandahålla innehållet över hela EU enligt de villkor som ställs upp. Enligt kommissionens konsekvensbedömning innebär det faktum att licensavtal för de innehållstjänster som faller inom förordningens tillämpningsområde utvidgas automatiskt att avtalen inte måste omförhandlas. Dessutom kommer tjänsteleverantörerna dra fördel av den rättsliga fiktion som förordningen innebär eftersom de utan några vidare åtgärder kommer att kunna möta sina kunders behov av portabelt innehåll. Kommissionen påpekar att det dock inte kan uteslutas att rättighetshavarna kommer att höja priset på sina licenser eftersom innehållet blir tillgängligt över ett större territorium. Det trots att förfogandet så att säga egentligen sker i hemmedlemsstaten. Även om det skulle vara fallet gör det faktum att portabilitet blir en skyldighet för tjänsteleverantörerna och inte ett val att pressen att höja priset på licenserna minskar eftersom alla sitter i samma sits. Portabilitet kommer inte att vara en konkurrensfördel, utan en skyldighet samma för alla.⁸²

4.4 Alternativa lösningar

Kommissionen har övervägt och behandlat tre olika alternativ till lösningar på problemet rörande gränsöverskridande portabilitet. Det första är *vägledning* som skulle innebära att rättighetshavare uppmuntras att bevilja rättigheter som tillåter gränsöverskridande portabilitet i

⁸² Commission staff working document impact assessment, s. 37 f.

och med licensieringen av rättigheterna. Även tjänsteleverantörerna skulle uppmuntras till att underlätta gränsöverskridande portabilitet för sina tjänster. De andra två alternativen är lagstiftning som *underlättar* alternativt *säkerställer* gränsöverskridande portabilitet, vilka båda skulle innebära att tillhandahållandet av innehållstjänster skulle lokaliseras till den medlemsstat där konsumenten har sin hemvist. Säkerställande av gränsöverskridande portabilitet skulle innebära ett åläggande för tjänsteleverantörerna att erbjuda gränsöverskridande portabilitet till sina kunder. Förslaget till portabilitetsförordning är ett resultat av den sista typen av lösning. Kommissionen har föreslagit lagstiftning för att säkerställa gränsöverskridande portabilitet av flera skäl. Dels har de försökt att uppnå och fortsätta verka för ökad gränsöverskridande portabilitet i den audiovisuella och sportsektorn vilka varit bristfälliga, trots att utfästelser att försöka förbättra på området har gjorts. EU har i och med det gjort bedömningen att arbetet att fastställa portabilitetsvillkor på ett enhetligt sätt är för komplicerat för rättighetshavare och tjänsteleverantörer att genomföra på egen hand. En annan faktor är att man bedömt att lagstiftning för att underlätta gränsöverskridande portabilitet skulle innebära en långsam och heterogen utveckling. Det eftersom avtalen mellan rättighetshavare och tjänsteleverantörer inte nödvändigtvis skulle behöva resultera i att portabilitet sätts framför rättigheternas territoriala begränsningar eller att de faktiskt i slutändan innebär att portabilitet underlättas.⁸³

Kommissionen övervägde först ett förbud mot geoblockering. Detta mötte dock motstånd hos medieindustrin eftersom territorial licensiering är grunden för hur medieinnehåll finansieras. Utan effektiva territoriala restriktioner skulle det enligt många bara vara möjligt för de största av de europeiska leverantörerna av innehållstjänster att köpa licenser till rättigheterna eftersom de helt enkelt skulle bli för dyra. Dessutom skulle intäkterna från licensieringen och även reklam minska avsevärt. Det skulle enligt kritikerna också minska efterfrågan och investeringar i regionala utbud, vilket skulle leda till sämre utbud och kvalitet för konsumenterna. På dessa grunder ansåg EU att en lag som införde konceptet gränsöverskridande portabilitet var ett mer ändamålsenligt alternativ för att uppnå samma resultat.

De olika alternativen stöds av olika aktörer. Företrädare för konsumenterna stöder lagstiftning som säkerställer gränsöverskridande portabilitet eftersom det ger konsumenterna konkreta fördelar med en gång när förordningen antas och inom hela EU samtidigt. Rättighetshavarna ser portabilitet som ett rimligt mål men föredrar vägledning eftersom det är mindre inkräktande i deras rätt och i deras affärer. Många leverantörer skulle också föredra vägled-

⁸³ Sammanfattning av konsekvensbedömningen, s. 3.

ning och att branschen styr utvecklingen, snarare än lagstiftaren. Det har dock skiftat lite på senare tid, fler ser mer positivt på lagstiftning, så länge skyddsmekanismer införs i samband med lagstiftningen och att marknaden fortsatt kan utvecklas. Medlemsstaterna är också generellt positiva till lagstiftning.⁸⁴

5. Förenlighet

5.1 Kan EU införa förordningen?

Som tidigare beskrivits måste flera olika principer vara uppfyllda för att EU ska kunna utfärda lagstiftning. Dessutom måste de kunna härledas till en rättslig grund och vara inom beslutsbefogenheten. Frågan är om dessa principer och rättsliga krav är uppfyllda för instiftandet av portabilitetsförordningen? Kan EU gå emot territorialitetsprincipen trots dess betydelse och går förordningen emot de internationella konventioner som reglerar upphovsrätten på internationell basis?

5.2 Legalitet, subsidiaritet och proportionalitet

Kommissionen har i motiven till förslaget framfört att förordningen grundar sig på artikel 114 FEUF. Artikel 114 stadgar att Europarådet ska besluta om lagstiftningsåtgärder som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera. Det innebär även friheten att tillhandahålla och ta emot tjänster.⁸⁵ Kommissionens behörighet gäller om åtgärden kan motiveras i relation till den inre marknaden. De innehållstjänster som förordningen tar sikte på bygger på upphovsrätter eller närstående rättigheter som redan blivit harmoniserade på EU-nivå, men eftersom åtgärden rör själva utövandet av rättigheterna och regleras i en förordning måste det grundas på artikel 114 FEUF.⁸⁶ Det finns egentligen ingen anledning att ifrågasätta den rättsliga grunden, mer än att ta upp till diskussion huruvida behovet av gränsöverskridande portabilitet är verkligt på den inre marknaden, se nedan avsnitt 5.4.

EU har alltid enligt subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen en skyldighet att avgränsa sina åtgärder så att de inte är mer långtgående än vad som krävs. Gällande subsidiaritet anför kommissionen att eftersom portabilitet av innehållstjänster online aktualiserar gränsöverskridande frågor och dessa rättigheter är harmoniserade så är det enbart EU som kan in-

⁸⁴ Sammanfattning av konsekvensbedömningen, s. 3.

⁸⁵ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, motivering, s. 3, p. 2.

⁸⁶ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, motivering, s. 3.

föra reglering på området. Medlemsstaterna kan inte införa åtgärder som verkar gränsöverskridande över hela unionen och därmed är subsidiaritetsprincipen uppfylld.⁸⁷ Inga av de betänkanden eller yttranden har vad det verkar ifrågasatt EU:s möjlighet att införa portabilitetsförordningen med hänsyn till legalitet- och subsidiaritetsprincipen.

Angående proportionalitetsbedömningen så anför kommissionen följande. Eftersom förslaget syftar till att underlätta tillhandahållande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online, och föreskriver en skyldighet för tjänsteleverantörerna att möjliggöra det, så går det inte längre än vad som anses vara nödvändigt. Licensiering av rättigheter mellan rättighetshavare och tjänsteleverantörer kommer inte att påverkas, och därmed inte heller deras affärsmodeller eller avtal. Inga förhandlingar kommer att bli nödvändiga eftersom de avtalsvillkor som eventuellt strider mot förordningen blir automatiskt ogiltiga. Förslaget kommer därför inte att orsaka några orimliga kostnader för aktörerna på marknaden. Inte heller ställs ytterligare krav på kvalitet eller att tjänster som erbjuds gratis omfattas av förordningen.⁸⁸ Problemen som identifierats därmed kan på lösas på detta, enligt kommissionen, mest fördelaktiga sätt. Vidare motivering till detta finns i avsnitt 4.1.

I det betänkande som utfärdats av utskottet för rättsliga frågor stöds argumentet att tillgången till gränsöverskridande portabilitet är positivt för funktionen av den inre marknaden. Det eftersom den bygger på fri rörlighet för tjänster och personer, någonting som förordningens bestämmelser tar sikte på. Syftet med förordningen är dock att främja den kulturella mångfalden och den bör därför inte få alltför långtgående konsekvenser för de territoriellt begränsade rättigheterna som framför allt den audiovisuella sektorn och filmindustrin bygger på. Det skulle motverka en långsiktigt hållbar finansiering inom dessa områden. Därför måste tydlig skillnad mellan portabilitet och gränsöverskridande tillgång göras, eftersom gränsöverskridande tillgång inte är syftet med förslaget.⁸⁹ Med tillgång kan tilläggas att skillnaden är att hänföra till tid, där gränsöverskridande portabilitet borde vara för ett tillfälligt nyttjande, medan gränsöverskridande tillgång är ett mer permanent tidsbegrepp.

⁸⁷ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, motivering, s. 4, p. 2.

⁸⁸ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, motivering, s. 4.

⁸⁹ Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 34.

5.3 Territorialitet i ena vågskålen, den inre marknaden i den andra

Som sagt är den största och mest omdiskuterade frågan i relation till portabilitetsförordningen huruvida den utgör ett alltför stort avsteg från principen om territorialitet. Många licensavtal är uppbyggda efter den territoriala struktur som upphovsrätten har, det vill säga licenser upplåts per territorium och gäller samt är skyddade inom det. För kommissionen har huvudutmaningen varit hur de hinder och medförande problem som finns på den inre marknaden ska kunna undanröjas utan att den territoriala grunden ska behöva ge vika. Flera lösningar har diskuterats.⁹⁰ Anledningen till att EU inte harmoniserat området mer är att upphovsrätten sedan Bernkonventionens införande varit territoriellt uppbyggd, vilket bidragit till att medlemsstaterna i EU också har varit emot harmonisering.⁹¹ Dessutom innebär territorialitetsprincipen en frihet för medlemsstaterna och variationerna som finns gör det svårt att få alla nöjda. Det finns ofta olika kulturella preferenser och åsikter om vad lagstiftningen bör innehålla samt vilka intressen som bör tillgodoses främst. Ett exempel på harmonisering är Infosoc-direktivet som är utformat som ett minimidirektiv. Det reglerar hur upphovsrätten generellt bör se ut inom EU, men eftersom medlemsländerna själva får utforma regler som går utöver minimireglerna i direktivet så har man kunnat införa det utan att trampa för långt in på de territoriala friheter som medlemsländerna fortfarande vill ha.

Tanken med det upphovsrättsliga skyddet är att det ska skapa incitament till att investera i kreativitet och framåtskridande för upphovsmän och rättighetshavare. Skyddet måste samtidigt balanseras mot aspekter som effektiv konkurrens, informationsfrihet, konsumentskydd, teknikspridning och hållbar utveckling. Det är som ofta inom juridiken privata intressen som ställs mot allmänna intressen, och i immaterialrättens fall ställs den ensamrätt som en rättighetshavare har mot principen om fri konkurrens på marknaden. Frågan är om förordningen om portabilitet är förenlig med båda?

Av EU:s ingripanden krävs att de ska kunna motiveras utifrån aspekten att de är nödvändiga och att de har ett ytterligare värde som kan redovisas. Portabilitetsförordningen förklaras som nödvändig därför att portabilitet av innehållstjänster per definition är en fråga som handlar om gränsöverskridande. En huvudorsak till varför konsumenter idag inte har tillgång till sina innehållstjänster under resor inom EU är det system som territorialitetsprincipen gett upphov till. Med hänsyn till målet med den inre marknaden, och i förlängningen målet med

⁹⁰ Briefing EU copyright reform, s. 1.

⁹¹ Briefing EU copyright reform, s. 1.

EU och syftet med portabilitetsförordningen finns det mycket som talar för att territorialitetsprincipen måste ge vika för ytterligare harmoniserande åtgärder. För att bevara territorialitetsprincipen i sin helhet, utan att några ingripanden görs skulle skapandet av gränsöverskridande portabilitet försvåras enormt. Varje medlemsland, varje rättighetshavare och varje tjänsteleverantör skulle behöva gå igenom licensavtal, rättigheter och gemensamt skapa ett fungerande system som tillåter portabilitet över landsgränserna. Mycket tid skulle gå åt till att finna en sådan lösning och det skulle krävas stora kostnader. Fragmenteringen som idag finns på den inre marknaden rörande denna typ av innehållstjänster skulle fortgå eller till och med öka.

När det gäller de ytterligare värden som EU:s ingripande kommer att resultera kan det konstateras att det på kort sikt ger konsumenterna möjlighet att utnyttja sitt onlineinnehåll på samma sätt över hela EU, och det kan bara uppnås av EU. Gränsöverskridande portabilitet skulle på lång sikt vara möjligt att införa i alla avtal som finns på marknaden inom EU, men det skulle bli kostsamt och resultera i olika resultat beroende på rättighetshavare och tjänsteleverantör. Med EU:s ingripande skulle konsumenten ha tillgång till tjänsten på samma villkor oavsett till vilken av de andra 27 medlemsstaterna personen reser till. Fortsatta ingripanden från EU:s sida för att främja gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online motiverar kommissionen med att det ger klara fördelar för tjänsteleverantörerna, jämfört med nationella lösningar som inte alls på samma sätt kan leda till rättssäkra lagförslag.⁹²

I yttrandet från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd hävdas att alla förslag som stärker den inre marknaden och undanröjer omotiverade hinder är av stor vikt för konsumentskyddet och den inre marknaden. Det kulturella utbudet måste fortfarande skyddas och upphovsrätten, närstående rättigheter och territorialiteten måste ändå upprätthållas.⁹³ Vad som menas med ”omotiverade hinder” förklaras inte närmare, men det skulle förslagsvis kunna röra sig om hinder som inte är tillräckligt motiverade utifrån vad som skyddas av det. I det här fallet skulle ett omotiverat hindret kunna vara upphovsrättens territoriala uppbyggnad som i relation till konsumenternas behov av gränsöverskridande portabilitet inte är tillräcklig starkt och därför kan det anses vara omotiverat. Medlemsstaterna kanske inte skulle hålla med om att den territoriala aspekten kan räknas bort som motiv för att hindra gränsöverskridande portabilitet, eller så är anser de att lagstiftningen gynnar konsumenterna tillräckligt mycket för

⁹² Commission staff working document impact assessment, s. 20-22.

⁹³ Förslag till yttrande från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, s. 3.

att räkna bort territorialiteten. Det påpekas även i yttrandet att gränsöverskridande portabilitet inte ska medföra tillgång till innehållet, det vill säga, förslaget ska endast ge tillgång till portabilitet under en begränsad tid.⁹⁴ Att tillgången är tidsbegränsad gör det lättare för medlemsstaterna att medge avsteg från territorialitetsprincipen enligt de krav som förordningen för med sig.

Det kan diskuteras huruvida gränsöverskridande portabilitet verkligen kommer att stärka den inre marknaden. Ur ett rörlighetsperspektiv är det bättre på så sätt att konsumenter kommer att ha större frihet och bättre möjlighet att använda sina tjänster över hela EU. Inre marknaden ska vara ett område utan inre gränser, någonting som upphovsrättens territoriala struktur förhindrar. Sveriges konkurrenskraftsråd har ställt sig bakom att den inre marknaden kommer att vinna på ökad möjlighet till portabilitet⁹⁵, medan rättighetshavarnas företrädare ifrågasätter om problemet verkligen har med den inre marknaden att göra.⁹⁶ Istället skulle det kunna handla om att de nationella marknaderna måste förändras när det gäller distribution och abonnemang. Då skulle problemet kunna lösas på bättre sätt.⁹⁷ Det kan även argumenteras för att den inre marknaden kommer att träffas av negativa konsekvenser på grund av portabilitetsförordningen. Om tjänsteleverantörer och rättighetshavare drabbas av minskade intäkter till följd av bestämmelserna kan det påverka såväl skapande och produktion av innehåll, distribution av detsamma och därmed leda till mindre innovation, tillbakagående ekonomi och sämre kulturellt utbud.

5.4 Förenlighet med övriga bestämmelser

När EU inför nya bestämmelser måste hänsyn tas till övriga EU-rättsliga regler och samtidigt till de internationella konventioner som de flesta EU-medlemsländer anslutit sig till. Eftersom förslaget grundar sig på artikel 114 i EUF-fördraget som ger EU behörighet att anta åtgärder som avser upprättandet av den inre marknaden och dess funktion och de innehållstjänster online som kommer att falla inom tillämpningsområdet för portabilitetsförordningen omfattas av den harmoniserade upphovsrätten eller närstående rättigheter så finns det ingenting som tyder

⁹⁴ Förslag till yttrande från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, s. 3.

⁹⁵ Regeringskansliet, Kommenterad dagordning, Konkurrenskraftsrådets möte den 26-27 maj 2016, s. 1-2.

⁹⁶ *KLYS och Copyswedens synpunkter*, s. 2-3.

⁹⁷ *KLYS och Copyswedens synpunkter*, s. 2-3.

på att förordningen inte skulle vara förenlig med andra bestämmelser inom EU-rätten.⁹⁸ EU ska även beakta de kulturella aspekterna inom EU när bestämmelser görs enligt fördragen. Det stadgas i artikel 167 FEUF. Kommissionen menar att portabilitetsförordningen skulle öka tillgången till kulturellt innehåll eftersom upplevelsen förbättras av den ökade tillgången även under resor inom EU. Förslaget bidrar dessutom till att främja konsumenternas intressen och är förenligt med artikel 169 EUF och reglerna om konsumentskydd.⁹⁹

I Europeiska unionens stadga, artiklarna 16 och 17, finns upptaget grundläggande regler om näringsfrihet och upphovsrätten som äganderätt, aspekter som måste tas upp och diskuteras i relation till förslaget. Kommissionen har uttalat att förordningen skulle ha begränsad inverkan på dessa rättigheter. Att inkräkta på dessa grundläggande rättigheter kan rättfärdigas med hänsyn till målet att fastställa gränsöverskridande portabilitet för de europeiska konsumenterna. Det skulle inte heller påverka varken rättighetshavarnas eller tjänsteleverantörernas intäkter, eller affärsmodeller. Lunds universitet har i sitt remissyttrande har riktat direkt kritik mot kommissionens förslag i detta hänseende. Fakultetsstyrelsen menar att förslaget är ofullständigt när det gäller grundläggande rättigheter som kan påverkas av förslaget och att det måste utredas tydligare.¹⁰⁰ Det samma kan sägas om konsumenternas rätt till skydd av personlig information, eftersom tjänsteleverantörerna kommer att behöva verifiera deras hemmedlemsstat samt i vissa fall deras temporära ort.¹⁰¹

Enligt motiveringen i Europaparlamentets förslag till betänkande inverkar förslaget inte menligt på territorialitetsprincipen eller staternas nationella bestämmelser på upphovsrättsområdet. Det eftersom förslaget utgör en skyldighet för tjänsteleverantörer att garantera abonnenterna portabilitet av innehållstjänsterna och begreppet ”gränsöverskridande portabilitet” är en rättslig fiktion som inte finns i övrig lagstiftning. Det är dock viktigt att påpeka att åtskillnad ska göras mellan portabilitet och gränsöverskridande tillgång eftersom en hållbar finansiering av den audiovisuella sektorn och filmindustrin är viktig för den kulturella mångfalden i EU, något som förordningen har till syfte att främja. Finansieringen av rättigheterna bygger på territorialitetsprincipen, därför bör förordningen inte på något sätt vara ett steg mot gränsöverskridande tillgång utan begränsas strikt till att förbättra portabiliteten av innehåll-

⁹⁸ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, motivering, s. 2-3.

⁹⁹ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, motivering, s. 2-3.

¹⁰⁰ Lunds universitet, juridiska fakulteten, s.1.

¹⁰¹ Commission staff working document impact assessment, s. 44 f.

stjänster.¹⁰² Ett argument för att kommissionen har rätt i att territorialiteten inte kommer att påverkas menligt är att förordningen är utformad på så sätt att tillhandahållandet av en innehållstjänst online och abonnentens tillträde till och användning av tjänsten uteslutande ska anses äga rum i hemmedlemsstaten enligt förslagets artikel 4.¹⁰³ Det gör att den territorialiteten inte kommer att beröras rent juridiskt av förordningens tillämpning. Området för där upphovsrätten är skyddad bestäms av hemmedlemsstatens territorium och utökas bara till en annan medlemsstat under den tid då konsumenten är ”tillfälligt närvarande”. Territoriet är därför det samma, även om konsumenten rent praktiskt använder sig av rättigheten inom ett annat territorium. Dock kvarstår faktum att kommissionen ännu inte definierat tidsramen för ”tillfälligt närvarande” mer specifikt, något som även tagit upp som kritik mot förslaget.

Ett problem som inte tagits upp och diskuterats särskilt i relation till territorialitetsprincipen är hur de länder utanför EU kommer att reagera på lagstiftningen. Många tjänsteleverantörer i Europa har avtal med rättighetshavare i länder utanför unionen. Dessa rättighetshavare blir naturligtvis påverkade av portabilitetsförordningen eftersom deras rättigheter helt plötsligt kan användas, och enligt lag måste finnas tillgängliga för konsumenterna, även i länder där rättigheten inte licensierats ut. EU har inte kommenterat denna problematik ytterligare än att det i konsekvensbedömningen nämns att införandet av förordningen varken kommer påverka tredje land, handel eller på miljön. Inte heller kommer medlemsstaternas internationella åtaganden att påverkas.¹⁰⁴ Någon ytterligare motivering till varför så är fallet ges inte. Inga av de internationella konventioner som rör upphovsrätten tar upp situationen som EU och resten av konventionsländerna befinner sig i. Det finns ingenting i texterna som talar för att det EU gör är tillåtet, men inte heller att det skulle vara otillåtet. För att anknyta till territorialitetsaspekten igen kan konstateras att medlemsländerna har friheten att utforma sin egen lagstiftning, och så måste gälla även när gränsöverskridande frågor aktualiseras. Om Sverige vill komma överens med Tyskland om att skapa ett utbyte som innebär att deras respektive territoriala områden ”sträcks ut” för att tillfälligt täcka ett område i det andra landet, bör detta vara möjligt. Med hänsyn till medlemsstaternas frihet borde det vara tillåtet enligt samtliga konventionstexter som respekterar principen om territorialitet. Vad som inte får glömmas bort är dock att medlemsländerna fortfarande måste iaktta bestämmelsen om nationell behandling,

¹⁰² Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor, motivering, s. 34.

¹⁰³ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, s. 17.

¹⁰⁴ Commission staff working document impact assessment, s. 45.

men eftersom den endast innebär att alla konventionsländer ska ge varandra samma skydd som de ger sina egna verk inverkar den inte på gränsöverskridande avtal som iakttar skyldigheten. Nationell behandling innebär inte någon skyldighet för medlemsländerna att begränsa sina samarbeten sinsemellan. För EU och för medlemsländerna innebär portabilitetsförordningen inte att de nationella åtagandena påverkas, men det kan däremot diskuteras hur det blir för de enskilda tjänsteleverantörerna. Blir det inte så att de måste bryta sina avtal med rättighetshavare utanför EU? Licenserna som de köpt täcker i många fall endast deras eget territorium och inte hela EU, men skyldigheten att tillhandahålla innehållet över hela unionen gör att de måste bryta avtalen. Det går att argumentera för att den rättsliga fiktion som kommissionen ställt upp i form av att innehållet fortfarande tillhandahålls och används inom det territorium för vilken licenserna gäller eliminerar detta problem. Det må vara sant för medlemsländerna i EU, men kanske inte lika relevant för de utanför. Även om medlemsländerna inte begår något fördragsbrott så är den rättsliga fiktionen knappast godkänd av länderna utanför EU, trots att deras rättighetshavare är minst lika inblandade. Problemet kommer i så fall att hamna på tjänsteleverantörerna och rättighetshavarna i form av ökade kostnader för omförhandlingar av avtal, dyrare licenser och eventuella skadestånd för avtalsbrott, något som definitivt varken kommer att gynna den inre marknadens kulturella utbud eller ekonomiska tillväxt.

5.5 Varför förordning och inte direktiv?

EU har som sagt redan utfärdat flera direktiv i syfte att harmonisera upphovsrättsområdet, men än så länge har det inte införts någon förordning i samma syfte. Frågan är varför kommissionen i det här fallet verkar anse att en förordning är mer lämplig än ett direktiv för att lösa portabilitetsproblemet. Vad finns det för fördelar och nackdelar med en förordning jämfört med ett direktiv?

En fördel med förordningar är att de har särskilt stark genomslagskraft eftersom de enligt artikel 288.2 FEUF har allmän giltighet, är bindande och direkt tillämpliga i alla medlemsländer. Myndigheter och domstolar ska tillämpa dem som gällande rätt och de kan grunda rättigheter och skyldigheter samt ger möjlighet för enskilda att åberopa dem precis som nationell lagstiftning. Förordningar ska inte införlivas i nationell lagstiftning eftersom de inte bör förändras i sin text och utformning. De har även företräde framför nationella bestämmelser som eventuellt strider mot EU:s bestämmelser. Förordningar är med andra ord ett

väldigt effektivt rättsmedel och tack vare sin enhetliga genomslagskraft används de allt oftare. En stor nackdel är dock att de inte ger utrymme för nationella lösningar, vilket inkräktar på medlemsländernas frihet att anpassa reglerna så att de passar bättre in i den nationella lagstiftningen.¹⁰⁵ För upphovsrätten har det extra stor betydelse med hänsyn till territorialitetsprincipen.

Direktiv är utformade på så sätt att de riktar sig till medlemsstaterna, inte till enskilda. De ska införlivas i nationell rätt eftersom de endast föreskriver resultat som ska förverkligas inom en viss tid. Direktiven rör ofta utformningar av skydd eller krav av olika slag. Formen och tillvägagångssätten för att nå målen överlämnar EU till medlemsstaterna så att de passar in i den struktur som övrig nationell lagstiftning har.¹⁰⁶ Detta är en faktor som kan ligga bakom att EU hittills valt direktiv som instrument för att harmonisera upphovsrätten. Medlemsländerna ska genomföra direktiven på ett lojalt och komplett sätt, så att rättsläget som ska följa av direktivet är klart och precis angivet i lagen och att enskilda som berörs har kännedom om sina rättigheter och kan göra dem gällande inför nationell domstol. I praktiken är det vanligt att medlemsstater inte genomför direktiven inom den tidsgräns som angivits vid utfärdandet. Det fördröjer processen att integrera de nya bestämmelserna och blir till nackdel för enskilda, det blir en diskrepans mellan medlemsländernas gällande rätt trots att den vid tidsfristens slut bör vara densamma.¹⁰⁷

Svaret till varför EU valt en förordning för att införa portabilitet istället för ett direktiv kan uttolkas från kommissionens konsekvensbedömning. Där förklarar kommissionen att eftersom en förordning blir direkt tillämplig och inte kräver några implementeringsåtgärder från de nationella lagstiftarnas sida kommer den att få omedelbar effekt. Dessutom är en förordning att föredra framför direktiv i de fall när målet är att ett visst område ska ha en enhetlig tillämpning av reglerna. Ett direktiv å andra sidan skulle innebära för stor frihet för medlemsstaterna gällande implementeringen, vilket riskerar konsumenternas möjlighet att få samma tillgång i alla medlemsstater. Det skulle ta längre tid, och eventuellt gå ut över tjänsteleverantörerna.¹⁰⁸ Förutom detta tydliga ställningstagande nämner kommissionen även att förordningen ska följas upp efter ett antagande. Där kommer fokus ligga på hur aktörerna på

¹⁰⁵ Bernitz, s. 55-56.

¹⁰⁶ Bernitz, s. 56-57.

¹⁰⁷ Bernitz, s. 56-57.

¹⁰⁸ Commission staff working document impact assessment, s. 25.

marknaden tillämpar förordningen. Enhetligheten är en viktig faktor.¹⁰⁹ Sammanfattningsvis verkar det vara förordningens genomslagskraft som är den övervägande anledningen till att kommissionen föreslagit en förordning framför ett direktiv. Den blir direkt tillämplig över hela unionen samtidigt och möjliggör en enhetlig tillämpning vilket garanterar att alla konsumenter omfattas av samma regler.¹¹⁰

Även om kommissionen har sina skäl till att välja en förordning finns det åsikter för en annan lösning. EU kommenterar också detta i konsekvensbedömningen och menar att rättighetshavare och tjänsteleverantörer som först varit för vägledning för att uppnå gränsöverskridande portabilitet sedan ändrat sig. Innehållsindustrin medger att det finns ett behov av portabilitet över gränserna och att möjligheten att erbjuda det i nuläget är svårt på grund av licensavtalens utformning. Lösningen som föredras är därför underlättande lagstiftning eftersom det skulle ta bort licensieringsproblematiken, men fortfarande innebära avtalsfrihet för parterna. Rättighetshavarna skulle ha möjlighet att influera hur portabilitet kan införas i avtalen, men tjänsteleverantörerna skulle inte bli tvungna att erbjuda det. Producenter av audiovisuellt innehåll skulle också föredra att få införa portabilitet självständigt i licensavtalen och därmed kunna styra villkoren till hur det skulle gå till. Konsumenterna håller inte med om detta, de skulle föredra en obligatorisk skyldighet att erbjuda portabilitet.¹¹¹

Från svenskt håll har två rättighetshavare lämnat sin gemensamma åsikt på förslaget om portabilitetsförordning. Dessa är KLYS och Copyswede¹¹², vars verksamhetsledare respektive VD uttalat sig. De förespråkar försiktighet från EU:s sida när det gäller den upphovsrättsliga harmoniseringen. Harmonisering bör bara ske när det är nödvändigt för den inre marknadens funktion eller för att skapa bättre balans mellan parterna på marknaden. Då ska fokus ligga på att stärka kulturskapares ställning. Därför ifrågasätter KLYS och Copyswede själva lösningen eftersom den innebär en totalharmonisering genom en tvingande förordning och undrar om det verkligen är den mest ändamålsenliga lösningen. Förslaget riskerar att vara onödigt långtgående, tillämpningsområdet alltför vidsträckt och behöver avgränsas tydligare.

¹⁰⁹ Commission staff working document impact assessment, s. 48.

¹¹⁰ Kommissionens förslag till portabilitetsförordning, motivering, s. 4, p. 2.

¹¹¹ Commission staff working document impact assessment, s. 25.

¹¹² KLYS är en samlad röst för yrkesverksamma kulturskapare i Sverige. De företräder femton medlemsorganisationer som totalt innefattar 30 000 upphovspersoner. Copyswede företräder konstnärligt och litterärt verksamma uphovsmän och har 14 medlemsorganisationer anslutna till sig. De träffar avtal för organisationernas räkning samt inkasserar och fördelar ersättning för vissa utnyttjanden av rättigheter.

Rent principiellt utgör förslaget ett problem eftersom det är en inskränkning i den upphovsrättsliga ensamrätten och en uppluckring av territorialitetsprincipen. En rekommendation att försöka lösa portabilitetsproblemet på frivillig väg hade varit att föredra. Då skulle konsumenternas behov kunna tillgodoses inom ramen för den teknik och kundhantering som finns idag. EU skulle dessutom kunna informera om att striktare normgivning är nästa steg om behoven inte uppfyllts inom en viss tid. Det finns med andra ord åtgärder som EU både kan och bör vidta innan en tvingande förordning införs.¹¹³

6. Sammanfattande åsikter

6.1 Från svenska myndigheter och aktörer

Konkurrenskraftsrådet hade ett möte den 26-27 maj 2016 där man hade för avsikt att besluta om den allmänna inriktningen till portabilitetsförordningen. Från protokollet kan sammanfattas att förslaget välkomnas som någonting Sverige kan stå bakom.¹¹⁴ I den faktapromemoria¹¹⁵ som regeringen utfärdat tas återigen rimligheten i att konsumenter som abonnerar på innehållstjänster ska ha möjlighet att använda tjänsterna även utanför sin hemmedlemsstat upp. När det gäller upphovsrätten generellt anser regeringen att punktinsatser bör göras på upphovsrättsområdet på EU-nivå och särskilt där det finns ett konstaterat behov. Ur ett marknadsperspektiv och för den fria inre marknaden inom EU är det rimligt att gränsöverskridande portabilitet införs för innehållstjänster online. Förslaget är enligt regeringen väl avgränsat i relation till problemet och välkomnar därför förordningen i stort.¹¹⁶ Regeringen håller med om att målet med gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online kan uppnås bättre på EU-nivå och accepterar kommissionens bedömning att förordningen är proportionerlig. Därmed är regeringens bedömning att förslaget är förenligt med både subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen.¹¹⁷

¹¹³ *KLYS och Copyswedes synpunkter*, s. 3.

¹¹⁴ Regeringskansliet, Kommenterad dagordning, Konkurrenskraftsrådets möte den 26-27 maj 2016, s. 1-2.

¹¹⁵ Faktapromemoria från Regeringskansliet, s. 1.

¹¹⁶ Faktapromemoria från Regeringskansliet, s. 6.

¹¹⁷ Faktapromemoria från Regeringskansliet, s. 8.

Flertalet myndigheter och aktörer har blivit tillfrågade att uttala sig om förslaget. Bland dem finns Svenskt Näringsliv, Tillväxtverket¹¹⁸, Patent- och registreringsverket¹¹⁹, Ulf Maunsbach som företrädare fakultetsstyrelsen på Lunds universitet, tidigare nämnda KLYS och Copyswede samt IT&Telekomföretagen. Det har kommit lite olika synpunkter, men gemensamt för de flesta är att de ställer sig positiva i stort till förslaget. De enda som tydligt uttalat att vägledning från EU:s sida för att aktörerna själva skulle kunna sträva mot att uppnå gränsöverskridande portabilitet vore att föredra är KLYS och Copyswede som företrädare rättighetshavarna. De stöder förslagets syfte och anser det rimligt att konsumenterna i EU har tillgång till portabelt innehåll.¹²⁰ Ökad tillgång till innehållstjänster över hela EU ökar värdet av tjänsterna. Det kan leda till både positiva effekter för den inre marknaden, men även vara negativt för de enskilda rättighetshavarna och tjänsteleverantörerna.¹²¹ Trots detta stöds syftet och ändamålet av samtliga berörda aktörer och att problemet erkänns som ett verkligt problem. Flera tar upp problematiken med medlemsstaternas territorialitet och hur kommissionen bör tänka i relation till den. Det eftersom förordningen kommer att innebära en begränsning för rättighetshavarna att upplåta licenser som är territoriellt begränsade. Hela Europa blir begränsat på detta sätt, även för resten av världens aktörer.¹²² Förutsättningar för att införa en sådan typ av inskränkning saknas i förslaget, vilket funnits anmärkningsvärt.¹²³ Därmed kommer förordningens påverkan på rättighetshavare och tjänsteleverantörer förmodligen att vara mer betydande än vad kommissionen verkar vilja påskina.¹²⁴ Att kommissionen måste tydliggöra definitionerna av nyckelbegreppen ”hemmedlemsstat” och ”tillfälligt närvarande” är en gemensam uppfattning.¹²⁵

¹¹⁸ Tillväxtverket, Nordlöf, Gunilla, Thuresson, Daniel, Remissvar, EU-kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, (Ju2016/00085/L3), s. 1 f.

¹¹⁹ PRV, synpunkter, s. 1.

¹²⁰ *KLYS och Copyswedens synpunkter*, s. 2, IT&Telekomföretagen, *synpunkter*, s. 1.

¹²¹ IT&Telekomföretagen, *synpunkter*, s. 1-3.

¹²² IT&Telekomföretagen, *synpunkter*, s. 1-3.

¹²³ *KLYS och Copyswedens synpunkter*, s. 3.

¹²⁴ *KLYS och Copyswedens synpunkter*, s. 3, IT&Telekomföretagen, *synpunkter*, s. 3 f.

¹²⁵ *KLYS och Copyswedens synpunkter*, s. 4,

6.2 Om territorialitet, ensamrätt och avtalsfrihet

Synpunkter som tagits upp under förhandlingarna rörande portabilitetsförordningen har kretsat mest kring definitionen och kontrollen av abonnenters hemmedlemsstat. Dessutom har det efterfrågats vad som avses med ”tillfälligt närvarande”. Dessa aspekter har diskuterats i relation till territorialitetsprincipen, hur avtalsfriheten påverkas samt förutsägbarheten för tjänsteleverantörerna. Många av frågorna har redan tagits upp tidigare i uppsatsen, men här är några ytterligare tankar och reflektioner angående förordningens eventuella effekt på dessa frågor.

Portabilitetsförordningen har kommit till utifrån ett konsumentbehov och en strävan efter att utveckla den inre marknaden, både ut ett ekonomiskt perspektiv men framför allt ur principen om fri rörlighet för personer, varor och tjänster. Tanken om ett gränslöst Europa med lika rättigheter för samtliga medborgare är det som drivit EU till att lösa portabilitetsproblemet. I förslaget till förordningen, betänkanden, yttranden etc. framgår att nästan samtliga aktörer på marknaden eniga om att det är rimligt att konsumenterna ska ha tillgång till sina innehållstjänster när de rör sig inom EU, dock under en begränsad tid. Samtidigt drivs olika grupper av olika intressen, och även där är det uppenbart att territorialitetsprincipen är av yttersta vikt för de flesta. Att medlemsstaterna fortsatt vill ha sin frihet när det gäller att reglera upphovsrätten är inte konstigt, dock så verkar de inte se portabilitetsförordningen som ett hot mot det. Kanske beror det på att förordningen uppställer relativt strikta kriterier för när förordningen ska tillämpas och på vilka, samt att den endast gäller en specifik situation – när abonnenten reser utomlands. Att rättighetshavarna är något tveksamma till själva lösningen – inte att problemet finns och att det bör lösas på något sätt – är inte heller märkligt. Naturligtvis skulle det innebära större frihet för dem att få icke bindande riktlinjer att gå efter snarare än en förordning att förhålla sig till. EU har varit noga med att påpeka att inga avtal kommer att påverkas i och med förordningen; inga licensavtal behöver omförhandlas och rättigheterna förblir desamma och gäller för samma geografiska område som innan förordningens tillkomst. Detta eftersom användandet och tillhandahållandet av tjänster anses ske i hemmedlemsstaten. Frågan är bara, går det att resonera så? Blir det inte så att förordningen utvidgar medlemsstaternas upphovsrättsliga territorium och på så sätt även licensernas geografiska täckning? Hela EU blir ett enda territorium så länge användandet faller inom

förordningens tillämpningsområde. Allt annat anses ju vara konstant trots att det geografiska området utökas i takt med att abonnenten flyttar på sig.

I litteraturen har det påpekats att ensamrättsstrukturen kan diskuteras och bör motiveras med särskilda grunder och motiv.¹²⁶ Ensamrätten är komplicerad och ger upphov till svårigheter och problem ur ett produktions- och informationsperspektiv, särskilt i relation till vår kultur där fri konkurrens på marknaden är en förutsättning. Immaterialrättens regler kan då verka hämmande och problematiska. Det kan konstateras att när det gäller gränsöverskridande portabilitet har ensamrättsstrukturen definitivt orsakat hinder, inte minst för att den är territoriellt knuten. Egentligen är det inte själva ensamrätten som förordningen tar sikte på att lösa eller kringgå, utan mest att den ska kunna användas och finnas tillgänglig enligt avtal med en konsument över hela Europa och inte bara där rättighetshavaren ”gett sitt tillstånd”. Problemet som uppkommer då är att ensamrätten påverkas på så sätt att rättighetshavaren tas ifrån en del av avtalsfriheten. Som nämnts tidigare så bygger avtal inom upphovsrätten, licensavtal, på avtalsfrihet. När EU går in och reglerar så att licensen gäller även utanför sitt egentliga territorium så innebär det en begränsning i avtalsfriheten för rättighetshavaren. Argumentet mot att så är fallet är dock samma som ovan – att tillhandahållandet och användandet anses ske från hemmedlemsstaten oavsett var inom EU abonnenten befinner sig och att därmed sker ingen begränsning i avtalsfriheten. Rättighetshavaren har fortfarande rätt att styra över var licensen ska gälla och att abonnenten råkar befinna sig tillfälligt på en annan medlemsstats territorium har ingen betydelse för rätten att fritt avtala om rättighetens geografiska täckning. Eftersom gränsöverskridande portabilitet bygger på en rättslig fiktion och lösningen bygger på att tjänsten anses tillhandahållas och användas inom hemmedlemsstaten är det svårt att argumentera för att avtalsfriheten påverkas på annat sätt än att förordningens rättsverkningar inte kan avtalas bort. Förutom det är avtalsfriheten densamma, även om licensavtalen får en tillfälligt större geografisk täckning.

För att begränsa portabilitetsförordningens inverkan på territorialiteten, ensamrätten och avtalsfriheten bör EU göra det mycket tydligt vad som avses med ”tillfälligt närvarande”. Att bestämma ett specifikt antal dagar när förordningen gäller verkar inte vara aktuellt, men det är viktigt att någon typ av gräns införs. Det kommer att inverka på hur förordningen tillämpas och minska risken för missbruk, förbättra förutsägbarheten av bestämmelserna både för tjänsteleverantörer, rättighetshavare och konsumenter samt reglera hur stort ingripande

¹²⁶ Levin, *Lärobok*, s. 14.

förordningen innebär. För att alla medlemsländer ska kunna tillämpa förordningen enhetligt måste EU ta det ansvaret, antingen i form av tydliga riktlinjer i samband med förordningen alternativt med hjälp av EU-domstolen. Nackdelen med att EU-domstolen avgöra frågan är att det kan ta onödigt lång tid och riskerar att flera tjänsteleverantörer tillämpar förordningen felaktigt och oenhetligt. Slutligen kan konstateras att om EU bestämmer sig för att ”tillfälligt närvarande” innebär en kort vistelse och därmed tillämpar en strikt tolkning av begreppet så får förordningen mindre effekt på territorialiteten, vilket leder till mindre konsekvenser för samtliga aktörer. Om EU å andra sidan bestämmer sig för att tillämpa en vidare tolkning av begreppet och låta vistelsen bli längre så kan det komma att leda till en betydande urholkning av territorialitetsprincipen, medlemsstaternas frihet, aktörernas avtalsfrihet och möjlighet till förtjänst för sina tjänster och skapelser. Därför är det viktigt att EU tar tillfälle att innan införandet bestämma hur tolkningen bör göras.

6.3 Målet mot en digital inre marknad

Eftersom upphovsrätten i det moderna samhället blir allt mer gränsöverskridande anser EU att det nu krävs en mer ingående EU-rättslig lagstiftning för att få upphovsrätten att fungera inom unionen.¹²⁷ EU:s inriktning är fortfarande inte att begränsa upphovsrättens nationella bestämmelser eftersom man vill behålla den territoriella karaktären, det fastslogs i ett beslut som godkände ”the Reda report” i juli 2015. Där kom man även fram till att det inte finns några motsägelser mellan territorialitetsprincipen och åtgärder för att säkerställa portabilitet av innehåll på den inre marknaden.¹²⁸ Den tekniska utvecklingen går i snabb takt vilket medför att medborgarna inom EU blir allt mer mobila, vilket i sin tur ökar de gränsöverskridande utmaningarna. Ett exempel är licensiering som i nuläget för med sig att det är den lag och det förvaltningsorgan i spridningslandet som styr vilka regler som gäller.¹²⁹ För rättighetshavare och leverantörer som vill ta sina verk och tjänster över landsgränserna blir det flera olika nationella lagstiftningar att ta i beaktande eftersom de så att säga lämnar sin upphovsrätt hemma.

Kommissionen har för att möta ett ökat behov av enhetlig reglering formulerat en immaterialrättsstrategi som omfattar förslag om bestämmelser för en EU-rättslig hantering av

¹²⁷ Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten, s. 3.

¹²⁸ Motion for a european parliament resolution on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256(INI)) p. 6-7.

¹²⁹ Levin, *Lärobok*, s 89.

upphovsrätten, däribland onlinedistribution av audiovisuella verk.¹³⁰ Det är enheten Digital Single Market tillhörande kommissionen som är ansvarig för den upphovsrättsliga utvecklingen inom unionen. Målet är att eliminera de hinder som finns på den inre marknaden när det gäller gränsöverskridande digitalt innehåll och tjänster. En modernisering av upphovsrätten och en översyn av den digitala marknaden är tydligt på gång och det man strävar efter är bland annat att konsumenterna ska få större tillgång till information online.¹³¹

Sammanlagt kommer 16 initiativ att läggas fram innan år 2017 är slut. Förslaget till portabilitetsförordningen är det första steget för att förbättra den digitala inre marknaden. Målen innebär i korthet att både innehållstjänsterna och konsumenterna ska öka i antal. Ju fler konsumenter desto större efterfrågan på nytt innehåll. Det kommer att skapa fortsatt tillväxt på upphovsrättsområdet, vilket gynnar både rättighetshavare, tjänsteleverantörer och konsumenter. Marknaden blir helt enkelt mer produktiv, mer kvalitativ och mer lönsam.¹³²

6.4 Vad händer nu?

Den 29 november 2016 höll JURI-IMCO¹³³ ett gemensamt möte för att rösta om en ståndpunkt till kommissionens förslag till portabilitetsförordning. Efter mötet kom en pressrelease från Europaparlamentet där föredraganden till betänkandet Jean-Marie Cavada presenterade förslaget som godkänt med 22 röster för, inga mot och inga frånvarande. Han kommenterade även förslaget som en möjlighet att enhetligt lösa portabilitetsfrågan över hela EU, samtidigt som territorialitetsprincipen respekteras. Avsaknaden av gränsöverskridande portabilitet kommer med förslaget att förändras i och med beslutet. Efter beslutet måste informella förhandlingar mellan Europaparlamentet, rådet och kommissionen inledas för att nå enighet om förordningens text. Förhandlingarna har redan påbörjats och en förordning kommer förmodligen att vara klar under våren 2017.¹³⁴ Processen för att följa upp och säkerställa förordningens tillämpning kommer att bestå av två faser. Fas ett startar direkt efter att förordningen antagits och kommer att fortgå fram till införandet. Då kommer fokus att ligga på hur lagstift-

¹³⁰ MEMO/11/332.

¹³¹ Levin, *Lärobok*, s. 24.

¹³² Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten, s. 3.

¹³³ Committee on Legal Affairs och Committee on Internal Market and Consumer Protection.

¹³⁴ Press Release, *Watch your online films anywhere in the EU: MEPs back cross-border portability*, Press Service, European Parliament.

ningen börjar tillämpas av aktörerna på marknaden i medlemsstaterna. Kommissionen kommer för att underlätta tillämpningen organisera möten med representanter från medlemsstaterna och de mest inflytelserika aktörerna för att undersöka hur övergången till de nya reglerna kan göras på enklast möjliga sätt. Fas två planeras starta under år 2017 och då kommer fokus ligga på de direkta effekter som uppstår på grund av de nya reglerna.¹³⁵

7. Uppsummering, diskussion och slutsatser

Portabilitetsförordningen har som syfte att stärka den inre marknaden och undanröja hinder för gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online. Den inre marknaden ska präglas av fri rörlighet för varor och tjänster, därmed är avsaknad av gränsöverskridande portabilitet för upphovsrättsligt innehåll ett hinder för den inre marknads funktion. Det är EU:s organ, bland annat kommissionen som har till uppgift att säkerställa att den inre marknaden fungerar så väl som möjligt. Alla åtgärder som är till för att stärka den inre marknaden måste dock vara proportionerliga och ta hänsyn till övriga rättigheter och principen som nuvarande lagstiftning bygger på – i det här fallet främst medlemsstaternas rätt att territoriellt bestämma över upphovsrätts regler och aktörernas rätt att fritt avtala om hur upphovsrättigheterna ska nyttjas. Upphovsrätts territoriella begränsning och aktörernas avtalsfrihet är de problem som främst tagits upp i detta arbete, av den anledningen att de är av störst intresse för förordningens existens och hur den kommer att fungera i relation till övrig lagstiftning. Aspekter som rör hur portabilitetsförordningen ska tillämpas har också orsakat diskussioner, men är något som förhoppningsvis kommer att klarna och ordas upp i och med EU:s fortsatta arbete med medlemsstaterna.

Förordningens tillämpningsområde täcker rättigheter som har harmoniserats av EU genom direktiv, vilket möjliggör en fortsatt reglering av dessa rättigheter. Utan den tidigare harmoniseringen hade det blivit svårare för EU att samordna reglerna för att fungera gränsöverskridande över hela unionen. Man kan sträcka sig så långt som att konstatera att utan det tidigare arbetet med att genomföra unionsövergripande åtgärder hade kommissionen inte kunnat komma med ett förslag till det som portabilitetsförordningen utgör. Det eftersom upphovsrätts territoriella struktur har skapat en separat rättsordning i varje medlemsstat – vilka inte varit möjliga att samordna utan att de innehållstjänster som aktualiseras hade harmoniserats i ett tidigare skede. Tack vare att EU gjort detta har kommissionen nu kunnat komma fram till

¹³⁵ Commission staff working document impact assessment, s. 48.

en gemensam lösning på problemet med gränsöverskridande portabilitet. Att förordningen kommer att uppfylla sina syften i och med införandet kan betraktas som säkert eftersom den utgör en *skyldighet* för tjänsteleverantörer att tillhandahålla gränsöverskridande portabilitet. Förordningen ska i sin ställning som tvingande rättsakt säkerställa detta, ett starkt skäl till varför kommissionen i jämförelse med andra alternativt valt att föreslå införandet av en förordning.

Det är intressant att kommissionen valt att skapa en rättslig fiktion för att göra tillämpningen förordningens bestämmelser möjlig. Utifrån principen om territorialitet och principen om avtalsfrihet har tillämpningen och hur väl den fungerar stor betydelse. Den rättsliga fiktionen utgörs av begreppen ”hemmedlemsstat” och ”tillfälligt närvarande” och det faktum att konsumenternas förfogande av upphovsrättsligt skyddat material förblir inom samma geografiska territorium, oavsett personens faktiska geografiska position. Ur ett juridiskt perspektiv är det intressant därför att det möjliggör ett ”kringgående” av medlemsstaternas och aktörernas frihet att själva utforma villkoren för upphovsrättens nyttjande. Territorialitetsprincipen gäller fortfarande, utan att påverkas eftersom tillgängliggörandet och användandet sker inom samma territorium – inga avtalsvillkor eller skyldigheter har därmed åsidosatts. Avtalsfriheten gäller även den utan påverkan, bortsett från det faktum att förordningens konsekvenser inte kan avtalas bort. Oavsett förordningens rättsverkan gäller licensernas territoriella begränsning eftersom konsumenten bara har tillgång när personen är ”tillfälligt närvarande” utanför det ursprungliga territoriet. Fiktionen är ur det perspektivet finurligt konstruerad, även om kommissionen på många sätt varit djärva i skapandet av den. Det går naturligtvis att argumentera för att förordningens konsekvenser på både territorialitetsprincipen och avtalsfriheten är alltför långtgående, och även för att aktörerna kommer att påverkas orimligt mycket av reglerna. Kommissionens syfte med förordningen är dock tydligt; att skapa och upprätthålla den inre marknadens fria rörlighet och detta framförallt för att gynna konsumenterna inom unionen. Huruvida detta är ett legitimt sätt att argumentera på och lösningen i form av en förordning är som mest fördelaktig är en åsikt av personlig art och lämnas därmed till läsaren för reflektion.

Sammanfattningsvis kan konstateras att medlemsländerna och EU:s övriga organ är eniga med kommissionen om att portabilitetsförordningen är en möjlig väg att gå och har därför godkänt förordningen att antas. Arbetet med utformningen och införandet fortsätter under nästa år och snart kommer EU:s konsumenter att kunna märka av resultatet av det. Det

kvarstår att se hur tillämpningen kommer att fungera och vilka verkliga konsekvenser och eventuella problem som kan uppstå i och med införandet.

10. Källförteckning

EU-rätt

Direktiv

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

Europaparlamentet samt dess utskott

Briefing EU copyright reform: Revisiting the principle of territoriality, *Tambiana Madiaga*, European Parliamentary Research Service, September 2015, PE 568.348, [cit. Briefing EU copyright reform]

Förslag till betänkande om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, Europaparlamentet, Utskottet för rättsliga frågor, (COM(2015)0627), [cit. Förslag till betänkande från utskottet för rättsliga frågor]

Förslag till yttrande från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd till utskottet för rättsliga frågor över förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden (COM(2015)0627- C80392/2015-2015/0284(COD)), Europaparlamentet, Utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, Marco Zullo, [cit. Förslag till yttrande från utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd]

Motion for a european parliament resolution on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256(INI))

Press Release, *Watch your online films anywhere in the EU: MEPs back cross-border portability*, Press Service, European Parliament

Europarådet

Council of the European Union, Interinstitutional File: 2015/0284 (COD), Brussels, 18 May 2016

EU-domar

Mål C-192/04, Legardère Active Broadcast mot mot Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) och Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), 2005

Kommissionen

Arbetsdokument från kommissionens avdelningar, sammanfattning av konsekvensbedömningen, Följedokument till förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, (COM(2015) 627 final), (SWD(2015) 271 final), [cit. Sammanfattning av konsekvensbedömningen]

Commission staff working document impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council to ensure the cross-border portability of online content services in the internal market, (COM (2015) 627 final), (SWD(2015) 271 final) [cit. Commission staff working document impact assessment]

Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, (COM(2015) 627 final), (SWD(2015) 270 final), Europeiska kommissionen, Bryssel den 9/12 2015 [cit. Kommissionens förslag till portabilitetsförordning]

Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten*, Bryssel den 9.12.2015. COM(2015) 626 final, [cit. Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten]

MEMO/11/332, *Intellectual Property Strategy – Frequently Asked Questions*, Brussels 24 May 2011, last update 2016-12-20 [cit. MEMO/11/332]

Press release, IP/15/5927, European Commission, *Bringing down barriers in the Digital Single Market: No roaming charges as of June 2017*, Strasbourg, 27 October 2015, last update 2016-12-20 [cit. Press release, *Bringing down barriers in the Digital Single Market*]

Press release, IP/15/6264, European Commission, *Commission proposes modern digital contract rules to simplify and promote access to digital content and online sales across the EU*, Brussels, 9 December 2015, last update 2016-12-20, [cit. Press release, *Commission proposes modern digital contract rules*]

Litteratur

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Upplaga 5, 2014, Norstedts Juridik AB

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, Upplaga 11, 2016, Norstedts Juridik AB [cit. Levin, *Lärobok*]

Klang, Mathias, *Copyright - Copyleft: En guide om upphovsrätt och licenser på nätet*, Version 3.0, 2009, Danagårds Grafiska

Korling, Fredric, Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, upplaga 1:3, 2013, Studentlitteratur

Regeringskansliet, Justitiedepartementet, *Upphovsrätt, Information om rättsreglerna*, Graphium Norstedts Tryckeri, www.regeringen.se

Renman Claesson, Katarina, *Digitala påfrestningar på upphovsrätten. En genomgång av Katarina Renman Claesson*, 2001, www.juridicum.su.se

Artiklar

Levin, Marianne, *Undantaget från nationell behandling i Bernkonventionens artikel 2:7*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, nr 2, 1990, s. 194

Sammanställningar

Regeringskansliet, Justitiedepartementet, Faktapromemoria 2015/16:FPM38, Förordning om gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster på internet, 2016-01-12, [cit. Faktapromemoria från Regeringskansliet].

Offentligt tryck

Ds

Ds 2003/35 Upphovsrätten i informationssamhället. Genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m. [cit. Ds 2003/35]

Protokoll

Regeringskansliet, Kommenterad dagordning, Konkurrenskraftsrådets möte den 26-27 maj 2016, www.regeringen.se

Remissvar och yttranden

IT&Telekomföretagen inom Almega, Bjennbacke, Ellinor, Nygårds, Pär, *Synpunkter på KOM(2015)627; Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden*, 2016-02-02, [cit. IT&Telekomföretagen, *synpunkter*]

[https://www.itotelekomforetagen.se/MediaBinaryLoader.axd?MediaArchive_FileID=8b40e170-2fec-46c0-830e-3db49232c128&FileName=IT%26T+Remissvar+Gr%C3%A4ns%C3%B6verskridande+portabilitet+KOM\(2015\)627.pdf](https://www.itotelekomforetagen.se/MediaBinaryLoader.axd?MediaArchive_FileID=8b40e170-2fec-46c0-830e-3db49232c128&FileName=IT%26T+Remissvar+Gr%C3%A4ns%C3%B6verskridande+portabilitet+KOM(2015)627.pdf)

KLYS; Källén, Ulrica (Verksamhetsledare) och Copyswede; Åkerlind, Mattias (VD), *KLYS och Copyswedens synpunkter på EU-kommissionens förslag till förordning om s k portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden*, Stockholm, 5 februari 2016, [cit. *KLYS och Copyswedens synpunkter*]

http://www.klys.se/bdh_filearea/Remissvar_och_yttranden/Upphovsratt/EU-forordning_-_portabilitet_slutlig.pdf

Lunds universitet, juridiska fakulteten, universitetslektor Maunsbach, Ulf, *Remiss: EU-kommissionens meddelande - Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten*, Dnr V 2016/72, 2016-02-18 [cit. Lunds universitet, juridiska fakulteten]

[https://www.jur.lu.se/WEB.nsf/\(MenuItemByDocId\)/IDA666B61522B38101C1257F5D00518CDF/\\$FILE/EU-kommissionens%20meddelande%20-%20Mot%20en%20modernare%20och%20mer%20europeisk%20ram%20f%C3%B6r%20upphovsr%C3%A4tten.pdf](https://www.jur.lu.se/WEB.nsf/(MenuItemByDocId)/IDA666B61522B38101C1257F5D00518CDF/$FILE/EU-kommissionens%20meddelande%20-%20Mot%20en%20modernare%20och%20mer%20europeisk%20ram%20f%C3%B6r%20upphovsr%C3%A4tten.pdf)

Svenskt Näringsliv, Enheten för immaterialrätt och transporträtt, Brånby, Carolina, Norén, Göran, *Remissvar. EU-kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden*, 2016-02-03

[https://www.itotelekomforetagen.se/MediaBinaryLoader.axd?MediaArchive_FileID=8b40e170-2fec-46c0-830e-3db49232c128&FileName=IT%26T+Remissvar+Gr%C3%A4ns%C3%B6verskridande+portabilitet+KOM\(2015\)627.pdf](https://www.itotelekomforetagen.se/MediaBinaryLoader.axd?MediaArchive_FileID=8b40e170-2fec-46c0-830e-3db49232c128&FileName=IT%26T+Remissvar+Gr%C3%A4ns%C3%B6verskridande+portabilitet+KOM(2015)627.pdf)

Patent- och registreringsverket, Nilsson, Christian, Ås Sivborg, Susanne, EU-kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden KOM (2015) 627 slutlig, (JU2016/00085/L3) [cit. PRV, synpunkter]

https://www.prv.se/globalassets/dokument/om-prv/remissvar/2016/20160201_yttrande_ad_411_2016-239.pdf

Tillväxtverket, Nordlöf, Gunilla, Thuresson, Daniel, Remissvar, EU-kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, (Ju2016/00085/L3)

<https://tillvaxtverket.se/download/18.39e4ffef15398c6ea682e8/1459770449634/16-00040%2BGr%C3%A4ns%C3%B6verskridande%2Bportabilitet%2Bf%C3%B6r%2Binneh%C3%A5llstj%C3%A4nster%2Bonline%2Bp%C3%A5%2Bden%2Binre%2Bmarknaden.pdf>