

2016-02-03

Dnr SU FV-1.1.3-0117-16

Regeringskansliet  
(Justitiedepartementet)  
103 33 Stockholm

**Remiss: EU-kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden**

***Inledande synpunkter***

Säkerställandet av tillgång till samma medieinnehåll inom hela EU (så långt tekniskt möjligt) genom ett nationellt abonnemang är, åtminstone ur ett kortsiktigt konsumentperspektiv, mycket välkommet. I takt med att människor rör sig alltmer över nationsgränserna inom unionen och då unionsrätten till stora delar har undanröjt de rättsliga hinder som funnits för portabilitet av uppkopplade innehållstjänster framstår det som alltmer orimligt att tjänsteleverantörerna genom avtalskonstruktioner ska kunna dela upp den inre marknaden i syfte att upprätthålla artificiella priser. Som framhålls i skäl 11 till den förslagna förordningen har EU-domstolen genom förhandsavgörandet i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League*, banat väg för tillgång till satellitsändningar inom hela unionen genom en samstämmig tolkning av reglerna om fri rörlighet, konkurrens, och skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter. Vidare närmar sig den dag då roamingavgifterna för mobil kommunikation avskaffas helt för resenärerna inom EU. Det är därför lämpligt att i detta tidiga skede av genomförandet av EU:s strategi för den digitala inre marknaden (COM(2015) 192 final) säkerställa portabiliteten för uppkopplat medieinnehåll på nätet. Det ska dock nämnas att ett enhetligt regelverk för hantering av digitala rättigheter ("digital rights management" (DRM)) inom EU lätt kan bli verkningslöst om det inte samtidigt åtföljs av teknisk utveckling och standardisering. Förslaget till förordning föranleder även rättsliga frågor som diskuteras i detta remissvar.

***Allmänt om kompetensområdet***

Säkerställandet av portabilitet för uppkopplade innehållstjänster omfattas av unionens tilldelade befogenheter att tillsammans med medlemsstaterna upprätta en inre marknad. Juridiska fakultetsnämnden bedömer att inom ramen för dessa befogenheter uppfyller den föreslagna förordningen även kraven på subsidiaritet och proportionalitet såsom de kommer till uttryck i Fördraget om Europeiska Unionen (FEU) artikel 5 och i protokoll 2 om tillämpning av principerna. Därtill ska kravet på näringsfrihet enligt artikel 16 i EU:s

stadga om de grundläggande rättigheterna (Rättighetsstadgan) alltid iakttas när såväl kompetensfrågor som rättsfrågor och sakfrågor inom unionsrätten avgörs. Näringsfriheten har främst materialiserats genom att möjligheten för små och medelstora företag att tillträda marknader och konkurrera på tillbörliga villkor inom unionen. Det ska i sin tur leda till ökad innovationstakt som är av central betydelse för unionen. I motiveringen till den nu föreslagna förordningen sägs i svepande ordalag att då ”förslaget inte innebär några betydande kostnader, finns det ingen anledning att minimera fullgörandekostnaderna för mikroföretag eller små och medelstora företag.” Vidare antas förslaget ha positiva effekter på konkurrenskraften ”eftersom det kommer att bidra till innovation för innehållstjänster online och locka fler konsumenter till dessa.” Dessa påståenden är föga övertygande utan vidare analytiskt stöd. Större geografiska marknader medför ofta en ökad risk för koncentrationer av marknadsmakt dels eftersom företagen högst upp i distributionsnätverket inte längre är hänvisade till underleverantörer inom olika mindre geografiska områden utan kan få stordriftsfördelar genom att anlita samma underleverantör för hela området, och dels eftersom konsumenterna av olika anledningar får preferenser för en av produkterna på marknaden. Det kan tänkas att innovationstakten när det gäller medieinnehåll avtar i vissa delar av unionen samtidigt som producenterna i andra regioner standardiserar utbudet. Standardisering är som inledningsvis nämnts förvisso nödvändigt i viss mån för att förverkliga den digitala inre marknaden men det kan lätt slå över i negativa marknadseffekter. Dessa frågor får kanske lösas senare genom konkurrensrätten och marknadsrätten i stort, men ett förtydligande kring hur förslaget gynnar små och medelstora företag och således säkerställer den grundläggande näringsfriheten vore välkommet.

I motiveringen till den föreslagna förordningen påstås dessutom att förslaget inte kommer att få några konsekvenser för internationell handel. Om det nu skulle ske en ökad samordning av utbudet i hemmedlemsstaterna bör detta gynna de europeiska företag som utvecklat en gemensam standard, och i motsvarande mån försvåra marknadstillträdet för aktörer från tredje land som kanske skulle önska att de kunde konkurrera med alternativa lösningar på delar av inre marknaden. Det blir lätt spekulativt att utan närmare analys anta ett eller annat utfall, men det bör ändå nämnas att de tjänster som här diskuteras omfattas av det frihandelsavtal som slöts med Kanada 2014 (CETA) och det frihandelsavtal som nu förhandlas med USA (TTIP), där standardiseringsfrågor (bakom gränserna) överlag är komplexa.

Portabiliteten av medieinnehåll mellan medlemsstaterna bör även ses i ljuset av det harmoniserade materiella skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter inom unionen och särskilt den tillåtande länkingspolicy som EU-domstolen har utvecklat i en serie förhandsavgöranden. Från att i mål C-306/05, *SGAE*, ha utformat rättsskyddet vid analog TV utsändningar inom unionen i enlighet med artikel 11bis i Bernkonventionen kom domstolen i målet C-466/12, *Svensson*, att anpassa konventionens innebörd av ”online” till den inre marknadens logik genom att tillämpa stadgandet i strid med dess ordalydelse. Det är särskilt problematiskt eftersom unionen inte har tillträtt konventionen och därför enligt artikel 352 Fördraget om Europeiska Unionen Funktionssätt (FEUF) saknar befogenhet att omtolka dess innebörd i medlemsstaterna. Även om rättsskyddet är detsamma med eller utan gränsöverskridande portabilitet kan den ökade tillgängligheten påverka den internationella handeln med medieinnehåll. Möjligheten att paketera om och sprida publicerat material inom hela unionen istället för i enskilda medlemsstater kan leda till försvårad tillgång till material från tredje land och en ökad risk för såväl handelstvister som åtgärder av företag under CETA och ett framtida TTIP.

### ***Särskilt om skyddsföremålet***

Naturligtvis innebär begränsningarna i skyddet mot internetlänkning en viss tröskel för publicering av uppkopplat material på nätet även inom unionen, men detta har ingen bäring på förevarande förslag. Däremot kan som nämns i motiveringen till den föreslagna förordningen de territoriella begränsningarna i skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter skapa problem. Visserligen kringgås detta problem i alla situationer som rör det harmoniserade rättsskyddet då artikel 4 i den föreslagna förordningen stadgar att tillträde och användning av en innehållstjänst anses äga rum i hemmedlemsstaten oavsett var i EU abonnenten befinner sig. Om däremot medieinnehåll som är fritt tillgängligt i hemmedlemsstaten är skyddat i den medlemsstat där abonnenten befinner sig kan användningen av innehållstjänsten där vara kontroversiell. Även om den internationellt privaträttsliga frågan om tillämplig lag är löst genom artikel 4 i den föreslagna förordningen kan det materiella skyddet undermineras i vistelselandet. Det kan helt enkelt bli svårt att upprätthålla ett vidare skydd än i andra medlemsstater. Detta ”race to the bottom” kan måhända leda till ökad kallharmonisering och integration, och frågan kan vara marginell, men här kan komparativa studier ge ett tydligare beslutsunderlag.

### ***Särskilt om jurisdiktion***

Principen om att innehållstjänsterna ska anses äga rum i hemmedlemsstaten verkar vara förenlig med den generellt tillämpliga sändarlandsprincipen som rör sändningarnas faktiska ursprung. Den klassiska motsättningen mellan kommunikationsteorin och utsändningsteorin som bl.a. diskuteras i WIPO:s guide till Bernkonventionen från 2003 är således löst vad avser portabiliteten. Oavsett varifrån och hur medieinnehållet kommuniceras och oavsett var abonnenten befinner sig i unionen tillämpas samma regler som när sändningen mottas i hemmedlemsstaten.

I övrigt finns inget att erinra om.