

Statens ersättningskyldighet vid felaktig implementering

*Något om EU-medlemsstats förverkligande av konventionsåtaganden**

JAN ROSÉN**

1. Inledning

Immaterialrätten är inom EU och även globalt sedan länge strukturerad av många olika internationella avtal, traktater och konventioner. Signatärstaternas åtaganden är legio och sträcker sig över stora sidoordnade ytor i sak och över stora tidsintervall. När EG tog form och sedermera framträdde i EU var dess medlemsstater typiskt sett redan bundna av åtskilliga sådana internationella överenskommelser med immaterialrättslig substans till vilka såväl de enskilda staterna som unionen som sådan således har haft att förhålla sig. Det är således inte något helt oväntat att ett konventionsåtagande för den enskilda medlemsstaten kan bryta sig mot ett krav på adekvat förverkligande av exempelvis ett harmoniseringsdirektiv.

Detta ställdes på sig spets genom EU-domstolens dom den 8 september 2020 i den s.k. RAAP-saken.¹ Fråga var om tillämpningen av den rätt till *en enda skälig ersättning*, som tillkommer utövande konstnärer och fonogramframställare enligt artikel 8(2) i direktivet 2006/115 om utlåning och uthyrning, måste tillerkännas även så kallade *tredjeländer*, dvs. länder utanför den krets som EU och EES-området utgör, i saken främst med avseende på

* Uppsatsen har i en tidigare version publicerats i Festskrift till Jan Kleineman, *Jure* (2021) s. 653 ff.

** Jur.dr, professor emeritus i civilrätt, knuten till Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Se mål C-265/19, EU:C:2020:677, Request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the High Court (Ireland), made by decision of 11 January 2019, received at the Court on 29 March 2019, in the proceedings Recorded Artists Actors Performers Ltd. v. Phonographic Performance (Ireland) Ltd, Minister for Jobs, Enterprise and Innovation, Ireland, and Attorney General; (RAAP-målet).

medborgare i USA. EUD hade att avgöra huruvida sådan ersättningsrätt kunde *begränsas* på basis av överenskommelser om *reciprocitet* som vissa internationella konventioner och avtal uttryckligen medger signatärstaterna emellan, men som givetvis inte kan accepteras stater emellan inom EU eller EES-området mellan vilka så kallad *nationell behandling* får sägas vara självklar.

2. Målet C-265/19 och den irländska domstolens frågor till EU-domstolen

RAAP-målet bygger på en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av irländska High Court (Överdomstolen i tvistemål, Irland).

Saken i det nationella målet rörde, såsom redan antytts, främst *tredje-landsmedborgares* rätt till en enda skälig ersättning i enlighet med artikel 8(2) i direktiv 2006/115 när de har bidragit till ett fonogram som används i Irland.

Käranden i det nationella målet, Recorded Artists Actors Performers Ltd, RAAP, är en insamlingsorganisation som förvaltar rättigheter för utövande konstnärer. Den första svaranden i det nationella målet, Phonographic Performance (Ireland) Ltd, PPI, är en insamlingsorganisation som förvaltar fonogramframställares rättigheter. Med hänsyn till de stora intressen som stod på spel i det nationella målet hade ministern för sysselsättning, näringsliv och innovation, Irland, och Irlands Attorney General deltagit i förfarandet såsom andra, tredje och fjärde svarande i det nationella målet.

Begäran om förhandsavgörande skulle således avse tolkningen av artikel 8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter.² Detta särskilt mot bakgrund av Wipo:s fördrag år 1996 om framföranden och fonogram, WPPT,³ och 1961 års Romkonvention, RomK.⁴ Följande tolkningsfrågor ställde High Court till EU-domstolen:

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter; detta direktiv kodifierade och upphävde direktiv 92/100/EEG – ”uthyrnings- och lånedirektivet”. Ordalydelsen i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 är identisk med ordalydelsen i artikel 8.2 i direktiv 92/100.

³ WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, Genève den 20 december 1996, WPPT. Se Sveriges internationella överenskommelser, ISSN 1102-3716, SÖ 2010:18. WPPT godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 (EGT L 89, 2000, s. 6).

⁴ Internationell konvention om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag, Romkonventionen, tillkommen den 26 oktober 1961 i Rom (RomK).

- ”1) Är en nationell domstols skyldighet att tolka direktiv 2006/115 mot bakgrund av syftet med Romkonventionen och/eller WPPT begränsad till begrepp som uttryckligen nämns i direktivet eller omfattar den alternativt även begrepp som endast återfinns i de två internationella överenskommelserna? I synnerhet önskas få klarlagt i vilken utsträckning artikel 8 i direktiv 2006/115 ska tolkas mot bakgrund av kravet på ”nationell behandling” i artikel 4 WPPT.
- 2) Har en medlemsstat utrymme att skönsmässigt föreskriva kriterier som avgör vilka utövande konstnärer som uppfyller kraven för att vara ’berörda utövande konstnärer’ enligt artikel 8 i direktiv 2006/115? Kan, i synnerhet, en medlemsstat begränsa rätten att få del av skäligen ersättning till sådana fall där antingen i) framförandet äger rum i ett land inom EES, eller ii) de utövande konstnärerna har sin hemvist eller är bosatta i ett EES-land?
- 3) Vilket utrymme för skönsmässig bedömning har en medlemsstat i sitt svar på en reservation som gjorts av en annan fördragspart enligt artikel 15.3 WPPT? Är, i synnerhet, medlemsstaten skyldig att exakt återspegla villkoren i den reservation som gjorts av den andra fördragsparten? Är en fördragspart skyldig att inte tillämpa 30-dagarsregeln i artikel 5 i Romkonventionen i den mån den kan leda till att en framställare från den part som gjort reservationen får ersättning enligt artikel 15.1, men inte de utövande konstnärer som medverkat vid upptagningen? Har den svarande parten alternativt rätt att ge rättigheter till medborgare i den stat som gjort reservationen som är mer generösa än de rättigheter som ges av den part som gjort reservationen, det vill säga kan den svarande parten ge rättigheter som inte återgäldas av den part som gjort reservationen?
- 4) Är det under alla omständigheter tillåtet att begränsa rätten till skäligen ersättning till att endast avse framställarna av en ljudupptagning, det vill säga att inte utge någon skäligen ersättning till de utövande konstnärer vars framföranden ingår i ljudupptagningen?”

3. WPPT och Romkonventionen

Såväl Europeiska Unionen som dess medlemsstater är undertecknare av 1996 års WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT. I artikel 15(1) WPPT anges att utövande konstnärer och framställare av fonogram äger rätt till en skäligen engångsersättning för direkt eller indirekt användning av fonogram som utgivits för kommersiella ändamål för radioutsändning eller för

annan offentlig återgivning.⁵ Denna rättighet är omfattad av och förverkligas genom artikel 8(2) i direktivet 2006/115 om uthyrning och utlåning, vilket framgick redan av 1992 års uthyrnings- och utlåningsdirektiv, 92/100/EEG, som kodifierades genom förstnämnda direktiv. I svensk upphovsrätt framträder sådan ersättningsrätt i 47 § URL, vartill kommer att dess tillämpning enligt WPPT regleras främst i 26 § av Internationell upphovsrättsförordning, IntURF.⁶ Totalt är cirka 100 stater parter i WPPT.

På grundval av artikel 15(3) WPPT är det möjligt för fördragsslutande part att i ett meddelande som deponeras hos WIPO:s generaldirektör, förklara att man endast avser att tillämpa bestämmelserna i punkt 15(1), dvs. vad angår rätten till skälig engångsersättning, ”beträffande vissa typer av användning, eller att man kommer att begränsa tillämpningen på något annat sätt eller inte alls tillämpa dessa bestämmelser”, således en rätt för fördragsslutande part att göra *reservations* i dylika hänseenden. Det är sålunda i enlighet med artikel 15(3) WPPT möjligt att såväl helt utesluta ersättningsrätten som att förse den med vissa restriktioner.

Vad gäller själva förbehållets utformning så är det möjligt att göra gällande att det i praktiken inte krävs ett meddelande pro forma som deponeras hos generaldirektören, eftersom artikel 21 WPPT helt klart anger att förbehåll i enlighet med artikel 15(3) är tillåtna.⁷ EUD har dock, se nedan under avsnitt 4, dragit långtgående slutsatser av icke-uppfyllande av nämnda formalitet. I vart fall har Sverige avgett sådan förklaring redan vid tillträdet av 1961 års RomK, vilken konvention härvidlag innehåller samma bestämmelser som sedermera influerats i artikel 15(3) WPPT. Förklaringen avser, kort sagt, att Sverige ska tillämpa *reciprocitet*, under vissa omständigheter, vad gäller ersättningsrätten avseende ifrågavarande ljudupptagningar – Sverige menar sig uppenbarligen ha lämnat meddelande på adekvat vis för att kunna tillämpa reciprocitetsreglerna.⁸

⁵ Artikel 15(1) WPPT lyder: ”Utövande konstnärer och fonogramframställare skall ha rätt till en enda skälig ersättning för direkt eller indirekt utnyttjande av fonogram som utgivits för kommersiella ändamål för utsändning i ljudradio eller television eller för vilken överföring som helst till allmänheten.”

⁶ SFS 1994:193 i lydelse enligt SFS 2009:1420.

⁷ Det kan också noteras att artikel 16 WPPT anger att de fördragsslutande parterna kan i sin nationella lagstiftning föreskriva samma begränsningar eller undantag för utövande konstnärer och framställare av fonogram som de i sin nationella lagstiftning föreskriver i samband med skydd av upphovsrätt.

⁸ Se prop. 2004/05:110 s. 364 f.

Utgångspunkten är dock att de fördragsslutande parterna enligt artikel 4(1) WPPT ska tillämpa principen om *nationell behandling*. Sålunda ska de fördragsslutande parterna tillämpa, på medborgare hos andra fördragsslutande parter, enligt definitionen i artikel 3(2) WPPT, samma bestämmelser som på sina egna medborgare ifråga om sådan uteslutande rätt som stadgas i fördraget och, såvitt här intresserar, ifråga om rätt till skälig ersättning enligt artikel 15 WPPT. Alltså har de fördragsslutande parterna i grunden underkastat sig en skyldighet att tillämpa principen om så kallad nationell behandling.

Emellertid stadgas i artikel 4(2) WPPT att skyldigheten att garantera nationell behandling inte gäller såvida ”annan fördragsslutande part använt sig av möjligheten” att göra dylik reservation som framgår av artikel 15(3) WPPT. Artikel 4(2) måste givetvis ses som ett direkt undantag från det som sägs i artikel 4(1) och möjliggör därmed så kallad *materiell reciprocitet* mellan vissa stater. Sådantillvida lämnas inte utrymme för alternativa tolkningar, varför den i första stycket omtalade ”skyldigheten” att erbjuda nationell behandling inte alls framstår som tvingande för en signatärstat. Inom EU får detta direkt stöd av de principer som EU:s råd uttalat beträffande EU:s medlemsstaters tillträde, ratifikation och förverkligande av WPPT, bl.a. såntillvida som artikel 15(1) WPPT enligt rådet inte ska innebära att extra och ensidigt skydd ska tillerkännas ett tredjeland.⁹

EU:s medlemsstater har som ovan antytt låtit möjligheten till reservation mot principen om nationell behandling komma till uttryck på lite olika vis, inte alltid i lag eller författning. Den svenska lagstiftaren har däremot låtit dylika reservationer komma till klart uttryck. I 26 § av IntURF, finns för svenskt vidkommande regler om hur artikel 15 WPPT ska tillämpas.

USA har, såsom fördragsslutande part av WPPT, använt sig av möjligheten att göra uttryckliga reservationer till ersättningsrättens tillämpning – beträffande annat än ”certain acts of transmission and communication to the public by digital means” – således vad som eljest gäller ”ljudradio- eller televisionsutsändning eller för vilken överföring som helst till allmänheten”, och detta med referens till vad som framgår av amerikansk rätt.¹⁰ Sådantillvida reser-

⁹ Se rådets principuttalande i doc. 11517/07, 12 July 2007: ”When ratifying, implementing and applying the WIPO Performances and Phonograms Treaty, additional protection will not be granted unilaterally to third countries.”

¹⁰ USA:s reservation lyder som följer: ”In accordance with Article 15(3), the United States of America will apply Article 15(1) only in respect of certain acts of transmission and communication to the public by digital means for which remuneration is collected, directly

vation har också åtskilliga andra stater gjort, vilka är så kallade tredjeländer, dvs. sådana som inte är medlemsstater i unionen eller tillhör EES-kretsen.¹¹

26 § IntURF anger hur man i svensk rätt hanterat frågan om nationell behandling sådan den framträder i artikel 4 WPPT.¹² Bestämmelsens första och femte stycke är av avgörande betydelse i förevarande sammanhang beträffande ersättningsrätten. Enligt 26 § första stycket 1 p. IntURF får nämligen en framställare av en ljudupptagning och de utövande konstnärerna ersättningsrätt (enligt 47 § URL) antingen om ljudupptagningen *gjorts* i annat land än Sverige och *det landet är anslutet till WPPT* eller framställaren är *medborgare* eller har sin *vanliga vistelseort* i eller är en *juridisk person* från ett *fördragsland*. Det bör här observeras att artikel 4(2) WPPT har för ersättningsrättens vidkommande bl.a. den betydelsen att reciprocitet kan tillämpas oavsett vilket *anknytningsmoment* som må vara tillämpligt.¹³ Anknyt-

or indirectly, for receiving, or otherwise relaying and providing on digital phonogram, as provided by the laws of the United States of America.” I den svenska översättningen av EUD:s dom i Recorded Artists-fallet lyder texten: ”I enlighet med [artikel 15.3 WPPT] kommer Amerikas förenta stater endast att tillämpa [artikel 15.1 i detta fördrag] på vissa slag av utsändning i ljudradio eller television och överföring till allmänheten genom digitala medier för vilka en direkt eller indirekt avgift tas ut för mottagningen eller för andra återutsändningar och meddelanden på digitala fonogram i enlighet med tillämplig lag i Amerikas förenta stater.”.

¹¹ Förutom USA har t ex Australien, Kanada, Nya Zeeland och Folkrepubliken Kina reserverat sig på likartat vis.

¹² 26 § IntURF: En framställare av en ljudupptagning och de utövande konstnärer vars framförande finns på en sådan ska ha rätt till ersättning på motsvarande sätt som anges i 47 § andra–fjärde styckena upphovsrättslagen, om

1. ljudupptagningen har gjorts i ett annat land än Sverige och det landet är anslutet till WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, eller

2. framställaren är medborgare eller har sin vanliga vistelseort i eller är en juridisk person från ett fördragsland.

Rätten till ersättning enligt första stycket gäller endast om ljudupptagningen används

1. vid en ljudradio- eller televisionsutsändning,

2. vid annan överföring till allmänheten utom i fall då överföringen sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till ljudupptagningen från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer, eller

3. vid ett offentligt framförande.

Rätten till ersättning enligt första och andra stycket gäller inte ljudfilm.

Bestämmelserna i 45 § tredje stycket och 46 § tredje stycket upphovsrättslagen ska tillämpas på rätten till ersättning enligt första och andra stycket.

Rätten till ersättning enligt första och andra stycket gäller endast i den omfattning och under den tid som det andra landet ger en rätt till ersättning för användning av ljudupptagningar med anknytning till Sverige. Förordning (2008:851).

¹³ Se prop. 2004/05:110 s. 370.

ningsmomenten ändrades för övrigt inte heller när WPPT förverkligades genom direktiv 2006/115, utan potentiellt skydd erbjuds alla upptagningar enligt upptagningskriteriet eller nationalitetskriteriet, dvs. att de motsvaras av reglerna i 13 § och 26 § IntURL.¹⁴

Enligt 26 § femte stycket gäller dock rätten till ersättning endast i den omfattning och under den tid som det andra landet ger en rätt till ersättning för användning av ljudupptagningar med anknytning till Sverige. Alltså på grundval av *reciprocitet*. Den svenska lagskrivningen återgår således direkt på artikel 4(2) och artikel 15 WPPT. Det följer ju av artikel 4(2) WPPT att skyldigheten till nationell behandling inte gäller i den utsträckning som en annan stat har gjort reservation enligt artikel 15(3) WPPT.¹⁵

Också reglerna om anknytningsmoment i 26 § IntURF ter sig helt korrekta enligt de svenska konventionsåtagandena. Eftersom USA som fördragslutande part vad gäller WPPT för sin del i stort sett helt uteslutit nationell behandling, genom sin ovan angivna reservation, med effekt således att ljudupptagningar med anknytning till USA, som saknar reciprocitetsavtal med Sverige, inte berättigar till ersättningar som inkasserats i Sverige (annat än vad som möjligen gäller ”certain acts of transmission and communication to the public by digital means”).

Till bilden hör också att ovan angiven ersättningsrätt enligt WPPT i sin tur bygger på 1961 års Romkonvention, RomK, och, i huvudsak, dess anknytningsmoment.¹⁶ Båda konventionerna överlappar i sak varandra.¹⁷ EU är inte part i RomK, det är däremot samtliga av unionens medlemsstater utom Republiken Malta.

Redan i 1960 års URL inflöt bestämmelser om ersättningsrätten i 47 §, byggda på ett utkast till RomK som då fanns tillgängligt.¹⁸ Detta framträder alltså i svensk rätt genom tillämpningsföreskrifter i 11 § och 26 § av 1993 års IntURF, båda paragraferna dock numera uppdaterade, liksom § 13 IntURF genom Sveriges anslutning till 1996 års WIPO-fördrag.

Artikel 12 i RomK föreskriver sålunda ett skäligt ersättningsbelopp till utövande konstnärer och fonogramframställare.¹⁹ Enligt artikel 16 RomK

¹⁴ Se Olsson/Rosén, Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar, fjärde upplagan, 2016, särsk. s. 625 f. och s. 637. Se prop. 2004/05:110 s. 368.

¹⁵ Jfr prop. 2004/05:110 s. 358 f.

¹⁶ Se särskilt artiklarna 12, 15 och 16 RomK.

¹⁷ Jfr prop. 2004/05:110 s. 366.

¹⁸ Se SOU 1956:25 s. 384 ff., och prop. 1960:17 särsk. s. 253 ff.

¹⁹ Artikel 12 RomK lyder: ”Om fonogram, som utgivits i kommersiellt syfte, eller mångfaldigt exemplar av sådant fonogram användes direkt för radioutsändning eller för offentlig

stys rättigheten av vissa anknytningsmoment som bygger på upptagningskriteriet, nationalitetskriteriet eller utgivningskriteriet, varav endast de två första numera finns kvar i WPPT (*upptagning* i ett WPPT-land respektive *medborgarskap/vanlig vistelseort* i fördragsland). Sverige, som avgett förklaringar enligt artikel 16.1(a)(iv) RomK, ska som sagt tillämpa reciprocitet ifråga om ersättningsrätten avseende ljudupptagningar och då i förhållande till upptagningskriteriet i enlighet med Sveriges förklaring till artikel 17 RomK.²⁰

I 13 § fjärde stycket IntURF framträder den viktiga regeln om reciprocitet, av innebörd att rätten till ersättning endast ska gälla i den omfattning och under den tid som ”det andra landet” ger motsvarande rätt till ersättning för användning av ljudupptagningar i Sverige. Denna regel tillkom genom 2008 års lagändringar, SFS 2008:851. Artikel 16.1(a)(iv) RomK gav i o f sig möjlighet till reciprocitet långt dessförinnan, men endast vid tillämpning av nationalitetskriteriet – år 2008 fann regeringen att möjlighet till reciprocitet skulle föreligga också på grundval av upptagningskriteriet.²¹ Före 2008 års lagändringar innehöll 13 § IntURF en uppräkningslista av ett antal länder som var anslutna till RomK men till vilka ersättning inte skulle utbetalas, nämligen sådana för vilka reciprocitet inte förelåg – den uppräkningslistan ansågs sedermera obehövlig och utgick således genom SFS 2008:851.

Det finns dock två väsentliga skillnader, förutom att WPPT inte alls rör radio- och televisionsföretag, mellan ersättningsrätten enligt RomK och WPPT. Dels finns ingen ersättningsrätt för ondemandförfoganden, eftersom ensamrätt här gäller enligt WPPT. Dels föreligger en skillnad vad gäller reciprocitetsbestämmelserna. RomK föreskriver att den omständigheten att rätt till ersättning i förekommande fall ges endast åt en av de båda berättigade kategorierna inte ska anses som en sådan skillnad hos skyddet att den ska utlösa något slags reciprocitetstänkande.²² Motsvarande bestämmelse finns inte i WPPT och förekommer därför inte heller i 26 § IntURF. När sistnämnda bestämmelse reviderades för att förverkliga WPPT var avsikten

återgivning, skall den som använder fonogrammet utbetala ett enda, skäligt ersättningsbelopp till de utövande konstnärerna eller till fonogramframställarna eller till båda. Villkoren för uppdelningen av detta belopp kunna, om parterna icke komma överens därom, bestämmas av den nationella lagstiftningen.”

²⁰ Se prop. 2004/05:110 s. 365.

²¹ Se Olsson/Rosén, Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar, fjärde upplagan, 2016, s. 625 ff.

²² Se Olsson/Rosén, Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar, fjärde upplagan, 2016, särsk. s. 636 f.

att tillämpningen av reciprocitetskravet skulle grundas på innehållet i artikel 4(2) och artikel 15(3) WPPT, se ovan.²³

Artikel 16 RomK erbjuder nämligen de möjligheter för signatärstater att göra sådana reservationer till rättigheterna som stadgas i artikel 12 RomK, helt eller delvis, dvs. med *materiell reciprocitet* och på så vis att ingen fördragslutande stat ska behöva ge mer än den får. Eljest skulle en signatärstat som fullt ut erbjuder skydd i enlighet med artikel 12 RomK komma i ett sämre läge i jämförelse med en stat som inte alls eller blott delvis omfattar ersättningsrätten enligt artikel 12 RomK. Medborgare i den senare staten ska i så fall inte kunna kräva mer än vad den egna statens regler erbjuder medborgare av den förstnämnda staten.²⁴

Artikel 16 (a)(iv) RomK anger sålunda en begränsning av den materiella reciprociteten. Den kan inte tillämpas med avseende på *grupper* av förmåntagare. En stat som erbjuder skydd för både utövande konstnärer och producenter får inte vägra skydd för medborgare av en stat som enbart skyddar den ena eller andra gruppen. En stat som bara ger skydd åt producenter får inte vägra skydd för en stat som ger skydd endast åt utövande konstnärer och vice versa. Om stat A erbjuder ersättning endast till utövande konstnärer, stat B endast till producenter och stat C till båda, så föreligger inga skillnader mellan dessa tre stater såvitt gäller skyddets ”omfattning”, och materiell reciprocitet kan således inte tillämpas dem emellan.²⁵

Sammantaget kan konstateras att WPPT och RomK förvisso erbjuder möjlighet till *materiell reciprocitet* i förevarande sammanhang, om än inte på fullständigt identiskt vis. Detta innebär att signatärstaterna kan tillämpa olika skyddsnivåer och för olika skyddskategorier, och att de kan reciprokt tillämpa dem ”lika för lika” gentemot annan signatärstat. I svensk rätt framträder detta i §§ 13 och 26 IntURF såvitt här intresserar. Någon principiell förändring härvidlag skedde inte när WPPT genomfördes i svensk rätt genom SFS 2008:851.

Det är dock oklart eller möjligen ett tolkningsproblem om reciprocitetskravet är uppfyllt mellan länder som på skilda vis erbjuder rättsskydd blott för endera *gruppen* fonogramframställare eller utövare, som omtalas i artikel 16 RomK, en situation som däremot, som sagt, inte alls behandlas i WPPT.²⁶

²³ Se prop. 2004/05:110 s. 368.

²⁴ Jfr WIPO Guide to the Rome Convention and the Phonograms Convention, WIPO 1981, s. 61 f.

²⁵ Se WIPO Guide to the Rome Convention, a.a., s. 63.

²⁶ Jfr Reinbothe/von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, UK 2002, s. 385 ff.

Syftet med artikel 3 WPPT var dock att ta över systemet beträffande anknytningsmoment från RomK, om än detta system måste tillämpas med beaktande av de omständigheter som må vara speciella för WPPT.²⁷

4. Ersättningsrätten i direktivet 2006/115 om uthyrning och utlåning

Som ovan noterats framträder i artikel 8(2) i direktivet 2006/115 om uthyrning och utlåning en rättighet som direkt anknyter till bestämmelsen i artikel 15(1) WPPT.²⁸ Fastmera implementerar artikel 8(2) i direktivet 2006/115 de facto artikel 15(1) WPPT, något som sägs direkt i ett uttalande av EU-rådets juridiska avdelning, rådets rättstjänst, the Council Legal Service, ifråga om unionens (dåvarande gemenskapens) accession till och ratificering av WPPT.²⁹ Som framgått ovan har rådet uttalat beträffande unionens accession till, ratificering och förverkligande av WPPT att extra ("additional") skydd inte skulle medges unilateralt till *tredjepartsländer*.³⁰

I linje härmed kan observeras att enligt 1 § andra stycket IntURF så ska URL tillämpas på den som är medborgare eller en juridisk person i ett land som ingår i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, EES. Detta ska ske på så sätt att vederbörande alltid ska behandlas som en svensk medborgare eller en svensk juridisk person. Frågan om internationell tillämpning av RomK och WPPT är därför endast av betydelse när det gäller personer med anknytning till ett RomK-land eller WPPT-land, men som saknar anknytning till EES-området.³¹ Förverkligandet av direktiv 2006/115 har inte medfört någon ändring härvidlag.

Genom unionens accession, ratificering och förverkligande av WPPT skulle, såsom också framgår av nyss nämnt uttalande av the Council Legal Service, rätten till skälig ersättning sålunda ha harmoniserats inom unionen genom artikel 8(2) i direktiv 2006/115, varför medlemsstaterna i vart fall

²⁷ Jfr prop. 2004/05:110 s. 367.

²⁸ Artikel 8(2) lyder: 2. Medlemsstaterna skall föreskriva rätt till en enda skälig ersättning från användaren när ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten. De skall säkerställa att denna ersättning fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna. Medlemsstaterna får fastställa villkoren för hur ersättningen skall fördelas mellan dem när det saknas avtal dem emellan.

²⁹ Se the Council Legal Service, doc. 7266/03.

³⁰ Se ovan not 9.

³¹ Jfr prop. 2004/05:110 s. 365 f.

inte skulle ha kompetens att göra reservationer *sinsemellan* beträffande ersättningsrätten på basis av artikel 15(3) WPPT. I ljuset av artikel 4(2) WPPT ansågs därför onödigt, enligt Council Legal Service, att göra särskild reservation för materiell reciprocitet direkt i direktivet 2006/115.

I ett annat yttrande av Council Legal Service framhålls likväl och helt logiskt – såvitt gäller tillämpningen av materiell reciprocitet på grundval av ”the state of the law” vid tillfället – att det i vart fall *inte* var fråga om en exklusiv kompetens för *unionen* som sådan att inom medlemsstaternas territorium åstadkomma materiell reciprocitet beträffande ersättningsrätten mellan en medlemsstat i unionen och en *annan* signatärstat (som inte är en medlemsstat) till WPPT, i synnerhet inte vad gällde artikel 4 WPPT.³²

Sammantaget bör kunna konstateras att direktiv 2006/115 förvisso harmoniserar inom EU den ersättningsrätt som anges i dess artikel 8(2), men att medlemsstaterna som signatärstater till WPPT alltfört kunde tillämpa materiell reciprocitet på grundval av artikel 4(2) WPPT såvitt gäller individuella rättsinnehavare som är medborgare i andra signatärstater till WPPT än de som är medlemsstater av EU eller som ingår i EES-området. Redan genomförande av direktiv 92/100/EEG – ”uthyrnings- och lånedirektivet – innebar harmoniserad ersättningsrätt i enlighet med artikel 12 i RomK, men medgav självfallet inte möjligheter till reservationer enligt artikel 16(1) RomK *inom unionen*, men väl för en unionsstat relativt andra signatärstater till RomK som inte ingår i EES.³³

Det är veterligen så att alla EU-stater uppfattat saken på nyss angivet sätt, såsom den svenska lagstiftaren, något som i svensk rätt framträder i 26 § IntURF. När bestämmelserna i 26 § IntURF reviderades för att genomföra Sveriges konventionsåtaganden på grundval av WPPT (SFS 2008:851), behölls ju reglerna om reciprocitet beträffande ersättningsrätten och togs ingen särskild hänsyn till att rätten i fråga genom direktiv 2006/115 givetvis gäller EU-staterna emellan på fullt ut harmoniserat vis, ett förhållande

³² Se the Council Legal Service, doc. 5433/05: “At the present state of law, the Community does not enjoy exclusive competence to decide on the rights to be accorded within the Member States’ territory to performers and producers of phonograms who are nationals of other parties to WPPT in order to implement the obligations of national treatment – with the caveat of material reciprocity, if appropriate – provided for in WPPT and in particular Article 4.”

³³ Se Walter/von Lewinski, European Copyright Law. A Commentary, Oxford 2010, s. 322 f. Samma rättsläge skulle gälla vid förverkligandet av WPPT genom direktiv 2006/115.

som kan sägas följa redan av 1 § IntURL.³⁴ Mellan Sverige som EU-stat, å ena sidan, och ett Romkonventionsland eller ett WPPT-land som saknar anknäpning till EES-området, å den andra, föreligger dock möjligheten till reciprocitet i enlighet med 26 § IntURF.

5. EU-domstolens dom i mål C-265/19, EU:C:2020:677, RAAP

5 a) EUD:s slutsatser i koncentrat med avseende på huvudfrågan

Såvitt här främst är av intresse kan konstateras att EUD, kortast uttryckt, kommer till följande slutsatser i mål C-265/19.

EUD beslutar att artikel 15(3) i WPPT och artikel 8(2) i direktiv 2006/115 ska tolkas så att sådana *reservationer* som avgetts av *tredjeländer* i enlighet med artikel 15(3) WPPT, vilka alltså har till effekt att begränsa omfattningen av ersättningsrätten enligt artikel 15(3) WPPT, begränsar rätten till ersättning endast beträffande utnyttjanden som skett territoriellt i dessa tredjeländer. Men detta har inte någon effekt inom EU och begränsar därför inte den ersättningsrättighet som anges i artikel 8(2) i direktivet 2006/115 såvitt gäller medborgare av dylika tredjeländer. Mandatet att påkalla sådan materiell reciprocitet som anges i artikel 4(2) WPPT tillkommer EU som sådan, inte dess medlemsstater. EU har *valt att inte inkludera* i artikel 8(2) i direktiv 2006/115 någon sådan möjlighet till reservation eller annan begränsning. Därför ska den artikeln tolkas så att från och med det att WPPT trädde ikraft inom EU, den 14 mars 2010, så tillerkänner den artikeln en rätt till skälig ersättning för alla medborgare av en WPPT-stat, däribland således medborgare i USA. Den reservation som USA meddelat på basis av artikel 15(3) WPPT har inte någon direkt verkan i EU trots det som framgår av artikel 4(2) WPPT.

5 b) Analys av EUD:s bedömning

Det kan konstateras att EUD:s nyss angivna slutsatser står i direkt konflikt med hur EU:s medlemsstater hittills uppfattat saken i nu angivna hänseenden, dvs. hur artikel 8(2) i direktiv 2006/115 förverkligar motsvarande bestämmelser i WPPT, och också hur rådet och rådets rättstjänst, Council Legal Service, bedömt frågan om tredjelandsmedborgares rätt till en enda

³⁴ Jfr prop. 2004/05:110 s. 366.

skäligen ersättning efter det att WPPT trädde ikraft inom EU den 14 mars 2010.

Härtill ska observeras EUD:s notering i punkt 61 att artikel 8(2) i direktiv 2006/115 faktiskt inte uppställer något villkor om att den utövande konstnären eller fonogramframställaren ska vara medborgare i en medlemsstat i EES eller ha hemvist eller bostadsort i en sådan stat, eller något villkor om att platsen för skapandet eller det konstnärliga arbetet ska vara knuten till en EES-medlemsstats territorium. Likväl konstateras i domen vid punkt 62 att de internationella avtal som ingåtts av unionen har *företråde* framför andra kategorier av sekundärrättsakter, något som kräver att artikel 8.2 så långt det är möjligt tolkas i överensstämmelse med WPPT.

EUD genomför dock inte detta i o f sig okontroversiella ställningstagande fullt ut. EUD framhåller nämligen att artikel 8(2) i direktiv 2006/115 för EU och dess medlemsstaters vidkommande medför att de ska tillämpa principen om *nationell behandling* enligt huvudregeln i artikel 4(1) WPPT. Enligt EUD:s uppfattning medför detta helt enkelt att unionen och dess medlemsstater ska bevilja såväl utövande konstnärer och fonogramframställare som är medborgare i medlemsstater i unionen som utövande konstnärer och fonogramframställare som är medborgare i *andra* fördragsparter i WPPT en rätt till en enda skäligen ersättning. Detta är följaktligen inget som uttryckligen följer av direktiv 2006/115, men som med EUD:s tolkning däremot måste sägas strida mot WPPT såtillvida som den konventionen ju medger materiell reciprocitet.

Likväl godtar EUD möjligheten enligt WPPT för en WPPT-stat att göra reservationer i enlighet med artikel 15(3) WPPT, se domen vid punkterna 69–70. Emellertid gör EUD gällande närmast en formalinvändning av innebörd att eftersom unionens medlemsstater inte har gjort några reservationer i enlighet med artikel 15(3) WPPT,³⁵ så skulle de redan därmed vara ömsesidigt bundna av *huvudregeln* i artikel 4(1) och artikel 15(1) WPPT, se domen vid punkt 71. Därmed skulle den nationella lagstiftaren *inte ha rätt* att föreskriva att det endast är medborgare i EES-medlemsstaterna som åtnjuter rätt till en enda skäligen ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115, vilken är den bestämmelse som i unionsrätten säkerställer tillämpningen av artikel 15.1 WPPT, se punkt 68 i domen.

³⁵ Det finns ingen notering om dylika meddelanden i WIPO:s register, framhåller EUD vid punkt 70 i domen.

Men saknar det verkligen betydelse att åtskilliga av EU:s medlemsstater, däribland Sverige, de facto har gjort sådan reservation redan med stöd av artikel 5(3) eller artikel 17 i RomK? Härtill svarar EUD att det "visserligen" framgår av artikel 1 WPPT att ingen av dess bestämmelser kan innebära att medlemsstaterna frigörs från sina förpliktelser enligt RomK, men att en sådan reservation enligt RomK till sin natur endast gör det *möjligt* att begränsa en medlemsstats åtaganden enligt denna konvention och att den därför inte ger upphov till någon *skyldighet* för medlemsstaten. Av detta skulle följa, enligt EUD, att en sådan reservation inte i något fall kan anses utgöra en sådan skyldighet för sådan medlemsstaten "som kan hindras" av hur artikel 8.2 i direktiv 2006/1 ska uppfattas.

EUD:s något märkliga slutsats blir att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas enbart på basen av artiklarna 4(1) och 15(1) WPPT. Detta trots att direktiv 2006/115 *inget har att säga* om medlemsstaternas möjligheter till att göra reservationer, dvs. i praktiken tillämpning av en viss materiell reciprocitet som artiklarna 4(2) och 15(3) WPPT onekligen erbjuder. Det synes vara mer korrekt att hävda att i vart fall inte artikel 8(2) i direktiv 2006/115 åstadkommit sådant förverkligande av WPPT som EUD gör gällande. Så mycket mera förvånande är EUD:s slutsats mot bakgrund av att EUD understryker att i den nationella tvisten som domen relaterar till så är de irländska domstolarna skyldiga att tolka denna direktivbestämmelse på ett sätt som är förenligt med WPPT, se punkt 74 i domen.

Dessutom framhåller EUD med stor tydlighet i punkt 84 att behovet av att bibehålla skäligen villkor för deltagande i handeln med inspelad musik utgör "ett mål av allmänintresse" som *kan motivera en begränsning* av den upphovsrätten närstående rättigheten enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115, nämligen för medborgare i ett sådant *tredjeland* som *inte* beviljar eller endast delvis beviljar denna rättighet inom sitt eget territorium, såsom USA.

EUD ser det uppenbarligen som problematiskt att tredjeländer gör reservationer som tar avstånd från såväl artikel 4(1) som artikel 15(1) WPPT och den likabehandling som utgör WPPT:s huvudregel. Dylikt menar EUD äventyrar möjligheten för utövande konstnärer och fonogramframställare i unionens medlemsstater *att* erhålla en lämplig inkomst, *att* de får svårare att återfå sina investeringar *och att* delta i denna handel på samma villkor som utövande konstnärer och fonogramframställare i det tredjeland som har gjort en reservation i enlighet med artikel 15.3 WPPT. Sådant "*kan*" alltså motivera en begränsning, enligt EUD (punkt 84 i domen), trots dess kategoriskt

uttalade förbud i punkt 68 för en medlemsstat att föreskriva att endast medborgare i EES-medlemsstater får åtnjuta rätten till en enda skälig ersättning.

Vidare konstaterar EUD på grundval av relevanta folkrättsliga regler som är tillämpliga i förhållandet mellan fördragsparterna, främst principen om ömsesidighet enligt artikel 21(1) i Wienkonventionen om traktaträtten, se punkt 79 i domen, att unionen och dess medlemsstater *inte är skyldiga* att obegränsat bevilja medborgare i ett tredjeland den rätt till en enda skälig ersättning som föreskrivs i artikel 15.1 WPPT, när det aktuella tredjelandet genom en reservation som gjorts i enlighet med artikel 15.3 i detta internationella avtal utesluter eller begränsar beviljandet av en sådan rättighet inom dess territorium.

Det finns således en möjlighet för unionen och dess medlemsstater att infoga en begränsning i ersättningsrätten som folkrättsliga normer således erbjuder. Mot denna möjlighet uppställer dock EUD det förhållande att enligt artikel 52.1 i stadgan ska varje *begränsning* i utövandet av upphovsrätten närstående rättigheter vara föreskriven *i lag*, vilket innebär att den rättsliga grund som tillåter ett ingrepp i nämnda rättighet på ett klart och precist sätt ska definiera omfattningen av begränsningen av utövandet av denna rättighet.³⁶ Enbart den omständigheten att det föreligger en *reservation* som vederbörligen har meddelats i enlighet med artikel 15.3 WPPT *uppfyller inte detta krav*, framhåller EUD i punkt 86, eftersom en sådan reservation inte gör det möjligt för det aktuella tredjelandets medborgare att få kännedom om exakt på vilket sätt deras rätt till en enda skälig ersättning begränsas inom unionen till följd av reservationen. Detta skulle således kräva *en klar bestämmelse i unionsrätten*.

Det nyss sagda leder EUD till slutsatsen. eftersom artikel 8.2 i direktiv 2006/115 utgör en harmoniserad bestämmelse, att det uteslutande ankommer på *unionslagstiftaren* och inte på de nationella lagstiftarna att avgöra huruvida det finns anledning att begränsa beviljandet i unionen av denna rättighet för *tredjelandsmedborgare* och, om så är fallet, att definiera denna begränsning på ett klart och precist sätt som en gemensam unionsregel (se punkt 88 och punkt 90 i domen). Detta skulle också sammanhålla med att unionen har exklusiv *extern befogenhet* enligt artikel 3.2 FEUF att förhandla med tredjeländer om nya ömsesidiga åtaganden, inom ramen för eller utan-

³⁶ EUD hänvisar här till dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 81, yttrande 1/15 (PNR-avtalet mellan EU och Kanada) av den 26 juli 2017, EU:C:2017:592, punkt 139, och dom av den 16 juli 2020, Facebook Ireland och Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, punkterna 175 och 176.

för WPPT (punkterna 88–90 i domen). Detta utgör EUD:s svar på den tredje frågan i begäran om förhandsbesked.

Åter kan konstateras att EUD understryker att åtminstone unionen, om än inte dess medlemsstater, såväl *kan* som (i det närmaste) *bör* åstadkomma att ifrågasvarande begränsning av artikel 8(2) i direktiv 2006/115 ska komma till uttryck som en gemensam unionsregel.

Sålunda väljer EUD, i nuvarande rättsläge, vid punkt 75 i domen (och i p. 1 i domens sammanfattande slutsatser), till besvarande av de två första frågorna som High Court i Irland ställt, att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att den utgör *hinder* för en medlemsstat, inom ramen för införlivandet med sin lagstiftning av uttrycket ”*de berörda utövande konstnärerna*” som återfinns i artikel 8.2, att från denna grupp utesluta konstnärer som är medborgare i tredjeländer utanför EES, varvid endast de undantas som har sin hemvist eller sin bostadsort i EES och de vars bidrag till fonogrammet har ägt rum i EES.

Vad slutligen gäller den fjärde frågan i begäran om förhandsbesked – huruvida artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att den utgör hinder för att rätten till en enda skälig ersättning som föreskrivs i den artikeln begränsas på så sätt att fonogramframställaren *ensam* uppbär ersättning *utan att dela den med den utövande konstnären* som bidragit till fonogrammet – är följande kort att säga. EUD konstaterar lakoniskt att ordalydelsen i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 anger att såväl utövande konstnärer som fonogramframställare har rätt till en enda skälig ersättning. Det utgör därför med nödvändighet ett åsidosättande av denna rätt att helt utesluta vissa kategorier av utövande konstnärer från ersättning, se punkterna 92–93 i domen. Eftersom ersättningen i fråga huvudsakligen kännetecknas av att den ”fördelas” mellan fonogramframställaren och den utövande konstnären, ska de dela på den, låt vara att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ger varje medlemsstat möjlighet att fastställa villkoren för denna fördelning, se punkt 94 i domen. De svenska reglerna går alltså oberörda av dessa EUD:s konstateranden.

6. Sammanfattande slutsatser och frågan om vem ett ersättningsansvar kan åvila i följd av oriktig tillämpning av direktiv 2006/115

En följd av EU-domstolens dom i mål C-265/19, EU:C:2020:677, RAAP, i vart fall rent principiellt, är att medborgare i unionen måste utge ersättningar för användning av kommersiella fonogram av ursprung i USA och detta på

grundval av hur artikel 8(2) i direktiv 2006/115, vilken bestämmelse implementerar artikel 15(1) WPPT, ska tolkas enligt EUD:s bedömning. Däremot behöver medborgare i USA bara utge ifrågavarande ersättning, för utnyttjanden inom USA, i vissa begränsade hänseenden (certain acts of transmission and communication to the public by digital means) i enlighet med av USA lämnad så kallad reservation till WPPT.

Unionens medlemsstater är förpliktade att förverkliga bestämmelserna i direktiv 2006/115. Det har också skett, bl.a. för svenskt vidkommande, men såvitt gäller frågan om *tredjelandsmedborgares* rätt till en enda skälig ersättning när de har bidragit till ett fonogram som används inom EES-området så har medlemsstaterna tillämpat möjligheten till sådan materiell reciprocitet som ju WPPT och RomK uttryckligen erbjuder. Medlemsstaterna måste anses ha agerat i god tro vad gäller förverkligandet av WPPT genom direktiv 2006/115. EUD har däremot bedömt att artikel 8(2) i direktiv 2006/115 medger unionens medlemsstater (och EES-länder) att enbart tillämpa principen om nationell behandling i enlighet med den huvudregel som framgår av artiklarna 4(1) och 15(1) WPPT.

EU-direktiv *saknar direkt effekt* i Sverige, i vart fall under förutsättning att vad som föreskrivits i ett direktiv har genomförts i tid och på ett korrekt sätt i svensk lagstiftning. Enskilda, såsom utövande konstnärer eller den insamlingsorganisation som förvaltar deras rättigheter, kan inte heller åberopa Artiklarna 4 och 15 WPPT direkt vid svenska domstolar på grund av att även dessa bestämmelser saknar direkt effekt, såsom också framhållits av EUD vid punkt 71 i domen.³⁷ Ingen myndighet eller domstol inom unionen har en skyldighet att tolka statuter contra legem, såsom EUD framhållit i flera avgöranden.

Rättsverkningar av direktiv som inte införlivats med nationell rätt på korrekt vis kan dock innebära att den som gått miste om rättigheter kan begära skadestånd av staten.³⁸ I så fall uppkommer alltså frågan om direktivet är tillräckligt *klart* och *ovillkorligt utformat* på den här punkten för att anses ha direkt effekt i förhållande till staten.³⁹ Utfallet av en sådan prövning är inte given. Artikel 8(2) i direktiv 2006/115 förverkligar den ersättningsrätt som framgår av WPPT och där den sistnämnda onekligen öppnar för såväl natio-

³⁷ Jfr resonemanget i dom av den 15 mars 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punkt 48.

³⁸ Jfr Bernitz m fl, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, fjortonde upplagan 2017, s. 24 f.

³⁹ Se Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder, sjätte upplagan 2018, s. 87 f.

nell behandling som materiell reciprocitet. EUD:s begränsande tolkning är något som knappast kan sägas klart och ovillkorat framgå av direktivartikeln.

I det rättsläge som uppkommit genom EUD:s dom i Recorded Artists-fallet riskerar således varje medlemsstat av unionen att hållas ekonomiskt ansvarig från och med det att WPPT trädde ikraft inom EU, den 14 mars 2010, nämligen för skada som kan ha uppkommit för enskild person eller organisation genom förlust av den rätt till skälig ersättning som enligt direktiv 2006/115 ska tillerkännas alla medborgare av en WPPT-stat, däribland således medborgare i USA. Domen får härvidlag anses ha effekt ex tunc, dvs. inte bara från och med det datum då domen är given.

Unionen har dock möjlighet (olikt medlemsstaterna var för sig, enligt EUD:s mening) att *lagstifta* om att materiell reciprocitet ska kunna falla inom ramen för artikel 8(2) i direktiv 2006/115. EUD förefaller starkt förorda att sådan lagstiftningsåtgärd sker – i sak tycks man finna den materiella reciprociteten riktig och rimlig ur ett bredare marknadsperspektiv, således med bäring på tredjelandstater. Sådan lagstiftning kan förmodligen inte tillerkännas retroaktiv effekt. Enskilda som säger sig lidit skada av att inte ha tillerkänts ersättningsrätt kan kanske likväl inte erhålla ersättning av staten såvida artikel 8(2) i direktiv 2006/115 inte kan anses, som nyss sagts, vara tillräckligt klart och ovillkorat utformad med avseende på reciprocitetsfrågan.

Men ytterligare en invändning mot tredjelandstaters rätt till ersättning av en medlemsstat i EU eller en stat inom EES-området, efter det att WPPT trädde ikraft inom EU den 14 mars 2010, emanerar ur det följande. Det är inte uteslutet att RAAP-avgörandet bör förstås så att rättsläget ändrades per domsdagen den 8 september 2020, samtidigt som EUD förklarade att *unionen* som sådan därmed är rättssubjektet, inte den enskilda medlemsstaten. Således skulle man inte kunna utkräva ersättning från en medlemsstat som tillämpat nationell rätt i enlighet med uttryckliga åtaganden (eller ”möjligheter”) enligt WPPT. I så fall skulle en möjlighet kunna uppenbara sig i att ersättningen utkrävs hos unionen.