

Television i nätmiljön – vad är det?

JAN ROSÉN*

1. Inledning

När Lars Pehrson och jag för mer än ett decennium sedan gemensamt yttrade oss vid flera tillfällen till förmån för vissa rättsinnehavares ersättningsrätt vid utnyttjanden av tv-sändningar var spörsmålet främst huruvida ensamrätten kunde göras gällande utan konflikt med konkurrensrätten. Den konflikten mellan immaterialrätten och konkurrensrätten är givetvis inte utagerad; den ligger latent i tillämpningar hos de stora mediebolagen, såsom tv-företag – där rättsinnehavare typiskt sett kollektivt kontrollerar massutnyttjanden av skyddade verk och andra prestationer. I grunden handlar allt dylikt om ensamrättens innehåll, omfattning och tillämpning. När det gäller just *sändning* kompliceras saken av att detta begrepp är svårbestämt i samtidens medielandskap. Till bilden hör också att unionsdomstolen, EUD, under senare år försökt precisera begreppet *överföring* (communication to the public) och dess on-demand-begrepp, överföring på begäran, med betydelse inte minst för tv-bolagen och de sändningar som förekommer på internet eller eljest i digitaliserade former.

Detta föranleder mig analysera innebörden av (i) *sändningsbegreppet* i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, URL, dvs. uttrycken "radio- och televisionsutsändning", "sända", "utsändning", "återutsändning", "vidaresändning" etc, relativt (ii) begreppet *överföring* och (iii) *överföring på begäran*, sådana de förekommer i URL. Härvidlag ska särskilt distinktionen mellan radio- och tv-utsändning och överföring på begäran observeras eftersom URL hänvisar den förra till kollektiva former för rättsupplåtelse, eller bara ger en ersättningsrätt på grundval av en tvångslicens, såsom enligt 47 § URL, under det att den senare hänförs till den gängse upphovsrättsliga ensamrätten.

* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet.

2. Sändningsåtgärder inom ensamrättens ramar

Som utgångspunkt bör bestämmas vilka förfoganden inom ramen för en *överföring* till allmänheten som utgör *sändningsåtgärder* enligt URL och vilka som utgör andra former av tillgängliggöranden eller återgivningar inom överföringsrättens ram, men som således inte är sändningar i lagens mening, t.ex. sådana överföringar som kan sägas ske *på begäran*. Grundstadgandet i 2 § URL ger sålunda basen för denna prövning. Där framgår att den samlande rättigheten att "göra tillgängligt för allmänheten" ett verk eller skyddad prestation bl.a. omfattar en rätt till överföring till allmänheten. Denna rätt gäller i lika mån för utövande konstnärer och fonogramframställare, enligt 45 § 1 st. 3 p. URL respektive 46 § 1 st. 2 p. URL samt genom referenser i dessa paragrafer till 2 § 2–4 st. URL. En annan sak är att överföringsrätten delvis omvandlas till en tvångslicens enligt 47 § 1 st. URL för de båda sistnämnda rättighetshavarna.

Överföringsrätten är formellt sett väl tydliggjord sedan förverkligandet av det s.k. Infosocdirektivet i svensk rätt år 2005,¹ genom att omfatta förfoganden i alla tekniker som innebär att verk och skyddade prestationer på trådbunden eller trådlös väg, däribland "sändning" och "vidaresändning" "inklusive radio- och televisionssändningar",² görs tillgängliga för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Överföringsrätten omfattar alltså utan tvekan förfoganden som kan omtalas som rundradiosändning såväl som tillgängliggöranden som sker på www eller eljest på internet och som exempelvis kan ske interaktivt. Det grundläggandet stadgandet framträder i 2 § URL, särskilt i 3 st. 1 p. (med mina kursiveringar):

2 § Upphovsrätt innefattar, med de inskränkningar som föreskrivs i det följande, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik.

Framställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis.

Verket görs tillgängligt för allmänheten i följande fall:

1. När verket *överförs* till allmänheten. Detta sker när verket på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en *annan plats* än den där allmänheten kan ta del av verket. Överföring till allmänheten innefattar överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en *plats* och vid en *tidpunkt* som de själva *väljer*.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet.

² Se vid nr 23 i Infosocdirektivet.

2. När verket framförs offentligt. Offentligt framförande innefattar endast sådana fall då verket görs tillgängligt för allmänheten med eller utan användning av ett tekniskt hjälpmedel på samma plats som den där allmänheten kan ta del av verket.

3. När exemplar av verket visas offentligt. Offentlig visning innefattar endast sådana fall då ett exemplar av ett verk görs tillgängligt för allmänheten utan användning av ett tekniskt hjälpmedel på samma plats som den där allmänheten kan ta del av exemplaret. Om ett tekniskt hjälpmedel används är det i stället ett offentligt framförande.

4. När exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten.

Med överföring till allmänheten och offentligt framförande jämställs överföringar och framföranden som i förvärvsverksamhet anordnas till eller inför en större slutna krets. *Lag (2005:359).*

Emellertid förekommer i URL en inte särdeles väl sammanhållen eller enhetlig terminologi i fråga om radio- och tv-företags verksamhet att "sända ut" verk eller närstående prestationer till allmänheten. Uttrycket "sändning" eller ord som innehåller sammanställningar med uttrycket att "sända" förekommer sålunda på åtskilliga ställen i URL. Ibland används uttrycken "överföring", "tillgängliggörande för allmänheten" eller "återgivning" i eller genom ljudradio/television för åtgärd som givetvis avser just sådant som åstadkoms av radio- eller tv-företag, men som inte nödvändigtvis avser att något enbart "utsänds" genom radio eller television. Trots allt förekommer nog en genomtänkt logik och ett konsekvent reglerat område i URL för olika förfoganden av radio- och tv-företag, om än lagregleringen som sådan alltså ter sig spretig och svårläst.

En i stort sett komplett bild av det laggivna fenomenet sändning respektive återgivning av radio- eller tv-företag ger den följande översikten av berörda bestämmelser i URL (kursiveringar tillagda):

- 17 § 2 st. 3 p. "... som *sänds ut* i ljudradio eller television ...".
- 25 § "... får *återges* vid information om dagshändelsen *genom ljudradio, television, ...*".
- 25 a § "Verk som syns eller hörs i en televisionsutsändning får *återges* när ett *televisionsföretag* med stöd av 48 a § återger ett utdrag ur utsändningen.
- 26 § "... inte får *återges* genom ljudradio eller television ...".
- 26 e § "Ett radio- eller televisionsföretag som har rätt att *sända ut* ett verk får ta upp verket på en anordning genom vilken det kan återges, om det görs ... för användning vid egna *utsändningar* ett fåtal gånger under begränsad tid, ...".
- 39 § "Överlåtelse av rätt till inspelning av litterärt eller konstnärligt verk på film omfattar rätt att genom filmen på biograf, i *television* eller annorledes göra verket tillgängligt för allmänheten ...".
- 42 e § "Ett radio- eller tv-företag får *sända ut* offentliggjorda litterära och musikaliska verk samt offentliggjorda konstverk, om avtalslicens

gäller enligt 42 a §. Om verket ingår i ett radio- eller tv-program som företaget *sänder ut*, får företaget också *överföra* verket till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till det från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer...”

- 42 f § ”Var och en har rätt att till allmänheten trådlöst eller genom kabel samtidigt och oförändrat *återutsända* (vidaresända) verk som ingår i en trådlös ljudradio- eller televisionsutsändning, om avtalslicens gäller enligt 42 a §...”
- 42 g § ”Ett radio- eller televisionsföretag får, om avtalslicens gäller enligt 42 a §, *överföra* offentliggjorda verk till allmänheten, om verken ingår i egna eller av företaget beställda produktioner som har *sänts ut* före den 1 juli 2005.
- 45 § Hänvisningen bl.a. till reglerna om avtalslicens 42 a–42 h §§.
- 46 § Hänvisningar till 25 a §, återgivande av utdrag ur TV-sändningar; 26 e § radioföretags efemära upptagningar; 42 a–42 h §§ avtalslicensbestämmelser.
- 47 § 3 st. ”Används en ljudupptagning vid en överföring i form av en trådlös *ljudradio- eller televisionsutsändning* som samtidigt och oförändrat *återutsänds* (vidaresänds) till allmänheten trådlöst eller genom kabel...”
- 48 § 1 st. ”Ett radio- eller tv-företag har, med de inskränkningar som föreskrivs i denna lag, en uteslutande rätt att förfoga över en *ljudradio- eller televisionsutsändning* genom att ...
- 48 a § ”Om ett televisionsföretag ensamt har rätt att *sända ut* ett evenemang av stort allmänintresse får, trots 48 §, andra televisionsföretag som är etablerade i ett land som ingår i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet återge utdrag ur televisionsutsändningen från evenemanget i sina *televisionsutsändningar* av allmänna nyhetsprogram. Televisionsföretaget får även *återge* utdraget när en upptagning av nyhetsprogrammet därefter *överförs* till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till upptagningen från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.
- 49 a § Fotografiska bilder. Hänvisningar till information om dagshändelser, 25 §; återgivande av utdrag ur TV-utsändningar, 25 a §; efemära upptagningar, 26 e §; avtalslicenser, 42 a–42 h §§.
- 52 a § Förhandlingsskyldighet vid kabelspridning. Om någon vill företa en *vidaresändning* genom kabel av verk som ingår i en trådlös *ljudradio- eller televisionsutsändning* och begär men inte på önskade villkor får avtal om detta hos en organisation som företräder svenska rättighetshavare eller hos ett radio- eller televisionsföretag som verkställer *utsändningar* inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, har han på begäran rätt att till förhandling med organisationen respektive företaget.

- 58 § ”Rätt domstol i mål om *ljudradio- eller televisionsutsändning* i strid mot denna lag är Stockholms tingsrätt.”

Betydelsen av att nå fram till ett distinkt sändningsbegrepp följer bl.a. av att ett sådant används i 42 e–42 f §§ URL som en komponent för att reglera möjligheten för intresserade parter att i specifika fall teckna *avtalslicens* om just sändningsinnehåll, men numera (sedan 1.11.2013) utsträckt i vissa fall enligt 42 e § 1 st. URL även med avseende på *annan överföring*. Sådan ”överföring” kan alltså avse uppladdning på webbsidor, tillgängliggöranden på SVT Play, TV4 Play etc. som allmänheten kan få access till på begäran när de själva vill; sådant kunde tidigare inte ske på grundval av den gamla avtalslicensen i 42 e § URL, eftersom den bara avsåg sändningsåtgärder i lagens mening.³ Det var alltså den svenska lagstiftarens uppfattning att begreppet utsändning *inte* omfattade förfoganden on demand på internet – därav behovet av 2013 års lagändring.⁴

Beträffande *vidaresändning* bör observeras de tekniska förutsättningarna för tillämpning av avtalslicensen enligt 42 f § URL om vidaresändning av (ursprunglig) tv-utsändning. Avtalslicensen ska bygga på en *trådlös* ursprunglig sändning. Den ursprungliga utsändningen behöver dock inte vara trådlös i rent bokstavig mening för att villkoren i 42 f § såtillvida ska vara uppfyllda. Den kan också ske med andra tekniker, såsom utnyttjanden via Internet eller eljest tillgängliga digitala överföringstekniker som ändå träffar en allmänhet under förhållanden vid så kallad play-out som liknar traditionell rundradiosändning. Ett betydelsefullt moment torde alltså vara att tillämpad teknik för den ursprungliga utsändningen överför sändningsinnehåll till vidaresändaren i *realtid*, så att den operatör som vidaresänder kan göra detta *samtidigt* och *oförändrat*. Program som finns tillgängliga on demand hos ett radio- eller tv-företags webbsida, disponibla vid vilken tidpunkt som helst som besökaren (vidaresändaren) behagar välja, är således inte föremål för sådan utsändning som gör 42 f § tillämplig.

42 e § Ett radio- eller tv-företag får *sända ut* offentliggjorda litterära och musikaliska verk samt offentliggjorda konstverk, om avtalslicens gäller enligt 42 a §. Om verket ingår i ett radio- eller tv-program som företaget sänder ut, får företaget också *överföra* verket till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till det från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer. Företaget får även framställa sådana exemplar som är nödvändiga för överföringen.

Första stycket gäller inte sceniska verk och inte heller andra verk, om upphovsmannen hos någon av de avtalslutande parterna har meddelat förbud mot utsändningen eller överföringen, eller om det av andra skäl finns särskild anledning att anta att upphovs-

³ Se prop. 2012/13:141, Förbättrade möjligheter till licensiering av upphovsrätt, särsk. s. 47 ff.

⁴ Jfr *Rosén*, Ensamrätt för public service-bolag, Medie- och upphovsrätt, 2012, särsk. s. 173 ff.

mannen motsätter sig förfogandet. Första stycket gäller inte sådan vidareändring som avses i 42 f §.

Vid utsändning över satellit gäller avtalslicensen endast om sändarföretaget samtidigt verkställer utsändning genom en marksändare. *Lag (2013:691)*.

42 f § Var och en har rätt att till allmänheten trådlöst eller genom kabel samtidigt och oförändrat återutsända (vidaresända) verk som ingår i en trådlös ljudradio- eller televisionutsändning, om avtalslicens gäller enligt 42 a §.

Första stycket gäller inte verk till vilka rättigheterna till vidareändring innehas av det radio- eller televisionsföretag som sänder ut den ursprungliga sändningen. *Lag (2005:359)*.

Numera, enligt lagen (2011:94), finns också möjligheter för radio- och tv-företag att nyttja en avtalslicens för sitt arkivmaterial, genom att 42 g § URL möjliggör "överföring" av dylikt material, något som alltså kan avse såväl utsändning som internetbaserade tillgänglighöjanden:

42 g § Ett radio- eller televisionsföretag får, om avtalslicens gäller enligt 42 a §, överföra offentliggjorda verk till allmänheten, om verken ingår i egna eller av företaget beställda produktioner som har sänts ut före den 1 juli 2005. Företaget får också framställa sådana exemplar av verken som är nödvändiga för överföringen.

Första stycket gäller inte om upphovsmannen hos någon av de avtalslutande parterna har meddelat förbud mot överföringen eller exemplarframställningen, eller om det av andra skäl finns särskild anledning att anta att upphovsmannen motsätter sig förfogandet. *Lag (2011:94)*.

Licensiering i de avtalslicensliknande (kollektiva) former som anges i 42 a § URL krävs även för överföringar av ljudupptagningar enligt 47 § 3 st. URL såvitt gäller trådlös ljudradio- eller televisionutsändning som samtidigt och oförändrat *vidaresänds*. Dessutom framgår av 47 § 2 st. URL att utövande konstnärer och framställare ska framställa sina krav samtidigt såvitt gäller överföringar som inte sker på begäran (on demand), vad som företrädesvis, åtminstone historiskt, har bäring på utsända ljudupptagningar:

47 § Oavsett bestämmelserna i 45 § första stycket och 46 § första stycket får ljudupptagningar användas vid

1. ett offentligt framförande, eller

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

Vid användning som avses i första stycket har framställaren samt de utövande konstnärer vars framförande finns på upptagningen rätt till ersättning. Om två eller flera konstnärer har samverkat vid framförandet, kan den rätt som tillkommer dem göras gällande endast av dem gemensamt. Mot den som har använt anordningen ska konstnärer och framställare göra gällande sina krav samtidigt.

Används en ljudupptagning vid överföring i form av en *trådlös ljudradio- eller televisionutsändning* som samtidigt och oförändrat återutsänds (vidaresänds) till allmänheten trådlöst eller genom kabel gäller följande. Gentemot den som vidareänder får krav på

ersättning göras gällande endast genom sådana organisationer som företräder ett flertal utövande konstnärer eller framställare vars framföranden eller upptagningar används i Sverige. Organisationerna ska framställa kraven samtidigt med de krav som avses i 42 a § tredje stycket.

Bestämmelsen i 11 § andra stycket ska tillämpas i de fall som avses i denna paragraf. Denna paragraf gäller inte ljudfilm. *Lag (2013:691)*.

Därmed är också sagt att den signal som vidareändaren mottar knappast måste vara just den "trådlösa" signal som kan anses som den ursprungliga sändningen. Numera sänder tv-bolag typiskt sett till allmänheten ett och samma programinnehåll samtidigt från en rad olika "plattformar" och medelst olika tekniker, såsom kabel, satellit och analogt och digitalt i marknätet, varvid en kabeloperatör som vill vidareända programmen kan få sin ingående signal exempelvis från en satellit i s.k. fast trafik och som därför inte kan anses riktad till (eller vara mottagbar för) allmänheten, låt vara att mottagande kabelföretag givetvis får signalen just för att skicka den vidare till den allmänhet som i och för sig kan ha fått möjlighet att se tv-programmen i något annat forum. Norges Högsta domstol meddelade dock dom den 10 mars 2016 där majoriteten fastställde att signalen till vidareändaren måste vara just den signal som utgör primärsändningen för att avtalslicensbestämmelsen i 34 § norska URL (motsvaras av § 42 f URL) ska vara tillämplig.⁵ Förmodligen ville Høyesteretts majoritet vara försiktig med upphovsmännens ensamrätt eftersom den uppfattade 34 § andra stycket NoURL som en ren inskränkning i ensamrätten som inte skulle vidgas genom en mer elastisk syn på vad som utgör primärsändningen.⁶ Men i ett nyligen presenterat lagförslag i Norge föreslås en mindre rigid ordning än den som Høyesterett läste in i 34 § NoURL.⁷ För svensk rätts vidkommande, som f.ö. inte har samma skrivning i 42 f § andra stycket som finns i 34 § andra stycket NoURL, så finns knappast skäl att tolka den svenska bestämmelsen så som Høyesterett gjort vad gäller den norska bestämmelsen.⁸

I URL förekommer således en föga sammanhållen och enhetlig terminologi i fråga om radio- och tv-företags verksamhet att "sända ut" verk till allmänheten. Utgångspunkten i URL är däremot tämligen klar; alla

⁵ Se Norges Høyesterett, HR-2016-00562-A (sak nr. 2015/1101), *Norwaco vs Get AS*.

⁶ 34 § andra stycket NoURL lyder: Ophavsmannens enerett till videresending kan *bare* utøves gjennom organisasjon som er godkjent etter § 38a." (min kursivering). Denna eksklusivitet förekommer inte i andra stycket 42 f § URL.

⁷ Se Forslag till ny åndsverkslov, 16/1857, Kulturdepartementet.

⁸ Norska Høyesteretts dom i *Norwacomålet* framstår dock som en ren pyrrhusseger för den vinnande parten, eftersom domstolen konstaterade att förfogandet ifråga under alla omständigheter föll inom upphovsmännens ensamrätt (men klarering genom avtalslicens var inte möjlig). Domstolens försök till vårdande av ensamrätten får likväl ses som tämligen misslyckat, eftersom uteslutandet av möjligheten till att teckna avtalslicens lär leda till att tv-innehåll som vidareändas i praktiken varken rättighetsklareras eller ersätts.

”sändningsåtgärder” som sker till allmänheten utgör *överföringar* enligt 2 § 2 st. 1 p. URL, med den terminologi som tillämpas sedan 2005 års implementering av Infosocdirektivet. De faller alltså inom ramen för sådana tillgängliggöranden som gör ett verk tillgängligt för allmänheten *från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket*. Det kan alltså ganska enkelt konstateras, såsom redan sagts inledningsvis, att begreppet ”sändning” utgör en form av överföring enligt 2 § 3 st. 1 p. URL, men att överföringsbegreppet är betydligt vidare än sändningsbegreppet. Det kan också konstateras att i URL förekommer inte uttrycket sändning (till allmänheten) någonstans om exempelvis *offentligt framförande* (2 § 2 st. 2 p. URL) eller andra förfoganden än överföring är vad som avses.

Vad som nu sagts är dock inte tillräckligt för att ange den skillnad mellan t.ex. sändning och en demand-förfoganden som här intresserar.

3. Sändningsbegreppet i svensk och internationell rätt

Att börja med ska noteras att sändningar enligt URL anses vara sådana som utförs av ett *radio- eller tv-företag*, vilket är ett ganska betydande tolkningsmoment vid fastställande av vad som karaktäriserar utsändning relativt andra former av överföring.⁹ Bestämmelsen har funnits i URL sedan år 1960 och i linje t.ex. med vad som får anses gälla enligt 1960 års Romkonventionen är sådant företag inte det som äger den utrustning som används för utsändningen, utan ett företag som förbereder det programinnehåll som ska förmedlas genom sändarstationen och som beslutar om utsändningen.¹⁰ Därmed är inte heller enskilda programproducerande företag eller sponsorer av programproduktion nödvändigtvis det företag som åstadkommer utsändningen och är i så fall inga radio- eller tv-företag.¹¹

Vidare upprätthålls en annan viktig distinktion i lagen, nämligen genom att *återgivning* som sker genom *överföring* inte alltid är en ”sändning” även om den utförs av ett radio- eller tv-företag. Det är således av betydelse att uppmärksamma att lagstiftaren genom sändningsbegreppet velat reglera just ”radio- och tv-företags” *sändningsverksamhet* i de former och tekniker som traditionellt varit tillgängliga för just sändningsverksamhet, men inte andra upphovsrättsliga förfoganden som sådana *företag* kan ägna sig åt i sin verksamhet. Exempelvis sägs i 25 § URL att verk får ”återges” *genom*

⁹ Begreppet ”radio- eller televisionsföretag” är i och för sig inte närmare definierat, men det måste förutsättas att sändarverksamheten är organiserad i en företagsliknande form. Att kraven i detta hänseende inte är höga visas bl.a. av att 1980-talets s.k. närradioföretag säkerligen var radioföretag i upphovsrättslagens mening.

¹⁰ Se von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008, särsk. s. 200.

¹¹ Se särskilt artikel 3(g) Romkonventionen.

ljudradio och television; detta avser rimligen bara sändningsåtgärder, men inte andra överföringar. Däremot följer av 25 a § URL, med referens till 48 a § URL, om att verk som syns eller hörs i en televisionsutsändning får återges, att andra "televisionsföretag" även får återge ett utdrag när en upptagning av nyhetsprogrammet "därefter överförs till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till upptagningen från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer". Således omfattar återgivningen här även överföringar som åstadkoms av ett tv-företag, men utan att lagstiftaren uppfattar det förfogandet som en "utsändning".

Användningen av uttrycket radio- och televisionsutsändning exempelvis i 48 § 1 st. URL är därmed någorlunda vägledande, en bestämmelse som varit i huvudsak intakt sedan år 1960. Uttrycket torde nämligen avse vad som av gammalt omtalats som "*rundradiosändning*" i radiolagen, sedermera radio- och tv-lagen, i dess olika reviderade versioner. I det begreppet ligger att det ska vara fråga om en utsändning, riktad till allmänheten, som ska kunna tas emot av allmänheten med hjälp av allmänt tillgänglig och förekommande *mottagarutrustning*. Det är också klart att begreppet radio- eller televisionsutsändning i svensk upphovsrätt avser såväl *trådlösa som trådbundna sändningar*.¹² I förarbetena till 48 § uttalas exempelvis att det är utan betydelse om sändningen är trådlös eller sker per tråd.¹³ Samma förhållanden framgår även av artikel 1.3 i det s.k. Sat/Cab-direktivet med avseende på vidareändringar.¹⁴

Begreppet kan alltså antas sammanfalla med vad som numera definieras i Radio- och tv-lagen (2010:696) som *ljudradiosändning* respektive *sändning*, nämligen i § 3 p. 7 och p. 15:

3 § p. 7. Ljudradiosändning: en sändning av ljudradioprogram med hjälp av elektroniska kommunikationsnät som

- a) en leverantör av medietjänster tillhandahåller,
- b) är riktad till allmänheten, och
- c) är avsedd att tas emot med tekniska hjälpmedel;

3 § p. 15. sändning som är riktad till allmänheten: en sändning som samtidigt och utan särskild begäran är tillgänglig för vem som helst som vill ta emot den;

Det som alltjämt gör sändningsbegreppet oklart är, kort sagt, i vilken mån som digitalteknik kan användas vid sändningsverksamhet. Sedan åtskilliga år tillbaka förekommer radio- och tv-bolagens "play out", liksom vidare-

¹² Jfr Olsson/Rosén, Upphovsrättslagstiftningen, fjärde upplagan 2016, vid § 48.

¹³ Se t.ex. Auktoritetskommittén, NJA II 1961 s. 319.

¹⁴ Artikel 1.3 Sat/Cab-direktivet lyder: "I detta direktiv avses med vidareändring via kabel en samtidig, oförändrad och oakortad vidareändring via kabel eller mikrovågssystem till allmänheten av en ursprunglig sändning från en annan medlemsstat via tråd eller trådlöst, inbegripet sändning via satellit, av televisions- och radioprogram som är avsedda för mottagning av allmänheten."

sändningar, i digitala former, genom optiska fibrer, telefoni eller som luftburna digitala signaler eller som strömmar på internet (streaming), ibland omtalat som webb-tv.

Den i.o.f. sig rudimentära bestämmelserna i Artikel 11 bis i Bernkonventionen, enligt vilka upphovsmän ska ha rätt att utsända sina verk i radio eller att offentligt framföra verken genom trådlös utsändning eller att med eller utan tråd återge radioutsändning, har inte mycket mer att säga i saken än 1960 års URL. Det är dock klart att artikel 11 bis (1)(i) och (ii) för sin tillämplighet enbart intresserar sig för att radiosignaler *sänds ut*,¹⁵ och att de kan *mottas* av allmänheten med någon form av mottagarutrustning, oavsett om någon faktiskt nyttjar denna möjlighet att ta emot signalerna.¹⁶

Enkelt uttryckt ska sändningen alltså vara riktad till allmänheten och kunna mottas av denna allmänhet med tekniska hjälpmedel och oavsett om sändningen sker trådlöst eller per tråd.¹⁷ Allmänhetsbegreppet är förstås centralt och har under senare tid utvecklats också av EUD i en rad domar. Det kan nämnas att så kallad "direktinjisering" av programbärande signaler från ett tv-bolag i en punkt-till-punkt-förbindelse till vidare distributörer (ss kabeldistributörer) enligt EUD inte ska anses riktad till allmänheten, såvida inte distributörernas medverkan enbart utgör ett rent "tekniskt medel" för tv-bolag att nå allmänheten.¹⁸ Det kan också sägas att skyddet för en radio- eller tv-sändning i vart fall i princip gäller *oavsett på vilket sätt utsändningen sker* i teknisk mening, t.ex. oavsett om marksändare används eller sändningen sker via satellit eller per fiber. Att sändningar via s.k. direktsändande satellit är att jämställa med rundradiosändningar framgår av förarbetena i olika lagstiftningsärenden.¹⁹ Men än viktigare är att även olika digitaltekniker kan tillämpas när en rundradiosignal förmedlas, vilket numera är legio i teknisk mening.

Sammanfattande bör kunna sägas att det avgörande momentet därför snarast ligger i *mottagarens (begränsade) dispositionsmöjligheter* – bara

¹⁵ Jfr engelska uttrycket "broadcast" i artikel 9 bis BK; jfr även det äldre svenska uttrycket "rundradiosändning".

¹⁶ Se Goldstein & Hugenholtz, *International Copyright*, 2nd ed. 2010, s. 323 f.

¹⁷ Frågan vad som är en sändning riktad till *allmänheten* har prövats av Högsta domstolen i det s.k. Skönstaholmsfallet, vilket alltjämt är vägledande. Fallet gällde en aspekt av radiolagens *rundradiobegrepp* och har på det sättet en viss betydelse för tolkningen av innehållet i radio- och tv-företags rättigheter exempelvis enligt 48 § URL. Det gällde om lokala tv-sändningar via en centralantennanläggning till medlemmar av en förening av boende i ett radhusområde var att anse som otillåten rundradiosändning enligt då gällande radiolagen (*SFS 1966:755*). Högsta domstolen fann att sändningarna varit anordnade för de boende i deras egenskap av medlemmar i föreningen och inte varit avsedda att tas emot av allmänheten och följaktligen inte varit att hänföra till rundradiosändning.

¹⁸ Se Mål C-325/14, *SBS Belgium vs SABAM*, dom den 19 november 2015.

¹⁹ Se exempelvis prop. 1985/86:146 s. 30 och prop. 1994/95:58 s. 45.

”mottagning” ska vara möjlig – inte i sändarens tillämpade teknik för utsändningen.

Det kan förstås diskuteras om s.k. *simulcasting* och *webcasting* ska anses utgöra en rundradiosändning (såsom diskuterats i många år inom WIPO). Simulcasting uppfattas allmänt som samtidig överföring av en utsändning genom streamingteknik via internet eller genom olika (digitala) system för transmission. Webcasting, lika lite definierat i internationell rätt som simulcasting, brukar uppfattas som transmission av audio- eller video-filer genom streaming, i realtid (live) eller på begäran.²⁰ I vart fall det senare fenomenet omfattas *inte* av exempelvis Romkonventionens eller TRIPS-avtalets rättsskydd för ”broadcasting” om där finns ett klart element av mottagarens bestämmande inflytande on demand.

På grundval av svensk och internationell upphovsrätt beror alltså svaret helt enkelt på vad som avses med dessa uttryck och vad som faktiskt äger rum i det enskilda fallet. Sådan överföring till allmänheten som inbegriper Internet eller andra nätverk (i något led) av någon som kan betecknas som ”ett radio- eller televisionsföretag” kan förmodligen vara att anse som utsändning, även när transmission av programinnehållet sker genom strömmar på webben, förutsatt att den då sker i *rundradiolikhnande former*. Åter kan noteras att det främst är mottagarens (bristande) dispositionsmöjligheter över sändningsinnehållet, inte radio- eller tv-företagets (digitaliserade) sändningstekniker, som måste anses avgörande för sändningsbegreppet. Här bör påpekas att tillgängliggörande via internet oftast medger sådana mottagarens dispositionsmöjligheter som diskvalificerar tillämpning av utsändningsbegreppet.

I WIPO treaties, WCT och WPPT, var det angeläget att något precisera ”broadcasting”, främst för att ange omfattningen av rätten till ”right of communication” och att härvidlag skilja sändningsrätten från sådana on demand-förfoganden, ”making available”, vilka uttryckligen kom att ingå i right of communication enligt artikel 10 WCT. Som får anses följa av noterna 10.11–10.12 till WCT är *lineära* former av överföring sändningsåtgärder, i motsats i vart fall till *interaktiva* förfoganden där mottagare/nyttjare helt klart kan editera eller eljest göra val och olika dispositioner över själva sändningsinnehållet.²¹ Emellertid ger inte heller WCT en full definition av ”broadcasting, eftersom artikel 10 bara avser ”wireless transmission (traditionell radiosändning) och transmission via kabel av ”sounds and/or images”. Transmission via datoriserade nätverk (internet) exkluderades i artikel 10 WCT (men behöver ju inte vara exkluderade ur sändningsbegreppet enligt svensk upphovsrätt). Den reviderade texten av Basic Proposal från juli 2006 anger att ”broadcasting” endast omfattar

²⁰ Se *von Lewinski*, *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008, s. 518 ff.

²¹ Se särskilt not 10.12, Basic Proposal WCT, 30 augusti 1996.

transmissioner "by wireless means, by radio waves propagating freely in space", dvs. radiovågor eller hertzvågor.²²

En betydande källa till bestämning av sändningsbegreppet står också att finna i det reviderade direktivet 89/552/EEC, *Television utan gränser*. Här avses med televisionsutsändning "a linear audiovisual media service where a media service provider decides upon the moment in time when a specific programme is transmitted and establishes the programme schedule".²³ Fokus ligger alltså dels på *timing*en ur sändarens perspektiv, dels på aktiviteten att *schemalägga* innehållet i sändningen. Vad detta direktiv härmed ville åstadkomma var således att ange karaktäristika som ska spela en roll vid bestämning av vad som utgör en utsändning (broadcast) såvitt gäller upphovsrättigheter och dess relaterade rättigheter.²⁴

Unionsdomstolen har också yttrat sig i någon mån klargörande v.g. sändningsbegreppet. I vart fall har den adderat pusselbitar till begreppet. I Mediakabel-domen definierar EUD broadcasting som "the transmission of programmes to an indeterminate number of potential viewers to whom the same images are transmitted simultaneously".²⁵ I Marco Del Corso-domen ställdes utsändning (broadcasting) i motsats till andra förfoganden som omtalades som "making available" till allmänheten – det senare uttrycket förekommer i artikel 3 st. 2 Infosocdirektivet när fråga är om on demand-förfoganden för vissa närstående rättsinnehavare.²⁶ Utsändning var något som skedde vid transmissioner varvid lyssnaren inte hade någon möjlighet till aktivt val av vad som transmitterades/sändes ut utan bara var en mottagare av vad som utsändes.

I en internationellt uppmärksammat dom av hovrätten i Stuttgart underströks att en tjänst för streamad musik på begäran inte rörde utsändning ("broadcasting"), just för att användarna kunde nå access on demand såväl vad gäller tidpunkten för ett nyttjande som hur länge och i vilken ordning och omfattning olika verk kunde lyssnas på; sändaren hade "bara" gjort verk tillgängliga på en webbsida och lyssnaren kunde där välja fritt

²² Se Basic Proposal of July 2006 (SCCR/15/2).

²³ Se art. 3 sub e, AVMS proposal, consolidated version of July 2006.

²⁴ Se IVIR Final Report, Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, s. 27 f.

²⁵ Se mål C-89/04, ECR 2005, p. I-4891, dom den 2 juni 2005, Mediakabel; jfr SBS-domen i not 18 ovan.

²⁶ Se dom C-135/10, dom den 15 mars 2012, Marco Del Corso. Det kan här bortses från att domstolen har skiljt mellan broadcasting och making available to the public som två helt olika förfoganden; i svensk rätt skulle vi närmast ha uppfattat utsändning som en form av tillgängliggörande för allmänheten (i engelsk översättning "making available"), nämligen inom ramen för överföringsrätten, således vid sidan av andra former av överföring som sorteras under den övergripande rätten till tillgängliggörande i 2 § 3 st. URL. Men i artikel 3 st. 2 Infosocdirektivet syftar uttrycket "making available" enbart på förfoganden on demand.

vilka specifika musikaliska verk som skulle avlyssnas.²⁷ Motsatsvis får anses följa av denna dom att om "sändaren" gör musikaliska verk tillgängliga på det öppna internet under former som innebär att nyttjarna/lyssnarna visserligen kan välja tidpunkten för sitt lyssnande, men utan möjlighet att göra val beträffande innehållet, såsom då sändaren ensidigt bestämmer utbudet, spelordning för tillgängliga låtar etc, utan möjlighet för mottagaren att annat än att vid varje tillfälle lyssna på sålunda av sändaren valda verk och detta i sändarens kronologi, så är i vart fall inte fråga om någon on demand-tjänst.

Sammantaget får konstateras, mot nyss angiven bakgrund, att sändningsbegreppet i URL används och har använts i URL vid sändningsformer till allmänheten som visserligen kan ske med många olika tekniska metoder, inte bara traditionella sändningar av radio- eller hertzvågor, och vilka allmänhet kan ta emot med eller utan digitaliserad teknik. Alltså rör sändningsbegreppet typiskt sett "push-teknik" som sändarföretaget råder över, snarare än en "pull-teknik" som mera ligger i mottagarens hand. Måttet av "interaktivitet" kan dock vara avgörande för avgränsningen av sändningsbegreppet. En svårighet ligger alltså i att interaktivitet kan ske på många olika sätt och på olika nivåer, något som också har betydelse för den rättsliga innebörden av nyttjanden "på begäran" enligt URL, såsom framgår av nästa avsnitt.

4. Överföring på begäran

Såväl svensk som internationell rätt, EU:s *acquis communautaire* inbegripen, innebär att utanför begreppet rundradiosändning ska falla sådana former av transmitteringar som sker *på begäran* av mottagaren. Utgångspunkterna är dels artikel 10 WCT och dels artikel 3(2) Infosocdirektivet, vilka båda anger att dispositioner på begäran där verk görs tillgängligt för medlemmar av allmänheten "vid en *tid* och från en *plats* som de själva väljer". Samma formulering förekommer i URL efter Infosocdirektivets implementering. Ett problem är dock att den definition av on demand-förfoganden som förekommer i URL inte är särskilt klagörande. Detta kunde också passa in på rundradiosändningar vid en bokstavsläsning. Det är därför ovan redovisade analys av sändningsbegreppet har betydelse, nämligen för att motsatsvis fylla ut on-demand-begreppet och, vice versa, avgränsa sändningsbegreppet genom fenomenet on demand.

För att rätt förstå detta on-demand-begrepp i WCT, Infosocdirektivet och i URL bör följande noteras. För det första syftar definitionerna alltid

²⁷ Se OLG Stuttgart, dom den 21 januari 2008; <http://tlmd.in/u/488>.

på ett skyddat verk. Avgörande torde därför vara att användning på begäran låter nyttjaren åtkomma ett *specifikt verk*, eller en specifik skyddad närstående prestation, och kan välja att åtkomma just detta verk eller denna prestation vid en *tid* och *plats* som nyttjaren själv väljer. Det vill säga att nyttjaren har ett avgörande inflytande över *vad* som hen tillgodogör sig och *när* överföring sker, alltså genom olika former av "pull"-snarare än "push"-tekniker (de senare är rundradiosändningars kännemärke). Fokus ligger alltså mer på *vad* och *hur*, snarare än lagtexternas fokus på *när* och *var*.²⁸

För det andra måste nyttjarens *valmöjlighet* vara någorlunda kvalificerad.²⁹ Utan att vara helt preciserat hänför sig on-demandbestämmelsen alltså till ett visst tröskelmått av interaktivitet, vilket är ett knepigt moment eftersom överföringar kan äga rum längs en glidande skala av interaktiva möjligheter. Under gränsen torde normalt falla så kallad near-on-demand-music. Sådant förmedlas typiskt sett via internetradio genom korta intervaller som härrör från många radiosändningar med specifikt innehåll, såsom en artist, en genre eller tidsbestämd musik, men mottagaren kan inte mer än välja "spellista" och lyssna på låtar i den ordning de valts av sändaren och detta vid av sändaren vald tidpunkt, låt vara att mottagaren kanske har möjlighet att hoppa över en låt och gå vidare i listan. Detta utgör förmodligen inte ett förfogande on-demand enligt Infosocdirektivet.³⁰ Därmed faller nog, såsom antytts ovan, också "webcasting" bort från området för on-demand, nämligen *om* den härvidlag streamade musiken blott är åtkomlig i ett efemärt medium som "sändaren" råder över i nästan alla hänseenden. "Podcasting" kan däremot hamna på båda sidor om gränslinjen; erbjuder den tjänsten mer förfogandemöjligheter än blott access till en överföring av streamad musik, ungefär som webcasting, så kan vara fråga om förfogande på begäran. Men podcasts kan också förmedlas till "prenumeranter" per automatik med nyttjande av pushteknologi i nära anslutning till vanlig utsändning, alltså en "lineär" tjänst av sådan natur som exempelvis direktivet 89/552/EEC, Television utan gränser, funnit vara att hänföra till rundradiosändning (broadcasting).

Därmed är också sagt att det teoretiskt kan finnas mellanformer för överföringar som skyddas av URL men som varken är radio- och tv-utsändningar eller förfoganden på begäran. Tydligaste exemplet må vara att en streamingfil med musik i form av en specifik spellista läggs ut på internet, vilken individer ur allmänheten kan nå access till och "spela upp",

²⁸ Se IVIR Report, not 24 ovan, s. 28.

²⁹ Det individuella valet är understruket i WIPOs Basic Proposal till WCT, eftersom detta anger det nödvändiga interaktiva moment som sägs vara on-demandrättens *raison d'être*; se Basic Proposal i not 22 ovan, vid 10.11.

³⁰ Enligt "Explanatory Memorandum" till Infosocdirektivet utgjorde "video-on-demand, pay-per-view and pay-TV" inte förfoganden on-demand.

men varken kan påverka innehållet i filen, göra val av särskilt verk eller bestämma ordningen för filens uppspelning av melodier. Men inte heller är det då fråga om en rundradiosändning. Däremot är s.k. ”multichannel digital broadcasting services”, i vilka oftast specialiserat material samtidigt sänds ut över ett mycket stort antal kanaler som gör det möjligt för lyssnare eller tittare att praktiskt taget omedelbart ta in vad de är speciellt intresserade av att se eller lyssna till, närmast att anse som rundradiosändning eftersom utsändningen sker utan mottagarnas kontroll och dessa endast har en mycket större urvalsmöjlighet än när det gäller en vanlig rundradiosändning.³¹

Sammantaget får konstateras att den brett anlagda överföringsrätten enligt artikel 3 Infosocdirektivet omfattar en mängd förfogandeformer, däribland tillgängliggöranden via internet, sändning och vidare-sändning och tillgängliggöranden på begäran, och att vad som kanske inte faller inom ramen för ett förfogande on-demand ändå är en överföring i såväl upphovsrättslagens som Infosocdirektivets mening.

5. Särskilt om sändningsbegreppet i 47 § URL

I den tvångslicens som förekommer i 47 § URL sägs följande i första stycket:

47 § Oavsett bestämmelserna i 45 § första stycket och 46 § första stycket får ljudupptagningar användas vid

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

I fråga om ljudupptagningar är det alltså så att all slags överföring faller inom tvångslicensens ram – exklusive sådan överföring som sker på begäran. Alltså är rundradiosändningar inbegripna i tvångslicensens tillämpningsområde. Däremot har denna bestämmelse knappast bäring på vare sig near-on-demand, streaming eller andra former av mottagning som låter mottagaren i viss mån bestämma *vad* och *när* något ska konsumeras ur en i och för sig tillgängliggjord, *överförd*, repertoar. Motsatsvis får dock konstateras att exempelvis streamingteknik kan falla inom ramen för 47 § 1 st. 2 p. URL, såvida överföringen sker på Internet på i princip samma sätt som vid en rundradiosändning (en sändning från radio- och tv-företag endast för mottagning) eller eljest *inte* kan anses ske på begäran, exempel-

³¹ Jfr *Olsson/Rosén*, Upphovsrättslagstiftningen, fjärde upplagan 2016, vid § 48.

vis vid livesändning från en musikfestival där sändningsinnehållet i och för sig hanteras med streamingteknik, men inte placeras i webbmiljön i en streaming-fil vars programinnehåll lyssnaren kan disponera på valfritt sätt vid valfritt tillfälle.

Sammanfattande kan sägas att tidigare utsänt radio- och tv-innehåll, som finns att tillgå för allmänheten i något medium eller på någon "plattform" när mottagaren så önskar och med möjlighet för denne att selektera vissa verk och närstående prestationer, inte omfattas av tvångslicensen utan ligger under rättsinnehavarnas ensamrätt enligt 45 § respektive 46 § URL, varför rättsinnehavarnas villkor för sådana utnyttjanden i princip ska förhandlas individuellt.