

Justitiedepartementet

Enheten för immaterialrätt och transporträtt

Linda Kullberg

103 33

Stockholm

Vår referens/dnr:

196/2016

Er referens/dnr:

Ju2016/06404/L3

2016-10-21

Remissvar

EU-kommissionens förslag till modernisering av EU:s upphovsrättsreglering

Sammanfattning

Svenskt Näringsliv redovisar här våra synpunkter på remissen *EU-kommissionens förslag till modernisering av EU:s upphovsrättsreglering* (Ju2016/06404/L3). Huvuddelen av remissvaret ägnas åt förslaget till direktiv om upphovsrätt i den digitala inre marknaden (COM (2016) 593).

Generellt är Svenskt Näringsliv positivt till harmonisering av de upphovsrättsliga regelverken. Samtidigt bör inte harmonisering ses som ett självändamål, utan behöver grundas i att det faktiskt leder till en förbättrad marknadsfunktion. Direktivförslaget misslyckas tyvärr med att ta ett helhetsgrepp på upphovsrättens funktion och betydelse för en digital marknad i Europa. Förslaget framstår snarare som en samling till synes ej sammankopplade frågor. Särskilt märks ogrundade begränsningar av kommersiella aktörers möjligheter och en fastlåsning vid gårdagens tekniklösningar, snarare än öppenhet inför kommande förväntad teknikutveckling.

Den svenska regeringen bör särskilt beakta artiklarna 3, 4 och 5, där definitionerna riskerar att begränsa möjligheterna för idag befintliga och viktiga svenska verksamheter inom såväl utbildning och kulturvård som inom avancerad datahantering. Dessa begränsningar framstår varken som nödvändiga eller ändamålsenliga. Svenskt Näringsliv ser det också som problematiskt att det i direktivet föreslås ingrepp i principen att avtal ska gälla, som förefaller gå utöver vad svensk rättspraxis skulle medge.

Inledning

Föreningen Svenskt Näringsliv har givits möjlighet att avge svar på remissen *EU-kommissionens förslag till modernisering av EU:s upphovsrättsreglering* (Ju2016/06404/L3). Detta är våra huvudsakliga ståndpunkter.

Svenskt Näringsliv avgav i februari remissvar på EU-kommissionens meddelande *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten* (Ju2016/00084/L3). Föreliggande remissvar ska läsas mot bakgrund av våra tidigare avgivna synpunkter.

Vi ser också harmoniseringen av de europeiska upphovsrätsreglerna mot bakgrund av kommissionens Digital Single Market-strategi (se vårt remissvar med dnr UD2015/267/FIM), liksom den pågående harmoniseringen av andra immaterialrättsliga regelverk (varumärken, patent m.m.).

Överlag är Svenskt Näringsliv positivt till harmonisering av de upphovsrättsliga regelverken, när det leder till en bättre fungerande inre marknad. Inte minst är detta av relevans för små och medelstora företag. För att regelverk som nu skapas ska kunna gälla över tid måste reglerna vara enkla, teknikneutrala och principbaserade. Det är av vikt att en ny reglering av upphovsrätten speglar den digitaliserade tidens förutsättningar och behov, och inte låser in aktörer i dagens tekniska lösningar och medielandskap. Det är viktigt att ta i beaktande hur tekniska lösningar utvecklas och kommer att fortsätta förändra förutsättningarna för konsumenters och användares efterfrågan på och användning av upphovsrättsligt material. En ökad efterfrågan online på musik, film och andra upphovsrättsgrundade produkter stimulerar likaså ökade privata investeringar i bredbandsteknik, som är en förutsättning för en välfungerande digital ekonomi överlag.

Det upphovsrättsliga skyddet måste balanseras mellan rättighetshavarnas och användarnas intressen. Det måste också vara anpassat för nya tekniska möjligheter som i sig för med sig möjligheter till nya affärsmodeller.

Konsumtionen av upphovsrättsskyddat material har förändrats enormt under det senaste decenniet. Genom internet och digitalisering har tillgången till upphovsrättsskyddat material blivit allt större för allt fler. Det har medfört allt större möjligheter för digitalt baserad affärsverksamhet, med sänkta kostnader för marknadsföring och distribution och bredare kundkrets för upphovsrättsbaserade tjänster och produkter.

Att upphovsrätten i stora stycken fortfarande är nationellt reglerad begränsar företagens möjligheter. Större och mer resursstarka företag åsamkas betydande transaktionskostnader i form av rättsutredningar och nationellt anpassade avtal. För mindre resursstarka företag, som har begränsade möjligheter att identifiera och hantera dessa skillnader på avtalsrättslig väg, medför skillnaderna en stor affärsrisk som begränsar möjligheterna till expansion inom EU, vilket leder till uteblivna satsningar eller att investeringar istället görs på andra marknader.

Övergripande synpunkter

Det nu föreliggande direktivförslaget synes ha en lägre ambition för reform av EU:s upphovsrätsreglering än det tidigare meddelandet gav vid handen. Konsekvensen av detta är att en harmoniserad upphovsrätt inte uppnås och att förslaget inte bidrar till en digital inre marknad.

Kommissionens resonemang präglas av avsaknad av tilltro till att marknadens aktörer kan sluta avtal som är balanserade, något som normalt sett är utgångspunkten i en marknadsekonomi. Det grundläggande ingångsvärdet är också aningen otydligt. I de inledande texterna i direktivförslaget finns till exempel skrivningar som är sinsemellan motsägelsefulla om förslagets syften vad gäller balansen mellan olika aktörer.

Vidare finns det i vissa av artiklarna i förslaget rent kontraproduktiva regleringar, där kretsen av berörda aktörer begränsas på ett sätt som inte är ändamålsenligt, och därtill utgör hot mot viktiga tillväxtsektorer. Förslaget bidrar till att gynna vissa existerande affärsmodeller på bekostnad av nya. Sveriges regering bör vara särskilt oroad av dessa delar av direktivförslaget.

Det är problematiskt att förslaget, snarare än att ta ett helhetsgrepp på en förbättring av marknadens funktion, är ett hopkok av ofta till synes orelaterade aspekter inom upphovsrätten. Förslaget präglas av överdrivet detaljfokus och särlösningar för specifika grupper. Framtidsperspektiv saknas, likaså ett perspektiv som tar väntade teknikutvecklingssteg (5G, Internet of Things, 3D-tillverkning, tryckpressmedias nedgång m.m.) i beaktande.

I praktiken fungerar det upphovsrättsliga skyddet ofta som en utgångspunkt för aktörer att skriva avtal. En fördel med en harmoniserad upphovsrätt skulle vara att det blir ett gemensamt avstamp för sådana avtal inom hela unionen. Ett problem med förslaget är att det föreslår reglering på en del områden som idag hanteras genom avtal mellan parter. Överlag ser Svenskt Näringsliv negativt på långtgående inskränkningar i avtalsfriheten. Lagstiftaren ska inte reglera områden där parterna själva kan nå marknadsanpassade lösningar. Genom avtal kan också parterna väga behovet av kontroll mot krav på ersättning, samt, inte minst, kunna anpassa avtalen till behov som uppstår genom användning av ny teknik.

Specifikt om artiklarna

Art. 2 Definitions

Villkoret i 2.3, "publicly accessible", är oklart avseende hur mycket det gränsar av den berörda kretsen av aktörer. I Sverige finns exempelvis kulturvårdsinstitutioner som Centrum för Näringslivshistoria (CfN) och Arbetarrörelsens Arkiv och Bibliotek (ARAB), vilka ägnar sig åt arkivverksamhet – som i hög grad berörs av upphovsrättsliga regleringar – men som inte är helt öppna för allmänheten. Sverige behöver klargöra i behandlingen av direktivförslaget att de föreslagna reglerna inte kommer att begränsa möjligheterna för CfN, ARAB och dylika institutioner att bedriva sin verksamhet.

Art 2.4 och skäl 33 tycks bygga på en allt mer obsolet syn på medier. Alltför många villkor ställs upp i formuleringen, vilket snävar in området av medier som omfattas på ett till synes omotiverat sätt. Hur står sig exempelvis Facebook Instant Articles (se [Facebook for developers](https://developers.facebook.com), developers.facebook.com) i förhållande till den föreslagna definitionen?

Art. 3 Text and data mining

Begränsningen av användningen till "research organisations" bör tas bort. Även företag och andra organisationer bör kunna ta del av undantaget. Kommersiellt bruk är, tvärtemot vad förslaget tycks antyda, en viktig *förutsättning* för utvecklad digital innovation. Ett område, där kommersiella aktörer ligger i framkant av och driver utvecklingen, och som berörs påtagligt av regleringen av *text and data mining*, är artificiell intelligens (AI). Det vore direkt skadligt att begränsa utvecklingen på det området, liksom på närliggande områden som berörs.

I detta sammanhang bör också påpekas att det inte enbart är ett näringslivsintresse att begränsningen tas bort och undantaget blir tillgängligt även för kommersiella syften. Liber, paraplyorganisationen för europeiska forskningsbibliotek, har framhållit att ett brett undantag skulle gynna både forskning och forskningsdriven innovation (se "[A Copyright Exception for](#)

Text and Data Mining", libereurope.eu). Att inte inskränka undantaget är också viktigt ur ett öppenhets- och rättighetsperspektiv, vilket framhållits bland annat av organisationen European Digital Rights (se edri.org/copyfail-7/)

Vi ser även problem med begreppet "reproductions". Beroende på hur det definieras i olika sammanhang kan det innebära en onödig begränsning till den i dag befintliga tekniken. Förslaget bör undvika sådana begränsningar i möjligaste mån.

En del av det som hanteras i "mining" omfattas inte av direkt upphovsrättsligt skydd, utan sammanställningen blir en databas (jfr 5 och 49 §§ upphovsrättslagen, 1960:729). I upphovsrätten görs åtskillnad mellan databaser av sådant som är upphovsrättsligt skyddat respektive inte är skyddat. Databaser som består av sådant som är skyddat får då "dubbelt" skydd: de ingående verken som sådana å ena sidan, och databasen i form av sammanställningen å andra sidan. Databaser som består av sådant som inte är skyddat har inte samma dubbla skydd – det som finns i databasen är i sig fritt; det finns inget upphovsrättsligt skydd för telefonnummer, artikelnummer och liknande. Detta får betydelse för fall med "mining" i databaser, där det mycket väl kan handla om att extrahera sådant som inte är upphovsrättsligt skyddat i sig. Den som sköter en databas kan, genom exempelvis användarvillkor, styra över hur databasen får användas. I dessa användarvillkor kan skrivningar göras som "överbryggar" problemen i regleringen.

Art. 4 Use of works and other subject-matter in digital and cross-border teaching activities

Det är positivt att viss möjlighet till flexibilitet i användningen av undantaget ges till medlemsstaterna, men vi vänder oss starkt mot begränsningen till icke-kommersiella verksamheter i art. 4.1 och skäl 15 ("The exception or limitation provided for in this Directive should therefore benefit all educational establishments in primary, secondary, vocational and higher education to the extent they pursue their educational activity for a non-commercial purpose.").

Det finns en stor mängd utbildningsaktörer som bedriver sin verksamhet på kommersiell basis. En del av dessa i Sverige är medlemmar i Svenskt Näringsliv genom bl.a. Friskolornas Riksförbund och Almega Utbildningsföretagen. På många områden är dessa aktörer ledande i kvalitetsarbete, och att undantaget inte skulle gälla dem vore direkt kontraproduktivt. Vidare har många högskolor och universitet också inkomster från uppdragsutbildning, som är i gränslandet mellan kommersiell och icke-kommersiell verksamhet, och som skulle dra nytta av undantaget. Detsamma gäller forskningsverksamhet vid universitet och högskolor som samfinansieras av kommersiella företag. Även detta blir problematiskt utifrån art. 2.1a, se ovan.

Art. 5 Preservation of cultural heritage

Denna punkt bär inte särskilt stor vikt för näringslivet. En aspekt som dock är av vikt är den ovan nämnda begränsningen genom villkoret "publicly accessible". Utöver arkivinstitutioner så kan även ett museum som har besökaravgifter och ägnar sig åt kulturarvsbevarande – till exempel Fotografiska och Judiska Museet – hamna i ett osäkert läge, på ett sätt som säkerligen inte är avsikten med förslaget. Kring detta behövs ett förtydligande.

Art. 7-9 Out-of-commerce works

Generellt har vi inget att invända om dessa artiklar. Flexibiliteten i mekanismer som kan användas (skäl 23) är positivt.

Art. 10 Access and availability of audiovisual works on video-on-demand platforms

Möjligen kunde en mer renodlad bransch-/partsdialog varit att föredra som alternativ, men det föreliggande förslaget tycks inte innebära några stora problem. Dock ställer vi oss frågande om hur en "impartial body with relevant experience" ska se ut i en svensk rättskontext. Är tanken att något motsvarande Medlingsinstitutet ska sättas upp för detta syfte? Detta bör klargöras, för att undvika en förändring som försvårar avtalslösningar.

Art. 11-12 Rights in publications

Svenskt Näringsliv ställer sig frågande till om det kan anses ändamålsenligt att genom upphovsrätten reglera hur printmedia tar betalt för sina produkter och tjänster. Denna artikel synes inte ha i detta direktiv att göra, och får ses som ett tecken på det som nämnts ovan, att direktivförslaget är fragmentiserat och brister i helhetsgrepp.

Art. 13 Use of copyright-protected content by information society services storing and giving access to large amounts of works and other subject-matter uploaded by their users

Övervaknings- och filtreringsplikten i denna artikel är alltför långtgående, och riskerar hämma att utvecklingen av både teknik och tjänster. Den föreslagna typ av innehållsövervakningstjänster (p1) samt mekanismer för hantering av felaktig filtrering (p2) riskerar dessutom att slå extra hårt mot mindre företag, vilket riskerar bidra till att hämma tillväxten av nya europeiska internetplattformslieferantörer. E-handelsdirektivets (2000/31/EG) *liability*-regler är bättre på detta område.

Mellanhänders tillgång till *safe harbour* får inte äventyras, vilket antyds i skäl 38-39.

Artikel 13 och skäl 40 saknar tydlig definition av vad "adequate information" är. Vi frågar oss om avsikten verkligen är att man måste visa all information för sin kontraktspart. Det vore i så fall mycket problematiskt inom många affärsrelationer. Vi önskar klargörande på denna punkt.

Art. 14-16 Fair remuneration in contracts of authors and performers

Vi anser att en mer dialogbaserad modell, alternativ 1, som antyds i förslagets Impact assessment (s. 8) vore att föredra.

Den "renumeration adjustment mechanism" som nämns i art. 15 och skäl 42 är mycket oroväckande. Dels är det principiellt rättsfrämmande att en avtalspart ska ha en generell rätt att få större ersättning än avtalet anger – det sätter hela grunden för avtalsrätten ur spel (de generella möjligheter att frångå avtal som finns i t.ex. avtalslagen (1915:218) används ytterst sällan, då höga krav måste vara uppfyllda för att de ska komma i fråga för tillämpning). Förvisso används i förslaget formuleringen "entitled to request", vilket antyder att det enbart handlar om en rätt att begära och inte att få, men den avsedda mekanismen ska enligt skäl 42 vara första instans för sådana begäranden, före allmänna domstolar eller t.ex. alternativa tvistlösningar som nämns i art. 16. Detta, sammantaget med att inget krav ställs på opartiskhet i den bedömning som den föreslagna mekanismen avses göra (att jämföra med i art. 10), gör att förslaget ger en part alltför långtgående överhand i förhandlingar. Artikeln bör utgå helt och omförhandlingar av avtal bör lösas enligt normala procedurer (även t.ex. alternativa tvistlösningsförfaranden).

Övriga frågor

Frågan om harmonisering av regler om privatkopieringsersättning är närbesläktad med direktivets område, och togs upp i den tidigare kommunikationen, men berörs inte i direktivet.

Det som talar mot harmonisering är att olika medlemsstater har i olika utsträckning utvecklade marknader. Mer avancerade, som Sverige, har i allt väsentligt en tjänstebaserad (kopiелös) musik- och filmmarknad. I sådana fall vore det olyckligt med kompromisslösning där hänsyn tas till mer analoga (kopiebaserade) marknader.

Grunden för privatkopieringsersättningens legitimitet ligger i att den ersätter faktisk skada. Det behöver en eventuell harmonisering utgå ifrån.

Vidare kan man fråga sig om det på tjänstebaserad mediamarknad behövs ett *levies*-system över huvud taget. Det fungerar idag väl för innehållstjänstleverantörer att licensiera sina användares rätt att göra kopior direkt med rättighetsinnehavarna (t.ex. iTunes).

Vad gäller frågan om inverkan av Marrakechfördraget stöder Svenskt Näringsliv att den lyfts ut och behandlas separat. Dock behöver ett helhetsgrepp tas på undantag från och inskränkningar i upphovsrätt i medlemsländerna. I det når förslaget inte på när hela vägen fram.

Förordningen med förslag om regler för vidaresändning av tv- och radioprogram bygger på att det görs åtskillnad på "vanliga" företag som också sänder via nätet och på helt nätbaserade företag. Vi anser att detta inte är rimligt och att det låser in utvecklingsmöjligheter i dagens teknikläge. Vidare bör användarvillkorens roll vid publicering av användargenererat material i förhållande till de föreslagna reglerna klargöras.

Patrick Krassén
Immaterialrättsansvarig
Svenskt Näringsliv

Göran Norén
Chef näringspolitik
Svenskt Näringsliv