

Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt

Stockholm 2019-11-20

Svenskt Näringslivs synpunkter rörande genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv

Föreningen Svenskt Näringsliv har givits möjlighet att lämna synpunkter rörande genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv och vill framföra följande.

1. Några inledande anmärkningar

Vi är väl medvetna om att de synpunkter som efterfrågats vid detta tillfälle är de som rör artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv. Vi vill dock även inledningsvis framföra några övergripande kommentarer.

Upphovsrättigheter och deras hantering är centrala för stora delar av näringslivet. Denna betydelse går långt utanför de branscher som traditionellt förknippas med upphovsrättigheter, såsom film och musik. Den accelererande digitaliseringen innebär inte bara en omfattande användning av upphovsrättsligt skyddad programvara, den innebär också nya möjligheter att nyttja upphovsrättsligt skyddade prestationer.

Från vår synvinkel är det alltid viktigt att vid lagstiftning på området se hur regleringen slår mot företagens villkor. Föreliggande direktiv är antaget och ett genomförande i svensk rätt bör ha som främsta mål att ligga så nära "mittfåran" inom EU som det bara är möjligt. I det följande tar våra skrivningar sikte på genomförandet i svensk rätt. Såsom underlaget var formulerat har vi inte tolkat det som att det efterfrågats synpunkter på tolkning som ska ligga till grund för en svensk linje i relation till EU-kommissionen.

I frånvaro av en förordning på upphovsrättsområdet är upphovsrätten alltför splittrad mellan EU:s medlemsstater. Detta blir drivande för transaktionskostnader för företag som vill verka på flera europeiska marknader. De avtal och ersättningsmodeller som fungerar på en marknad fungerar inte på andra. Nationella lösningar riskerar också att köras över av EU-domstolen. Sammantaget finns redan en stor rättsosäkerhet om relationen mellan nationell upphovsrättslagstiftning i medlemsstaterna och EU-rätten på området. Strävan måste vara att minska denna rättsosäkerhet.

2. Vilka plattformar omfattas av de nya bestämmelserna?

När det gäller omfattningen av olika definitioner i artikel 17 är avgörande att den svenska regleringen ligger helt i linje med lagstiftningen inom övriga EU.

Det finns dock några anmärkningar som vi vill göra särskilt. Den definition som väljs bör vara konstruerad på ett sådant sätt att den står emot tidens tand på ett rimligt sätt. Det gör att det bör inte i lagtext preciseras hur stor en tjänst måste vara för att omfattas. Detta torde också variera beroende på vad det är för typ av verk. En precisering riskerar att låsa fast vid det läge som råder precis vid lagstiftningstillfället.

Frågan om vilka krav som ställs i artikel 2.6 för att det ska ses som att leverantören "ordnar och marknadsför" kan komma att behöva avgöras av EU-domstolen. Klart torde dock vara att vägledning kan hämtas i Sticing Brein-målet (C-610/15).

En svårighet med definitionen av "ett huvudsyfte" är att många plattformar bygger på delning av rent användargenererat material. Här ligger exempelvis en skillnad mellan Facebook och Instagram. Definitionen bör ta detta i beaktande.

I samband med att infoc-direktivet genomfördes ett krav på laglig förlaga för att kopior för privat bruk skulle tillåtna. En viktig fråga kring artikel 17 är om plattformar för främst "piratmaterial" också ska omfattas, vilket hanteras i skäl 62. Oklarare är dock om en olaglig kopia få "lagligt liv" via artikel 17.

Begreppen "upphovsrättsligt skyddade verk" och "andra skyddade alster" bör enligt vår mening ta sikte på verk som omfattas av 1 § upphovsrättslagen samt exempelvis fotografisk bild skyddade som närstående rättighet. Här är dock viktigt att begreppen tolkas på samma sätt inom hela EU. Med tanke på en snabbt ökande möjlighet att hantera tredimensionella föremål digitalt bör exempelvis olika medlemsstaters syn på brukskonst beaktas. En utgångspunkt för en unionsgemensam tolkning är Levola Hengelo-målet (C-310/17).

3. Artikel 2.6 andra stycket: Undantag eller exemplifiering?

Denna typ av tolkningsfrågor är av stor betydelse och kan få stora återverkningar. Av detta skäl bör nationella lösningar undvikas och EU-konformitet eftersträvas. Vi vill dock också framhålla nackdelen med att i lagtext lägga in typer av plattformar alltför explicit. Risken är reglerna då blir för låsta vid de tjänster som finns vid lagstiftningstillfället.

4. Det upphovsrättsliga ansvaret – artikel 17.1

4.1 Vilka typer av förfoganden omfattas?

Mediekonsumtion har gjort att livesändningar ofta sker via olika plattformar. Det är därför centralt att veta om livesändningar omfattas eller inte. Såsom påpekats är en EU-konform tolkning önskvärd. Det vore mycket olyckligt om vissa EU-länder anser att livesändningar omfattas och andra inte.

Så vitt vi förstått finns frågor kring livesändningar av olika slag på, eller på väg till, EU-domstolens skrivbord. Dessa mål bör studeras noga som led i genomförandet i samtliga medlemsstater.

4.2 Hur förhåller sig direktivets regler till infosoc-direktivet?

Olika medlemsstater betraktar de upphovsrättsliga förfogande som skapats i och med infosoc-direktivet på olika sätt. I samband med genomförandet av detta direktiv i medlemsstaterna finns en möjlighet att även reda ordning i detta.

Det gör att frågan om direktivet ger upphov till en ny eller särskild rättighet bör ses i ljuset av en enhetlig tolkning av såväl infosoc-direktivet som detta direktiv. Det finns olika aktörer som menar att detta får, så småningom, lösas av EU-domstolen. För företag som investerar i såväl upphovsrättsligt skyddade verk som i utvecklingen av delningstjänster är avgörande att redan vid investeringen kunna veta vad som måste hanteras. Det går inte att göra kostnadsberäkningar när rättsosäkerheten är så här stor.

4.3 Bör "skyldigheten" att ingå licensavtal lagregleras?

Alla som gör upphovsrättsliga nyttjanden behöver klarera rättigheten med rättighetshavaren eller någon som förvaltar dennes rättighet. Detta är själva innebörden av rättigheten. Det val som görs i andra EU-länder kring att införa en särskild påminnelse i denna typ av situation bör följas även i Sverige.

5. Licensavtalens omfattning – artikel 17.2

Vid utformning av licensavtalet är det så långt som möjligt viktigt att ta hänsyn till redan ingångna avtal och olika affärsmodeller som existerar redan idag för klarande av rättigheter. Genomförandet bör ske på ett sådant sätt att det inte blir svårigheter för företag att använda så likartade modeller som möjlighet i de olika medlemsstaterna.

6. Förhållandet till e-handelsdirektivets ansvarsfrihetsregler – artikel 17.3

Ett problem som finns på många områden inom EU-rätten är att olika EU-rättslig reglering har tillkommit utan att nödvändig helhetsanalys har gjorts. Så är delvis även fallet när det gäller detta direktiv i relation till e-handelsdirektivet. Detta kan inte lösas enbart på nationell nivå i samband med genomförandet av detta upphovsrättsdirektiv. Frågan om relationen mellan dessa direktiv måste hanteras på likartat sätt i medlemsstaterna.

7. En ny ansvarsfrihetsreglering – artikel 17.4-17.8

7.1 Skäligen åtgärder

Tolkningen av vad som ska göras för att ansvarsfrihetsregleringen ska gälla har kommit att bli omdiskuterat. Det är inte ovanligt att jämförelsen görs, precis som i departementets underlag, mellan den svenska och den engelska skrivningen.

Detta bör också jämföras med andra språkversioner såsom exempelvis:

"leurs meilleurs efforts"

„alle Anstrengungen unternommen hat“

"aver compiuto i massimi sforzi"

„alles in het werk hebben gesteld om toestemming te krijgen“

„toteuttaneet toimia parhaansa mukaan saadakseen luvan“

Bilden som ges av nivån av ansträngning skiljer sig åt väsentligt beroende på vilken språkversion som väljs. Oavsett om man tittar på versionerna på engelska, franska, tyska och så vidare ser kravet betydligt högre ut än om man tittar på den svenska versionen. Denna möjliga språkliga miss i den svenska versionen av direktivet bör hanteras i samband med genomförandet.

Det är också viktigt att såväl nationellt som på EU-nivå göra tydligt hur plattformarna ska kunna visa sina vidtagna åtgärder. Ska det exempelvis räcka med punktvisa insatser eller krävs en kontinuerlig kontroll?

Vi delar departementets uppfattning att den sammanlagda effekten torde vara att Delningstjänsten ska vidta vad som kan betecknas som "skäligen åtgärder". Det vore från vårt perspektiv önskvärt att denna tolkning blir förhärskande inom samtliga medlemsstater.

7.2 Särskilt om "skyldigheter" att erhålla tillstånd

När det gäller tillståndsfrågan är det viktigt att samma krav ställs i Sverige som ställs i övriga medlemsstater. För företag som vill kunna agera på flera marknader kan transaktionskostnaderna bli oöverstigliga om kraven som ställs skiljer sig åt väsentligt. En liten marknad som Sveriges kan också innebära att marknaden väljs bort helt om skillnaderna till andra länder blir för stora. Vi kan då riskera att hamna utanför användningen av vissa plattformar.

7.3 Särskilt om skyldigheten att hindra tillgång till sådant material som anmälts av rättsinnehavare

De behov av avvägningar som beskrivs är centrala för en balanserad konstruktion. Konkretiseringen av vilken information som ska anses uppfylla kraven på "relevant och nödvändig information" samt "tillräckligt välgrundad underrättelse" bör självklart ses i ett unionsrättsligt ljus. Krav på vilken information som måste lämnas till rättighetshavaren bör ses i ljuset av att plattformarna ska veta vad som ska lämnas och när.

Det är också viktigt att inte låsa sig vid de möjligheter som finns med dagens teknik. De tekniska möjligheterna för att identifiera material genomgår samma snabba utveckling som andra digitala möjligheter. De krav som behöver ställas idag kan kanske sänkas i framtiden.

7.4 Vissa undantag och inskränkningar

Mycket av den harmonisering inom EU som skett av upphovsrätten har utelämnat harmonisering av undantag och inskränkningar. Här har dock exempelvis Deckmyn-målet (C-201/13) från EUD kommit att få en harmoniserande verkan.

Det finns all anledning att säkerställa att det görs så EU-konform tolkning som möjligt av de undantag och inskränkningar som anges i direktivet. Hit hör att en generell, uttrycklig, skrivning om karikatyr, parodi eller pastisch kan behöva komma in i den svenska upphovsrättslagen. Upphovsrätten är idag alltför präglad av principer som inte tar sig uttryck i lagtexten samtidigt som lagtexten i sig är alltför komplex. Det leder till tillämpningsproblem, inte minst för små och medelstora företag.

7.5 Förbud mot allmän övervakningsskyldighet

Den skrivning som finns i artikel 17 är en pendang till skrivningar i artikel 15 e-handelsdirektivet. Som påpekat ovan är det viktigt att de olika EU-rättsliga regelverken talar samma språk och bygger samma rättsliga konstruktioner.

7.6 Omfattningen av information som ska lämnas

Bestämmelsen tar avstamp i ett behov av transparens. Risken med att i lagstiftning noga reglera vad för information som ska lämnas är att det finns en risk för en inlåsand effekt i form av låsning vid informationsbehov vid en viss tidpunkt. Den digitala utvecklingen går fort och det som i framtiden kan komma att krävas för att uppfylla krav på transparens kan vara något annat än vad som är möjligt idag.

Även på detta område bör övriga EU-länders konstruktioner följas så långt det är möjligt.

7.7 Hur förhåller sig artikel 17 till avtalsfriheten?

Avtalsfriheten är en fundamental del av det marknadsekonomiska systemet, lika väl som konkurrensfriheten. Dessa friheter bör i så stor utsträckning som möjligt upprätthållas. Det är dock också så att vi för en fungerande och sund konkurrens kan behöva göra olika former av inskränkningar. Upphovsrätten i sin helhet kan betraktas som en nödvändig inskränkning av konkurrensfriheten. Regler om upphovsrättsliga avtal, såsom de särskilda skrivningarna om den ideella rätten, innebär en begränsning i avtalsfriheten.

Avvägningsproblematik mellan friheterna och olika former av inskränkningar i dem kopplat till upphovsrätten är gemensam för samtliga EU-länder. Den svenska regleringen bör således göra samma bedömning av vad som är möjligt i relationen mellan direktivets syften och avtalsfriheten som övriga medlemsstater.

8. Tvistlösning – artikel 17.9

I samtliga immaterialrätter är frågan om tvistehantering ofta uppe till diskussion. Det måste finnas system som är såväl lättillgängliga som rättssäkra. För att säkerställa att rättighetshavare inom unionen har samma möjligheter bör så likartade system som möjligt konstrueras.

När det gäller bedömningar av vad som ska vara utan "otillbörligt dröjsmål" samt kostnadsfördelning bör detta hanteras så likartat som möjligt inom unionen. Risken finns annars, särskilt beträffande kostnadsfördelning, att olika aktörer ägnar sig åt *forum shopping*.

Eftersom personuppgifter kan komma att behöva behandlas inom ramen för denna typ av tvistlösning måste säkerställas att laglig grund för behandling enligt artikel 6 dataskyddsförordningen är för handen. Beroende på den konstruktion som väljs för tvistlösning torde dock den lagliga grunden kunna se olika ut.

9. EU-kommissionens riktlinjer – artikel 17.10

Som vi har framhållit genomgående i våra kommentarer är det oerhört centralt för svenska företag att genomförandet av direktivet inte hindrar och/eller försvårar företags möjligheter att agera på fler marknader inom EU. Genomförandet bör därför ligga så nära en EU-mittfåra som möjligt. Risken är annars också överhängande att EUD långt senare kommer med avgöranden som inverkar på hur reglerna tolkats och tillämpats i just Sverige.

Sverige bör därför inte bara passivt bevaka och uppmärksamma dessa dialoger. Sverige bör vara en aktiv del i dem för att säkerställa att det svenska genomförandet ligger nära de riktlinjer EU-kommissionen tar fram. Det finns inte utrymme för att först göra helt nationella tolkningar och sedan se hur de förhåller sig till EU-kommissionens riktlinjer. EU-kommissionens riktlinjer bör istället vara det som det svenska genomförandet har som utgångspunkt.

Christina Wainikka
Policyexpert för immaterialrätt