

Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt
Att: Linda Kullberg
103 33 Stockholm

Ref dnr Ju2016/06404/13

Yttrande över EU-kommissionens förslag till modernisering av EU:s upphovsrättsreglering

Svenska Föreningen för Immaterialrätt ("SFIR") har beretts tillfälle att yttra sig över följande förslag:

1. Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, COM(2016) 593 final;
2. Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om regler för utövandet av upphovsrätt och närstående rättigheter tillämpliga på vissa onlineöverföringar av radio- och TV-företag och vidaresändning av TV- och radioprogram, COM(2016) 594 final;
3. Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om gränsöverskridande utbyte mellan unionen och tredje länder av särskilt anpassade exemplar av vissa verk och andra alster som skyddas av upphovsrätt och närstående rättigheter till förmån för personer som är blinda, synsvaga eller har annat läshandikapp, COM(2016) 595 final; samt
4. Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om viss tillåten användning av verk och andra alster som skyddas av upphovsrätt och närstående rättigheter till förmån för personer som är blinda, synsvaga eller har annat läshandikapp och om ändring av direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, COM(2016) 596 final.

1 Utgångspunkter

Enligt sina stadgar ska SFIR bidra till en ändamålsenlig och enhetlig utveckling av lagstiftning och rättstillämpning på immaterialrättsområdet, såväl i Sverige och de övriga nordiska länderna som på det europeiska och internationella planet. SFIR ska också främja intresset för och kunskapen om immateriellt rättsskydd. Föreningens medlemmar är enskilda

personer som i sin yrkesutövning kommer i kontakt med frågor av immaterialrättslig karaktär. Föreningen har inte till ändamål att tillvarata några särskilda intressen hos medlemmarna.

SFIR svarar därför på den aktuella remissen huvudsakligen ur ett immaterialrättsligt perspektiv. Föreningen fokuserar särskilt på frågan, om förslagen är nödvändiga och ändamålsenliga, dvs. om de återspeglar marknaden och kan lösa reella problem och situationer på ett balanserat sätt. Vid den bedömningen granskas också de syften och skäl som kommissionen presenterat i Impact Assessment¹ (nedan ”IA”). Vidare beaktas om förslagen tar nödvändig hänsyn till yttrande- och informationsfriheten och om bestämmelserna är tillräckligt klara och preciserade.

SFIR konstaterar att förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, COM(2016) 593 final, är tämligen omfattande och innehåller en rad bestämmelser som kräver noggranna överväganden. Övriga lagförslag ger inte upphov till lika stora betänkligheter. Sammanfattningsvis tillstyrker SFIR i princip förslagen om: förordning enligt COM(2016) 594 final och förordning COM(2016) 595 final samt om direktiv COM(2016) 596 final, medan föreningen avstyrker direktivförslaget om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, COM(2016) 593 final i nuvarande form och precisionsgrad. Inställningen till de skilda artiklarna framgår i avsnitt nedan 2. De övriga förslagen kommenteras nedan i de följande avsnitten 3 – 5.

2. Förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, COM(2016) 593 final

2.1 Allmänt

I kommissionens strategi för den digitala inre marknaden² anges att digitalt innehåll är en viktig drivkraft för tillväxten av den digitala ekonomin. Åtgärder krävs för att i större utsträckning ge användare tillgång till innehåll på nätet och till en marknad och ett regelverk som främjar kreativitet, hållbar finansiering och kulturell mångfald. Som ett led i förverkligandet av sådana ambitioner finns visionen att: utveckla den inre marknaden, anpassa bestämmelserna till den digitala verkligheten, se till att de kreativa branscherna i Europa förblir konkurrenskraftiga och behålla en god balans mellan upphovsrätt och andra allmänna politiska mål.³

SFIR ställer sig gärna bakom sådana visioner och ändamål men anser inte att det föreslagna direktivet i tillräcklig utsträckning kan bidra till den digitala ekonomins tillväxt, förbättrad tillgång till innehåll på nätet eller kulturell mångfald. Förslagets rättspolitiska drag kompenseras tyvärr inte av tillräckliga understödjande fakta och rättsutredningar. Vidare är ett stort antal skyldigheter förhållandevist löst och övergripande formulerade. Beträffande ett antal artik-

¹ Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules, September 14, 2016, SWD(2016) 301 final.

² Kommissionens meddelande *En strategi för en inre digital marknad i Europa* den 6 maj 2015, COM(2015) 192 final.

³ Kommissionens meddelande *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten* den 9 december 2015, COM(2015) 626 final.

lar i förslaget hade också en tydligare reglering för att åstadkomma en högre grad av harmonisering varit önskvärd.

2.2 Närmare angående vissa bestämmelser i förslaget

I det följande hänför sig föreningen främst till den engelska språkversionen av de föreslagna artiklarna, eftersom den svenska översättningen av förslaget ännu inte publicerats vid tidpunkten för SFIR:s granskning.

2.2.1 Artiklarna 1, 4, 13, 18 m.fl.

Uttrycket ”andra alster” (*”other subject-matter”*) förekommer på flera ställen i direktivet, bl.a. i artiklarna 4, 13 och, 18 utan att uttrycket definieras. Därmed skapas redan inledningsvis problem vid tillämpningen av flera bestämmelser, t.ex artiklarna 4 och 13. Avsaknaden av en definition tycks bero på att förslaget inte avser att harmonisera närstående rätt i EU:s medlemsstater eller att påverka befintliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (infosocdirektivet). Artikel 18.1 i förslaget anger således att direktivet ska *”apply in respect of all works and other subject-matter which are protected by the Member States’ legislation in the field of copyright*

Eftersom förslaget delvis syftar till att påtagligt förändra villkoren för aktörerna på den digitala inre marknaden, hade en högre grad av harmonisering av närstående rätt varit önskvärd. Exempelvis behandlas (även fortsatt) fotografiska bilder respektive verk olika i skilda medlemsländer – med olämpliga effekter. Vissa tjänsteleverantörer som omfattas av de nya skyldigheterna kanske fokuserar uteslutande på fotografier. Således tycks bl.a. den avgörande frågan enligt artikel 13 om tjänsteleverantören förfogar över *”large amounts of works or other subject-matter”* kunna besvaras olika, beroende på vilket lands lag som tillämpas.

2.2.2 Artiklarna 2 och 3

Definitionen av forskningsorganisation (*”research organisation”*) omfattar endast sådana verksamheter vars resultat *”cannot be enjoyed on a preferential basis by an undertaking exercising a decisive influence upon such organization”*. Däremot är inte helt klart hur en sådan begränsning förhåller sig till forskningssamarbete mellan offentliga och privata aktörer. Resultaten av sådana samarbeten tillfaller ofta *främst* den privata aktören, medan den offentliga aktören får en begränsad rätt att publicera resultaten och använda dem i sin fortsatta forskningsverksamhet. Det kan betyda att den privata aktören får en *”preferential access”* till resultaten i den mening som åsyftas i förslaget. Det skulle i sin tur innebära att sådana samarbetsprojekt inte omfattas av artikel 3, dvs. åtnjuter den föreslagna rätten att utföra text- och datautvinning. SFIR anser att ett förtydligande hade varit önskvärd.

2.2.3 Artikel 4

SFIR ställer sig i stort bakom de ändamål som bestämmelsen i artikel 4 avser att tillvarata. Behovet av digitalt understödd undervisning och gränsöverskridande distansundervisning kan

motivera ett väl definierat och begränsat undantag från – eller inskränkning i – ensamrätten. Men föreningen vill ändå påpeka följande:

Förslaget lämnar till varje medlemsland att avgöra om direktivets bestämmelser ska genomföras som ett undantag eller som en inskränkning (*”exception or limitation”*). Begreppet *”limitation”* avser vanligen att visst utnyttjande av upphovsrättsligt skyddat material får ske utan rättshavarens samtycke som i stället kompenseras ekonomiskt för nyttjandet såsom vid tvångslicensiering och avtalslicensiering. *”Exception”* används om ett utnyttjande som får ske utan samtycke från rättshavaren, dvs. en *”ren inskränkning”*. Eftersom förslaget avser att undanröja (eller minska) nationella olikheter i den praktiska tillämpningen av *”lärarundantag”* (se IA s. 87 ff.) hade en högre grad av harmonisering varit önskvärd. Samma synpunkt gör sig gällande beträffande artikel 4.4 angående *”fair compensation”*, som lämnar till medlemsstaterna att avgöra om sådan ersättning (*”may provide”*).

Bestämmelsen i artikel 4.2, som utgör ett undantag från undantagsregeln i artikel 4.1, riskerar att skapa tillämpningsproblem. Artikel 4.2 förklarar inte under vilka förhållanden en adekvat licens ska anses vara *”easily available”* på marknaden. Räcker det att en sådan licens erbjuds oavsett hur villkoren ser ut? SFIR befarar att regeln i artikel 4.1 inte får avsedd verkan. Det hade varit lämpligare om undantagsregeln i artikel 4.1 kunnat åsidosättas när ett licensavtal har *ingåtts*. De överväganden som EU-domstolen har gjort i mål C-117/13 (Eugen Ulmer) beträffande innebörden av uttrycket *”omfattas av köpe- eller licensvillkor”* i artikel 5.3 (n) i infocodirektivet är principiellt relevanta även här. EU-domstolen har uttalat bl.a. att *”[o]m det vore tillräckligt med ett erbjudande om att ingå ett licens- eller nyttjandavtal för att utsluta tillämpningen av [artikeln], skulle den inskränkning som föreskrivs i bestämmelsen fråntas en stor del av sitt innehåll och till och med sin ändamålsenliga verkan”* (punkt 32).

2.2.4 Artikel 5

SFIR finner att de kulturarvsbevarande ändamål som artikel 5 avser att ta till vara är beaktansvärda. I Sverige sker detta huvudsakligen redan genom 16 § URL, som genomför artikel 5.2 c) i infocodirektivet. Men det är en stor skillnad att direktivförslaget omfattar även datorprogram (och databaser) – utan att förändringen särskilt motiveras.

Eftersom exemplarframställning enligt förslaget får ske endast i syfte att bevara det skyddade alstret, borde regleringen vara acceptabel även för innehavare av rätt till datorprogram och databaser. Allmänt tillgängliggörande av sådana alster kommer även fortsättningsvis att regleras av direktiv 96/9/EG och 2009/24/EG, dvs. som huvudregel kräva rättshavarnas tillstånd. Begränsningen till verk som är permanent i institutens besittning innebär också att instituten inte kan sprida sådana alster som inte tidigare offentliggjorts, och ger ett extra skydd för rättshavarna.

2.2.5 Artiklarna 7 – 9

Förslaget i artiklarna 7 – 9 om utgångna verk nämner endast övergripande vilka kriterier som ska avgöra om ett verk eller annat alster är att betrakta som *”out-of-commerce”*. Den närmare bedömningen överlämnas till varje medlemsstat att göra i meningsutbyte med rättshavare, upphovsrättsorganisationer och kulturarvsinstitutioner. SFIR efterlyser fler och tydligare riktlinjer härvidlag.

Artikel 7.4 a) – c) klargör inte vilken eller vilka organisationer som ska lämna licens beträffande närstående rätter ("other subject-matter"). Närstående rätt nämns överhuvudtaget inte i artikel 7.4 a) – c), trots att artiklarna 7 – 9 i sin helhet avser att omfatta även sådana. Möjligen är detta ett misstag. Artiklarna klargör inte heller vad som ska gälla om det finns flera behöriga förvaltningsorganisationer i olika medlemsstater. Det är tveksamt om varje medlemsstat kommer att kunna hantera denna fråga på samma sätt på nationell nivå.

De principiella krav som måste uppfyllas för en gränsöverskridande utsträckt effekt (avtalslicensverkan) verkar i övrigt vara tillgodosedda. Men eftersom förslaget lämnas i form av ett direktiv (och inte en förordning) hade det varit önskvärt med ett klargörande om att varje medlemsstat ska säkerställa den gränsöverskridande effekt som åsyftas i artikel 8.1. Gränsöverskridande utsträckt effekt (avtalslicensverkan) kan endast uppnås genom lag.

2.2.6 Artiklarna 10 och 16

Artikel 10 om en förhandlingsmekanism lämnar ingen vägledning beträffande vilken typ av opartiskt organ med relevant erfarenhet som kan kvalificera som förhandlingsstöd i samband med licensieringen av rättigheter. En rad olika nationella lösningar kan förutses. Motsvarande gäller beträffande en frivillig tvistlösningsmekanism enligt artikel 16. Behovet av harmonisering tycks inte ha setts som centralt i sammanhanget.

2.2.7 Artiklarna 11 och 12

Förslaget avser att införa en ny närstående rätt, till skydd för utgivare av presspublikationer ("*publishers of press publications*"), vid digitala förfoganden som motsvarar artiklarna 2 och 3.2 i infosocdirektivet, jfr IA s. 155 – 173. Motivet är främst att utgivarnas övergång från tryckta till digitala format inte har medfört någon märkbar ekonomisk fördel för utgivarna. Utgivarnas affärsmodell, som i stort bygger på annonsintäkter och endast till en mindre del på abonnemang, anses påverkas negativt av nya tjänsteleverantörer på marknaden. Sökmotorer, aggregatorer och online-plattformar (nedan "*Service Providers*") sägs vara ovilliga att ingå licensavtal med tidningsutgivarna. Eftersom utgivarna bidrar med investeringar och bidrag till den kreativa processen skulle det, enligt kommissionen, vara rimligt att tillerkänna utgivarna en större del av de intäkter som *Service Providers* sägs generera. Utgivarna anses också ha svårt att använda och försvara licensrätter som upplåts av journalister.

Förslaget att tillerkänna utgivare av presspublikationer en ny närstående producenträtt har primärt utformats för att förmå *Service Providers* att betala vissa tidningsutgivare för användningen av de inledande ord/nyhetsextrakt som vanligen hämtas från en fritt tillgänglig länkad artikel (på utgivarens webbplats) och presenteras på *Service Providers* egen webbplats (se IA s. 157 ang. "*news extracts*").

SFIR avstyrker förslaget av främst följande skäl:

För det första finns inte tillräckligt starka skäl att särbehandla utgivare av presspublikationer i förhållande till utgivare av andra slags publikationer. Att just dessa investeringar skulle vara skyddsvärda är knappast något bärkraftigt immaterialrättsligt motiv. Det finns många olika aktörer som investerar och bidrar till kreativ verksamhet på olika sätt. Förslaget har uppenbart tillkommit under stark påverkan av berörda utgivare.

För det andra är det tydligt att Service Providers bidrar högst väsentligt till många tidningsutgivares intäkter. 66 procent av besöken på utgivarnas egna hemsidor genereras av hänvisningar från Service Providers (IA s. 157). Att Service Providers ska betala utgivare av presspublikationer för den verksamhet de bedriver förefaller dåligt övervägt.

För det tredje finns det inget underlag som styrker att de Service Providers som är förslagens tänkta målgrupp (t.ex. Google News) verkligen kommer att betala utgivarna någon ersättning om förslaget ledde till lagstiftning. Service Providers som i dag verkar på den digitala inre marknaden kan lika väl komma att exkludera innehåll från utgivare som insisterar på ersättning. Mindre Service Providers (startups och liknande) kommer sannolikt inte att se några incitament att utveckla tjänster på detta område. Kommissionen är dessutom fullt medveten om att nationella lagstiftningsåtgärder av liknande slag (i Tyskland och Spanien) har misslyckats. Sådana rättigheter för utgivarna har minskat – inte ökat – förlagens intäkter (se IA s. 167 och 169 f). Kommissionens antagande om att åtgärderna på EU-nivå skulle få ett annat utfall underbyggs inte av fakta eller studier.

För det fjärde riskerar en självständig rätt för utgivare att hindra nyttjanden av nyhetsmaterial på nätet inte ge ”positive impacts on cultural diversity”. Tvärtom vad Kommissionen förutspår (IA s. 171) kan effekten i stället bli en minskning av tillgänglig information på internet (dvs. i EU). Berörda Service Providers betalningsvillighet, i den mån den alls finns, får antas gagna större kommersiella produkter och minska utbudet av mindre, smalare produkter. Skulle Service Providers (t.ex. Google News) helt lägga ner sin tjänst i EU – något som inte kan uteslutas – är det främst mindre utgivare som drabbas. Små utgivare är i hög grad beroende av att Service Providers skickar trafik till utgivarnas webbsidor.

För det femte är det oklart hur förslaget förhåller sig till möjligheten att *länka* till berörda utgivares nyhetsartiklar. Kommissionen indikerar kortfattat att förslaget inte avser att begränsa möjligheten till hyperlänkning (*acts of hyperlinking*) till publikationer på nätet i vidare mån än vad som följer av artikel 3.2 i infocodirektivet (IA s. 162 samt skäl 33 och 34 i ingressen till förslaget). Uttalandet är inte särskilt klagörande. Följande noteras:

- EU-domstolens dom i målen C-466/12 (Svensson), C-348/13 (BestWater) och C-160/15 (GS Media) avser under vilka omständigheter länkning utgör *communication to the public* enligt artikel 3.1 i infocodirektivet. Kommissionens förslag avser att skapa en närstående rätt motsvarande artikel 3.2 i infocodirektivet, dvs. *making available to the public*. Artiklarna 3.1 och 3.2 i infocodirektivet reglerar två olika slags förfoganden (se EU-domstolens dom i mål C-279/13 (C More)). Kommissionens hänvisning till domstolens praxis i fråga om länkning är därför svårbegriplig.
- Om länkingsåtgärder inte ska anses stå i konflikt med den föreslagna ensamrätten, så hade också ett klagörande varit önskvärt som omfattar alla typer av länkning och inte endast hyperlänkning. EU-domstolens slutsatser och avvägningar i de nämnda avgörandena är teknikneutrala; de gör ingen skillnad mellan t.ex. hyperlänkning, inbäddning och inramning. Motsvarande framgår också av mål C-117/15 (Reha Training), där EU-domstolen framhåller att begreppet ”överföring” omfattar alla överföringar av

skyddade verk oberoende av vilka medel eller tekniska processer som används (punkt 38 i domskälen).

- Det är oklart vilka slags förfoganden som omfattas av begreppet ”digital användning” i förslaget. Den allmänna rätt att länka som EU-domstolen avsett att ge marknadens aktörer kan i praktiken knappast användas om länkaren inte får förklara vad han länkar till, exempelvis genom att återge artikelrubriker eller genom indexering av artiklarna. Men förslaget förefaller förhindra sådan användning.

För det sjätte tycks förslaget generellt inte vara förenligt med de principiellt viktiga intresseavvägningar som EU-domstolen har gjort i bl.a. de ovannämnda avgörandena. Förslaget tycks avse att hindra – eller åtminstone kraftigt begränsa – varje slags digital användning (*”digital use”*) av något innehåll som kan inordnas under begreppet *”press publications”*, trots att utgivarna själva gjort innehållet fritt tillgängligt på internet. Den föreslagna ensamrätten tycks kunna förhindra Service Providers användning av rubriker och även indexering av artiklar. Den föreslagna ensamrätten, som skulle vara oberoende av innehållets originalitet, blir därmed bli betydligt mer omfattande än de rätter som idag kan göras till litterära verk. En sådan långtgående inskränkning av informations- och yttrandefriheten är knappast proportionerlig.

SFIR anser *sammanfattningsvis* att förslaget om en ny närstående rätt för presspublikationer varken är nödvändigt eller ändamålsenligt, *att* förslaget skulle innebära en alltför hård begränsning av informations- och yttrandefriheten, och *att* det generellt inger betänkligheter att tillerkänna långtgående närstående rätt åt endast *en* av flera berörda kategorier av aktörer på den digitala marknaden. Befintliga rättsregler ger redan ett väl avvägt och adekvat skydd. Om Service Providers användning av ett nyhetsextrakt i ett enskilt fall är tillåten, exempelvis därför att texten inte uppfyller originalitetskravet eller användningen skyddas av en inskränkning i upphovsrätten, är det resultatet av en avvägning som vilar på goda grunder (jfr EU-domstolens resonemang i mål C-145/10 (Painer) punkterna 134 och 135).

Förslaget enligt artikel 12 avser att ge tidningsutgivarna del av den skäligen ersättning som ska utgå enligt någon undantagsbestämmelse. Kommissionen påpekar samtidigt att förslaget *”should not increase the overall level of compensation due”* (IA s. 163). Den eventuella ersättningen till upphovsmännen skulle således minska till förmån för berörda utgivare.

SFIR avstyrker förslaget, huvudsakligen eftersom upphovsrätten primärt bör syfta till att skydda litterära och konstnärliga verk, dvs. alster av andlig och skapande verksamhet.

2.2.8 Artikel 13

Förslaget berör användning av skyddat innehåll genom nättjänster, jfr IA s. 137 – 155. Avsikten är att ålägga plattformar/tjänsteleverantörer (nedan gemensamt betecknade *”Mellanhänder”*) som lagrar och ger tillgång till stora mängder verk och andra skyddade alster (t.ex. YouTube) en skyldighet att vidta åtgärder för att (a) *”ensure the functioning of agreements concluded with rightholders for the use of their works or other subject-matter”* eller (b) *“prevent the availability on their services of works or other subject-matter identified by rightholders through the cooperation with the service providers.”* Sådana skyldigheter är avsedda att

gälla även när *“the information society providers are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC”* (skäl 38 i ingressen).

Förslaget syftar å ena sidan till att motverka effekterna av den rättsliga oklarhet som anses råda beträffande Mellanhänders ansvar. Det innehåll som lagras och förmedlas på/hos berörda Mellanhänder har huvudsakligen laddats upp av användarna, dvs. av tredje part. Kommissionen pekar på att det är osäkert (a) om berörda Mellanhänder gör de skyddade alstren allmänt tillgängliga (genom överföring), dvs. om Mellanhändernas förfoganden är upphovsrättsligt relevanta, och (b) i så fall om Mellanhänderna har ansvarsfrihet enligt artikel 14 i e-handelsdirektivet. Kommissionen anser att EU-domstolen ännu inte har besvarat vare sig fråga (a) eller – som det också får förstås – fråga (b); nationell rättspraxis varierar med avseende på fråga (b). (Se IA s. 142 f.)

Å andra sidan tycks förslaget utgå från att Mellanhänderna de facto gör innehållet allmänt tillgängligt genom överföring. En sådan uppfattning stöds bl.a. genom uttalandet att *“[w]here information society service providers store and provide access to the public to copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users, **thereby** going beyond the mere provision of physical facilities and **performing an act of communication to the public**, they are obliged to conclude licensing agreements with rightholders, unless they are eligible for the liability exemption...”* (skäl 38 i ingressen SFIR:s emfas).

Ståndpunkten att Mellanhänderna förfogar över innehållet på ett sätt som är upphovsrättsligt relevant låter sig inte förenas med utgångspunkten att rättsläget är oklart. SFIR anser att kommissionens förstnämnda utgångspunkt är korrekt. Rättsläget är inte helt klart. EU-domstolens praxis indikerar som en förutsättning för en ”överföring till allmänheten” (artikel 3.1 i infocodirektivet) att Mellanhänderna ger en ny publik tillgång till det skyddade verket ”med full kännedom om följderna av sitt handlande”. Ett annat centralt kriterium är att de personer som utgör den nya publiken ”i princip inte skulle kunna få tillgång till det utsända verket utan [Mellanhändernas] åtgärd” (se avgörandena i mål C-117/15 (Reha Training) punkt 46 med hänvisning till tidigare praxis och mål C-160/15 (GS Media) punkt 35 med hänvisning till tidigare praxis). Det skulle kunna hävdas att den avsiktliga och nödvändiga åtgärden utförs av den person som laddar upp innehållet och inte av Mellanhänderna. Därmed skulle Mellanhändernas förfogande inte vara upphovsrättsligt relevant.

Den föreslagna direktivtexten kringgår oklarheten genom att ta sikte på Mellanhänder som *“provide to the public access to...”* (”ger allmänheten tillgång till”) stora mängder skyddat innehåll. Härigenom skapas ett nytt upphovsrättsligt relevant förfogande som inte finns i infocodirektivet. En sådan lagstiftningsteknik lämnar en del övrigt att önska, särskilt som förslaget inte avser att påverka befintliga rätter enligt infocodirektivet (se artikel 1 i förslaget). Sådan påverkan kan inte uteslutas om Mellanhändernas förfogande ska bedömas enligt ett helt nytt kriterium (*“provide public access”*).

Förslaget att berörda Mellanhänder ska åläggas att implementera och bekosta olika tekniker för identifiering/filtrering av skyddat innehåll skulle minska Mellanhändernas möjlighet att åberopa ansvarsfrihet enligt artikel 14.1 i e-handelsdirektivet. I praktiken syftar förslaget alltså till en (stor) *förändring* såvitt gäller Mellanhändernas ansvar. I motsats till vad kommissionen indikerar är förslaget inte ägnat att undanröja någon märkbar rättslig oklarhet såvitt

gäller frågan om ansvarsfrihet (jfr IA s. 143). Det råder exempelvis ingen tvekan om att ansvarsfrihet enligt e-handelsdirektivet inte kan nekas på grund av att en Mellanhand lagrar erbjudanden på sin server, fastställer villkoren för sin tjänst, uppbär betalning för denna och ger allmänna upplysningar till sina användare. Om Mellanhanden däremot har utövat en mer aktiv roll, som kan ge honom kännedom om eller kontroll över uppgifter som rör dessa erbjudanden, kan han inte åtnjuta ansvarsfrihet enligt e-handelsdirektivet. En Mellanhand åtnjuter ansvarsfrihet endast om han inte hade kännedom om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information och, beträffande skadeståndsanspråk, inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar och, så snart han har fått sådan kännedom eller blivit medveten om detta, handlat utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig. I sistnämnda avseende är det tillräckligt att Mellanhanden för att han *inte* ska få ansvarsfrihet, var medveten om sådana fakta eller omständigheter som borde ha föranlett en försiktig näringsidkare att inse att verksamheten var olaglig. Det sagda följer bl.a. av EU-domstolens avgörande i mål C-324/09 (L'Oréal m.fl. mot eBay m.fl.).

Det kan knappast påstås att de Mellanhänder som skulle efterleva skyldigheten att genomföra och bekosta olika tekniker för kontinuerlig identifiering/filtrering av skyddat innehåll, inte borde ha insikt om att visst innehåll tillgängliggörs utan tillstånd, dvs. att intrång förekommer från gång till annan. Aktuella tekniker syftar ju till att ge sådan kännedom. Därmed borde Mellanhänderna inte heller kunna åberopa ansvarsfrihet enligt e-handelsdirektivet enligt de kriterier EU-domstolen har uppställt. Kommissionens uttalande att *"the obligation to put in place content identification technologies would not take away the safe harbour provided that the conditions of Article 14 are fulfilled"* (IA s. 147) ska läsas mot den bakgrunden. I formell mening är uttalandet visserligen korrekt. I praktiken syftar förslaget till att göra det omöjligt, eller åtminstone mycket svårt, för Mellanhänderna att uppfylla förutsättningarna för ansvarsfrihet enligt artikel 14 i direktivet. Det är beklagligt att Kommissionen inte talar klartext på denna punkt. Det citerade uttalandet ger ett felaktigt intryck av att ansvarsfriheten knappast påverkas.

Eftersom det ännu är oklart om Mellanhändernas förfoganden typiskt sett är upphovsrättsligt relevanta, kan det inte utan vidare antas att förslaget kommer att få avsedda effekter. Ansvarsfrihetsreglerna i e-handelsdirektivet aktualiseras endast om det förekommer ett upphovsrättsligt relevant förfogande som skulle kunna utlösa ansvar.

Vidare tycks förslaget kunna stå i konflikt med artikel 15.1 i e-handelsdirektivet. Enligt artikel 15.1 får medlemsstaterna inte ålägga tjänsteleverantörerna en allmän skyldighet att i samband med tillhandahållandet av sådana tjänster som avses i artiklarna 12–14 i direktivet, övervaka den information som de överför eller lagrar. Tjänsteleverantörerna får inte heller åläggas någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet. Kommissionens nu föreslagna regler kan eventuellt strida mot förbudet i artikel 15.1, eftersom det kan anses innebära ett krav på aktiv kontroll av enskilt innehåll och en skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet. Sätillvida är förslaget betydligt strängare mot Mellanhänderna än den svenska BBS-lagen (1998:112). Förhållandet mellan BBS-lagen och e-handelsdirektivet analyserades när direktivet implementerades i Sverige (se prop. 2001/02:150 s. 100). Kommissionen borde ha

gjort en motsvarande analys av sitt eget förslag. Men det finns inget som tyder på att Kommissionen har beaktat artikel 15.1 i e-handelsdirektivet.

Den föreslagna skyldigheten gäller Mellanhänder som lagrar och ger allmän tillgång till stora mängder av verk och andra skyddade alster. Som påpekats ger kommissionen ingen närmare vägledning för tolkningen av begreppet ”stora mängder”. I en fotnot (IA s. 152) anförs att: *“Based on the current market situation ... it is estimated that the number of services affected would be those that have a high number of users (from several millions to over a billion) and daily uploads ranging from hundreds to millions of files. This category includes services which may differ significantly in terms of size: YouTube is clearly the biggest service but services such as Dailymotion, Vimeo, Pinterest are also likely to fall into this category.”* Således är YouTube förslaget huvudsakliga adressat. En tydligare riktningssnärning hade varit önskvärd. Vid vilken tidpunkt i ett företags utveckling måste tekniska åtgärder genomföras och följas upp? Kommissionens försäkran att kostnaderna för små och mellanstora företag *“should be reasonable as the obligation to use technologies is limited to those service providers giving access to large amounts of content”* (IA s. 153) förklarar inte hur begreppet “stora mängder” ska uppfattas. Men det är uppenbart att den tjänst som med tiden blir tillräckligt populär kommer att träffas av de föreslagna skyldigheterna. SFIR kan inte se hur ett sådant system bidrar till ”bred tillgång till innehållstjänster online ”utan gränser” för att ge människor ökad valfrihet och mer mångfald” (COM(2015) 626 final s. 4).

SFIR instämmer med den principiella ståndpunkten att rättshavare bör ges goda förutsättningar att kontrollera och förhindra otillåten användning av sitt innehåll på nätet via olika Mellanhänder. Däremot är det svårare att förstå hur föreslagna kontrollmekanismer skulle leda till *“a positive impact on cultural diversity”* (IA s. 153). Det är mer sannolikt att eventuella licensavtal som Mellanhänderna tvingas ingå med rättshavare skulle fokusera på det innehåll som är mest populärt hos den breda allmänheten och att annat innehåll tas bort.

Sammanfattningsvis avstyrker SFIR artikel 13 i förslaget. Varken relationen till eller förenligheten med infosocdirektivet och e-handelsdirektivet har utretts ordentligt. Förslaget tycks inte heller vara ägnat att uppfylla de syften som presenteras i kommissionens strategi för den digitala inre marknaden. (Jfr avsnitt 2.1 ovan.)

2.2.9 Artikel 15

Den svenska upphovsrättslagen innehåller för närvarande ingen särskild regel om jämkning och ändring av avtalsvillkor eller i övrigt någon s.k. bestsellerklausul. SFIR har i remissyttrande till Justitiedepartementet den 27 augusti 2010 avstyrkt det svenska förslag som lades fram i SOU 2010:24, nämligen att upphovsrättslagen ska föras med en hänvisning till 36 § avtalslagen. En viktig invändning är att ett och samma föremål kan omfattas av flera immaterialrätter samtidigt och att det inger betänkligheter att föra in särskilda avtalstolkningsprinciper i endast en immaterialrättslig lag. Kommissionens förslag skulle innebära en sådan olämplig särbehandling av upphovsrätten.

Kommissionen anger visserligen att bestämmelsen i artikel 15 ska tillämpas *“without prejudice to the law applicable to contracts in Member States”* (skäl 42 i ingressen). Men hur

en avtalsanpassningsmekanism ska kunna införas och tillämpas utan sådan inverkan förklaras inte. Regeln som syftar till justering av avtalsinnehåll är således obligationsrättslig. Förslaget är inte begränsat till uppenbara missförhållanden. Bestämmelsen tar inte heller någon hänsyn till om parterna vid avtalsslutet kunnat förutse intäkternas eller förtjänstens omfattning. Den enda faktor som tydligen ska beaktas vid bedömningen är om den avtalade ersättningen är ”oproportionerligt låg” med hänsyn till verkets framgång på marknaden. Någon helhetsbedömning likt den enligt 36 § avtalslagen verkar inte vara avsedd.

Föreningen vidhåller sin uppfattning att ett sådant långtgående ingrepp i parternas avtalsfrihet – och därtill endast på upphovsrättsområdet – inte är motiverat. Således avstyrker SFIR förslaget till artikel 15.

3. Förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om regler för utövandet av upphovsrätt och närstående rättigheter tillämpliga på vissa onlineöverföringar av radio- och TV-företag och vidare-sändning av TV- och radioprogram, COM(2016) 594 final

3.1 Allmänt

Förslaget syftar till regler för att underlätta klarering av gränsöverskridande upphovsrätt och närstående rättigheter i fråga om vissa typer av onlinesändningar och vidaresändningar av tv- och radioprogram över slutna nätverk.

Reglerna skulle innebära två principiella förändringar, nämligen

1. Tillämpning av ursprungslandsprincipen vid klarering av rätten till programföretags onlineöverföringar, närmare bestämt överföringar som är anknutna till programföretagens ursprungliga sändningar (främst s.k. simulcasting och catch-up services); och
2. Tillämpning av obligatorisk kollektiv förvaltning av rätten till vidaresändningstjänster som tillhandahålls genom slutna elektroniska kommunikationsnät.

SFIR anser att ett väl fungerande system för rättighetsklarering, inklusive kollektiv förvaltning av upphovsrätter när det är påkallat, har stor samhällelig betydelse. På den digitala inre marknaden har det också stor betydelse med ett harmoniserat eller unifierat ramverk för gränsöverskridande licensiering. Föreningen är därför huvudsakligen positiv till förslaget men noterar ändå följande:

3.2 Avtalsfrihet

Det är angeläget att rättshavarnas möjligheter att förfoga över sin egendom inte begränsas i vidare mån än vad som är nödvändigt och proportionerligt.

Den föreslagna tillämpningen av ursprungslandsprincipen är avsedd att förenkla programföretagens rättighetsklarering. Den är inte avsedd att påverka de avtalsslutande parternas

möjligheter att avtala om geografiska begränsningar för programföretagens användning. Således ska både programföretagen och deras licensgivare (rättshavare) även fortsättningsvis kunna tillämpa affärsmodeller som bygger på geografisk marknadssegmentering (se IA s. 34-34 samt förslaget på s. 3 och skäl 11 i ingressen). SFIR anser att en sådan fundamental rätt borde komma till än tydligare uttryck i en kommande förordning. Det gäller särskilt som förslaget till förordning om åtgärder mot omotiverad geoblockering (KOM (2016) 289 slutlig) gör undantag för ”tjänster vars huvudsakliga verksamhet är att tillhandahålla åtkomst till och användning av upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade produkter” (artikel 4.1 b). Undantaget överensstämmer med behovet att respektera parternas avtalsfrihet på området. Förenligheten med andra EU-rättsliga normer (såsom konkurrensrätten) ska inte närmare utvecklas här.

Den föreslagna tillämpningen av obligatorisk kollektiv förvaltning av vissa rätter till vidareändringstjänster har inspirerats av den liknande lösningen enligt direktivet om satellit- och kabelsändningar (direktiv 93/83/EEG). Men det här aktuella förslaget ger utomstående rättshavare (som inte företräds av den kollektiva organisationen) möjlighet att utesluta utsträckningen av ett kollektivt avtal till hans verk (”*opt out*”). Förslaget ger ingen sådan möjlighet, och föreningen ifrågasätter om ett sådant betydande ingrepp är förenligt med det så kallade trestegstestet enligt artikel 9.2 i Bernkonventionen och artikel 13 i TRIPS-avtalet. Likabehandlingsprincipen tillsammans med den ersättning som utomstående rättshavare kan få del av genom kollektiv licensiering kan sannolikt inte uppväga nackdelen av att helt berövas möjligheten att utöva sin grundläggande avtalsfrihet. Enligt SFIR bör det förhållandet analyseras närmare innan förslaget antas.

4. Förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om gränsöverskridande utbyte mellan unionen och tredje länder av särskilt anpassade exemplar av vissa verk och andra alster som skyddas av upphovsrätt och närstående rättigheter till förmån för personer som är blinda, synsvaga eller har annat läshandikapp, COM(2016) 595 final

Syftet med den föreslagna förordningen är att genomföra unionens skyldigheter enligt det s.k. Marrakechfördraget (2013) i syfte att underlätta tillgång till och gränsöverskridande utbyte av böcker och andra tryckta material i tillgängliga format i hela världen. Kommissionen har undertecknat fördraget för EU. SFIR delar kommissionens ståndpunkt att förslaget är ägnat att uppfylla den internationella skyldighet som följer av fördraget. En utvärdering i efterhand av EU-lagstiftningens förenlighet med Marrakechfördraget är inte påkallad i det nu aktuella sammanhanget.

Således tillstyrker SFIR förslaget.

5. Förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om viss tillåten användning av verk och andra alster som skyddas av upphovsrätt och närstående rättigheter till förmån för personer som är blinda,

synsvaga eller har annat läshandikapp och om ändring av direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, COM(2016) 596 final.

SFIR tillstyrker förslaget av principiellt samma skäl som just har angetts i avsnitt 4. Föreningen delar också kommissionens uppfattning att direktivformen är adekvat, eftersom förslaget delvis är ägnat att ändra vissa regler som tidigare har harmoniserats genom direktiv.

SFIR:s remissvar har författats av advokat Tobias Kempas. Advokat Dag Wetterberg har bistått med kommentarer. Svaret har kommunicerats till SFIR:s styrelse för synpunkter.

Stockholm den 21 oktober 2016

Marianne Levin
Prof. jur. dr, fil. dr *h.c.*
Ordförande SFIR

Erik Sandgren
Advokat
Sekreterare SFIR