



Rektor

LenaKim Arctaedius
Universitetsjurist
Rättssekretariatet

Remissvar: Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30)

Stockholms universitet har ombetts att yttra sig över Justitiedepartementets promemoria Ds 2021:30 (Upphovsrätten på den digitala marknaden) som avser genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG (DSM). Stockholms universitet vill med anledning härav ange följande:

1. Inledning

Stockholms universitet ställer sig i huvudsak positiv till de förslag som läggs fram av Justitiedepartementet angående genomförande av DSM. Ambitionen har varit att genomföra direktivet i den nationella lagstiftningen i nära anslutning till direktivtexten, något som svarar väl mot hur Kommissionen och EU-domstolen har kommit att tolka nationella genomföranden och principen om direktivkonform tolkning, där EU-domstolen har kommit att fästa allt större vikt vid direktivens ordalydelse.

Stockholms universitet noterar vidare att direktivet redan skulle ha varit genomfört i Sverige. Det antyder i sig att utrymmet för att få gehör för synpunkter av mer generella och övergripande slag torde vara relativt begränsat i detta skede. Det hindrar emellertid inte att Stockholms universitet dels lämnar några mer principiella synpunkter i fråga om den nationella lagstiftningen, dels lämnar ytterligare några mer specifika synpunkter, där Stockholms universitet har valt att fokusera närmast på upphovsrätten inom undervisning och forskning samt på ett övergripande verksamhetsperspektiv avseende författningsförslagets påverkan på lärosätets verksamhet.

2. Principiellt

Förslaget avser huvudsakligen ändringar med anledning av DSM i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Stockholms universitet vill inledningsvis erinra om det kvarstående och till synes tilltagande problem som är förknippat med URL:s struktur och komplexitet. Redan i samband med genomförandet av det så kallade *Infosoc-direktivet* (Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället) uttalade Lagrådet:

”Det är inte bara lagens svåröverskådlighet som reser invändningar. En allvarlig nackdel är också att åtskilliga av de bestämmelser som nu föreslås är i hög grad detaljerade och svårlästa.
...

Enligt Lagrådets mening hade det varit önskvärt att, i stället för att genomföra det lappverk som det nu är fråga om, göra en ordentlig redaktionell översyn av hela URL. I samband med en sådan översyn hade det funnits anledning att undersöka om inte åtminstone vissa enskilda bestämmelser skulle kunna förenklas.” (prop. 2004/05:110 s. 558)

Ett förslag till redaktionell översyn av upphovsrättslagen har sedermera presenterats av den så kallade Upphovsrättsutredningen i SOU 2011:32, vilken emellertid hittills inte har lett till några konkreta lagstiftningsresultat. I stället har lagstiftningsarbetet fortsatt inom ramen för den gällande lagen. Det nu gällande lagförslaget bygger således vidare på detta *lappverk* som ytterligare bidrar till upphovsrättslagstiftningens ogenomtränglighet, samtidigt som målsättningen ska vara att reglerna kan framstå som begripliga och tillämpbara för såväl rättighetshavare som för utnyttjare. En snar övergripande översyn av upphovsrättslagstiftningen är därför nödvändig. Stockholms universitet tillstyrker därmed Justitiedepartementets uppfattning att upphovsrättslagens regler om inskränkningar bör ses över (s. 57 och s. 72) men vill därmed tillägga att en generell översyn av hela URL bör ges en hög prioritet.

Under många år har lagstiftaren talat om värdet av att skapa en *teknikneutral* lagstiftning. En sådan målsättning kommer emellertid inte till närmare uttryck i det nu aktuella lagstiftningsarbetet, vilket i stället präglas av tekniska, samhällsliga och ekonomiska strukturer, som är under ständig utveckling och förändring. Om man närmare studerar DSM-direktivet, är det således ett problem att det syftar till att i detalj reglera marknadsförutsättningar och kommunikationsteknik för dagens aktörer och intressenter. Dessa förutsättningar kommer med stor sannolikhet att förändras på relativt kort sikt, med följd att den upphovsrättsliga regleringen enligt DSM-direktivet kommer att bli svårtillämplig. Med erfarenheterna från *Infosoc-direktivet*, kommer EU-domstolen sannolikt att tolka direktivets bestämmelser i detalj, ange nya autonoma begrepp och ange vägar för hur direktivets bestämmelser ska tolkas. Därför finns det enligt Stockholms universitets mening skäl att noga överväga på vilken detaljnivå som direktivet bör genomföras.

För att undvika tolkningsproblem, finns det naturligtvis fördelar med att genomföra den nationella lagen i så nära anslutning som möjligt till direktivtexten. En generell lydelse som ger utrymme för tolkning, bör emellertid kunna anses ha företräde framför en allt för detaljerad skrivning, som kan ge upphov till motsättningar mellan den nationella lagen och direktivtexten. Ytterst gäller principen om direktivkonform tolkning (jfr ovan).

En viktig utgångspunkt för överväganden om omfattningarna av inskränkningar i upphovsrätten är också den generella så kallade *trestepsregeln*, enligt vilken inskränkningar får tillämpas endast i vissa särskilda fall, som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket och inte oskäligt inkräktar på rättighetshavarnas legitima intressen. Vid överväganden om införande av en ny inskränkning, liksom i fråga om ändring av en redan existerande sådan och tolkningen av en inskränkings omfattning i det enskilda fallet måste bedömningens således göras mot bakgrund av denna regel (jfr promemorians s. 56 ff.)

3. Användning av verk vid undervisning

Enligt promemorian föreslås en ny inskränkning i 13 § URL med rubriken ”*Användning av verk vid undervisning*”:

Lärare och elever vid utbildningsanstalter får i illustrativt syfte återge verk i samband med undervisning. Vid undervisning på distans får verk återges endast i en säker elektronisk miljö.

Första stycket gäller inte om användning kan ske med stöd av ett avtal som avses i 42 a § och ett sådant avtal finns lätt tillgängligt på marknaden.

Avtalsvillkor som inskränker rätten att använda verk enligt denna paragraf är ogiltiga.

Stockholms universitet tillstyrker i huvudsak förslaget och särskilt att inskränkningen görs teknikneutral till att omfatta såväl verk i den analoga som i den digitala miljön.

I fråga om terminologin, kan emellertid noteras att bestämmelsen anger såväl ”lärare” som ”elever” och ”undervisningsanstalter”, något som kan komma att skapa definitions- och tillämpningsproblem i dag så väl som för framtiden. Om bestämmelsen ska kvarstå i enlighet med promemorians förslag, bör det således tydligt framgå vad som avses med ”lärare”, ”elever” och ”undervisningsanstalter”.

Enligt direktivets art. 5 och skäl 20 (jfr promemorian s. 68) ska bestämmelsen omfatta alla utbildningsanstalter som erkänns av en medlemsstat, inbegripet dem som är verksamma inom grundskole- och gymnasieutbildning, yrkesutbildning och högre utbildning, respektive anordnas eller erkänns av det allmänna. I högskolelagen (1992:1434) talas inte om elev utan om student eller doktorand (jfr 1 kap. 4 § högskoleförordningen (1993:100)) och i 2 § lagen (2009:128) om yrkeshögskolan

avses med studerande den som är antagen till och bedriver studier vid en utbildning som ingår i yrkeshögskolan.

Det kan också noteras att den föreslagna rubriken till bestämmelsen anger ”Användning av verk vid undervisning” medan det sedan i själva paragrafen anges såväl ”i samband med undervisning” som ”vid undervisning”. Frågan är om det föreligger någon skillnad – och i så fall vilken – mellan att ett verk utnyttjas ”vid”, ”i samband med” eller ”i” undervisning vilket borde kunna ändras generellt till ”i undervisning”.

Om man ser till hur inskränkningarna i 2 kap. URL är utformade, har de inte någon genomtänkt semantisk struktur, utan är snarare resultat av det inledningsvis ovan noterade ”lappverket”. Formuleringen av en inskränkning kan således ta utgångspunkt i *vem* som får förfoga över verket, i *vad* som får göras eller i vilket *syfte* en inskränkning får företa. Den föreslagna bestämmelsen tar utgångspunkt i *vem* som får företa en viss handling med ett verk, medan till exempel 14 § tar utgångspunkt i inskränkningens *syfte*.

Stockholms universitet anser att det inte är tydligt hur bestämmelsen om *distans* och *säker elektronisk miljö* ska tolkas i förhållande till undervisning som sker samtidigt både digitalt på distans och i fysisk lokal. Om det tolkas begränsande befarar vi att onödiga hinder för utbildningsanstalters undervisningsverksamhet införs.

Dessa problem skulle lätt kunna lösas genom en omformulering av förslagets 13 § 1 st. enligt följande:

”Verk får återges i undervisning i illustrativt syfte. Sker det på distans får verken i den delen återges endast i en säker elektronisk miljö.”

Stockholms universitet anser även att förslaget missar den fysiska rumsliga kontroll vari återgivandet kan ske, jfr direktivets art. 5 punkten 1 a:

a) äger rum under en utbildningsinstitutions ansvar i lokaler tillhörande denna eller på andra platser eller via en säker elektronisk miljö *som endast är åtkomligt* för utbildningsinstitutionens elever eller studenter och lärarkår, och

4. Text- och datautvinning

Promemorians förslag om inskränkningar för text- och datautvinning innebär ett genomförande av DSM i tre detaljerade nya paragrafer (15 a–c URL). Även här hade det funnits skäl att närmare överväga om inte bestämmelserna hade kunnat förenklas avsevärt. Syftet med bestämmelserna anges huvudsakligen i skälen 8–12 DSM.

Där anges bland annat att ny teknik möjliggör automatiserad datorstödd analys av informationen i digital form i syfte att få ny kunskap och upptäcka nya tendenser. I

vissa fall kan text- och datautvinning omfatta handlingar som skyddas av upphovsrätt. Om det inte finns något undantag eller någon inskränkning som kan tillämpas, krävs ett tillstånd från rättsinnehavarna. Eftersom forskning i allt högre grad utförs med hjälp av digital teknik, finns det risk för att unionens konkurrensposition på forskningsområdet blir lidande om inte åtgärder vidtas för att komma till rätta med osäkerheten om rättsläget när det gäller text- och datautvinning. Den bör åtgärdas genom ett obligatoriskt undantag för universitet och andra forskningsorganisationer samt för kulturarvsinstitutioner. Forskningsorganisationer i hela unionen omfattar ett brett spektrum av enheter vars främsta mål är att bedriva vetenskaplig forskning eller att göra det i kombination med att tillhandahålla utbildningstjänster. Termen vetenskaplig forskning bör omfatta såväl naturvetenskaplig som humanistisk forskning. Eftersom enheterna är av så olika slag, är det viktigt att ha en gemensam syn på forskningsorganisationer. De bör till exempel, förutom universitet och andra institutioner för högre utbildning och deras bibliotek, även omfatta enheter som forskningsinstitut och sjukhus som bedriver forskning. Trots olika juridiska former och strukturer har forskningsorganisationer i medlemsstaterna rent allmänt det gemensamt att de agerar antingen på icke vinstdrivande grund eller inom ramen för ett uppdrag i det allmännas intresse som erkänns av staten.

En fråga som har ställts över tid är varför upphovsrätten – till skillnad från patenträtten och mönsterskyddet – inte har något generellt *forskningsundantag*. Enligt 3 § 3 st. 3 patentlagen (1967:837) undantas från ensamrätten utnyttjanden av en uppfinning för *experiment* som avser själva uppfinningen. På motsvarande sätt undantas enligt 7 § 2 mönsterskyddslagen (1970:485) utnyttjanden som företas i *experimentsyfte*.

De föreslagna inskränkningarna i 15 a–c §§ URL hade således lika gärna – och hellre – kunnat formuleras mer generellt till att avse ”*användning av verk i experimentsyfte för att få tillgång till data*”. Detta skulle underlätta för en systematisk tillämpning av immaterialrätten, men bör samtidigt naturligtvis vägas mot den ovan berörda *tretestregeln*.

Med utgångspunkt i promemorians förslag vill Stockholms universitet peka på några definitions-, kategoriserings- och avgränsningsproblem, vilka avser särskilt definitioner som anges i förslagets 15 c §. Där definieras ”text- och datautvinning” som ”en automatiserad analysteknik som används för att analysera text och data i digital form i syfte att generera information.” Eftersom text typiskt sett är data, kan det till att börja med ifrågasättas om det alls är nödvändigt att tala om ”text- och datautvinning”. Internationellt talas också vanligen om ”data mining”, som ett generellt och övergripande fenomen. Definitionen i förslagets 15 c § skulle således göras mer generell och teknikneutral genom att stryka ”text- och”, ”automatiserad analys” samt ”i digital form”. Således:

”Med datautvinning avses i 15 a och 15 b §§ en teknik som används för att analysera data i syfte att generera information.”

Bestämmelsen enligt förslaget 15 b § tar sikte på ”forskningsorganisationer”, vilka i 15 c § sedan definieras som ”ett universitet med tillhörande bibliotek, en forskningsinstitution eller en annan enhet vars främsta mål är att bedriva vetenskaplig forskning eller utbildningsverksamhet som omfattar vetenskaplig forskning.” Detta kan skapa uppenbara tolknings- och gränsdragningsproblem. Delar av definitionen framstår som normativa, vilket i så fall medför att det åligger domstolen i en konfliktsituation att avgöra vad som är ”vetenskaplig forskning” eller ”vetenskaplig grund” eller en ”forskningsinstitution”, medan det i fråga om ”en annan enhet vars främsta mål är att bedriva vetenskaplig forskning eller utbildningsverksamhet som omfattar vetenskaplig forskning” synes vara subjektivt avgränsad till själva målsättningen. Dessutom framstår definitionen som oklar i dess konnotationer: Varför nämns universitet men inte högskolor? Vad avses med ”tillhörande bibliotek”?

I promemorian anges (s. 62) att såväl ordalydelsen som kretsen av berättigade användare och syftet med bestämmelsen talar för att inskränkningen är avsedd att gälla forskning på *vetenskaplig grund* och *inte allmänt sökande efter kunskap eller information*. Detta borde således vara den generella gränsdragningen för bestämmelsens tillämplighet. Dessutom diskriminerar den föreslagna definitionen dem som inte tillhör någon särskild forskningsorganisation. Sammanfattningsvis borde tillämpningen av bestämmelsen således underlättas av att inte var bunden av någon i lagen angiven definition av forskningsorganisation. Förslaget 15 b § första stycket skulle därmed kunna ges följande lydelse:

”Den som har lovlig tillgång till ett verk får använda det för datautvinning för forskningsändamål. Det gäller dock inte datorprogram.”

5. Upphovsmannens rätt till ersättning

Stockholms universitet befarar att förslaget kan få negativa konsekvenser för lärosätenas möjligheter att, utan annan särskild ersättning än lön, använda sig av undervisningsmaterial framställt av lärare vid lärosätet. En rätt som lärosätena kan göra anspråk på med stöd av den s.k tumreglen.

Direktivets art 18 punkten 1 tar sikte på skälig ersättning vid licensiering och överlåtelse för *kommersiell användning* och lyder

1. Medlemsstaterna ska säkerställa att när upphovsmän och utövande konstnärer *licensierar eller överlåter* sina rättigheter avseende utnyttjandet av deras verk eller andra alster, har de rätt till lämplig och proportionell ersättning.

Författningsförslaget § 29 reglerar, till skillnad mot ordalydelsen i artikel 18, rätten till skälig ersättning för upphovsmän i samband med överlåtelser till någon som avser utnyttja verket i *förvärvsverksamhet*. Det är därmed tydligt att det finns skillnader mellan direktivet och författningsförslaget vad gäller den närmare utformningen av



bestämmelsen. Detta är tveksamt både utifrån principen om direktivkonform tolkning som författningsförslagets möjliga konsekvenser för lärosätena. Begreppet förvärvsverksamhet i upphovsrättslagens mening omfattar nämligen både verksamhet som är finansierad av skattemedel och sådan som inte bedrivs i vinstsyfte. Utifrån Stockholms universitets perspektiv hade det varit att föredra att orden *kommersiell användning*, som återfinns i direktivet, hade använts istället för *förvärvsverksamhet*. Förslagets 29 § första stycket skulle därmed kunna ges följande lydelse:

29 § När en upphovsman eller utövande konstnär licensierar eller överlåter sina rättigheter avseende utnyttjandet till någon som avser att utnyttja rätten kommersiellt, har upphovsmannen rätt till skälig ersättning.

6. Parallellpublicering

Stockholms Universitet anser att det bör införas ett undantag för parallellpublicering av vetenskapliga artiklar i upphovsrättslagen för att främja en öppen tillgänglighet till forskningsresultat. Parallellpublicering innebär att en kopia av ett publicerat verk görs öppet tillgänglig i ett öppet arkiv ibland, om verket publicerats av ett förlag, med en viss fördröjning.

I den slutgiltiga handläggningen har professor Per Jonas Nordell, juridiska fakultetsnämnden, universitetsbiblioteket samt chefjurist Markos Stavroulakis ingått. Föredragande i ärendet har varit universitetsjurist LenaKim Arctaedijs, Rektors kansli.

Stockholms universitets yttrande har beslutats av rektor, professor Astrid Söderbergh Widding, i närvaro av universitetsdirektör Åsa Borin. Studeranderepresentanter har informerats och haft tillfälle att yttra sig. Övrig närvarande har varit Henrik Lindell Kennberg, Ledningssektariatet (protokollförare). Föredragande i ärendet har varit universitetsjurist LenaKim Arctaedijs.