



SVENSKT NÄRINGSLIV

Justitiedepartementet

L3

Anders Olin

103 33 Stockholm

2021-12-13

Vår referens/dnr:

2021-169

Er referens/dnr:

Ju2021/03517

Remissvar

Svenskt Näringslivs synpunkter på Ds 2021:30, Upphovsrätten på den digitala inre marknaden

Föreningen Svenskt Näringsliv har givits möjlighet att lämna synpunkter på Ds 2021:30, Upphovsrätten på den digitala inre marknaden, och vill framföra följande.

Svenskt Näringsliv är en organisation som har 60 000 medlemsföretag från alla typer av branscher. Det gör att Svenskt Näringsliv inte företräder en enskild branschs syn på de upphovsrättsliga frågorna utan har ett brett näringslivsperspektiv.

I arbetet med remissyttrandet har såväl flera medlemsorganisationer som flera medlemsföretag varit involverade.

Yttrandet avslutas med en sammanfattning där det tydliggörs vilka förslag som avstyrks respektive tillstyrks.

1. Upphovsrätten och näringslivets villkor

Nästan inga företag kan bortse från upphovsrätten. Upphovsrättsligt skyddade prestationer förekommer i form av ritningar, konsultrapporter, reklambroschyrer vid sidan av film, böcker och musik. Digitaliseringen är ytterligare en faktor bakom att allt fler företag behöver fundera på upphovsrätten och dess reglering. Detta inte minst för att digitaliseringen kräver upphovsrättsligt skyddad programvara.

I arbetet fram till den nu liggande utredningen har Svenskt Näringsliv vid ett flertal tillfällen betonat behovet av att betrakta upphovsrätten också från ett näringspolitiskt perspektiv. Vid en genomläsning av utredningen blir detta behov än mer tydligt. Den upphovsrättsliga lagstiftningen kan i högsta grad påverka förutsättningarna för investeringar och för digital innovation, något som borde belysts i utredningen.

Svenskt Näringsliv är mycket väl medvetet om att det utredningen har som uppdrag är att föreslå ett svenskt genomförande av ett EU-direktiv. Vid ett sådant genomförande är handlingsutrymmet för den nationelle lagstiftaren begränsat. Det är dock så, vilket kommer bli tydligt när det gäller de konkreta förslagen, att förslagen till stora delar saknar ett nödvändigt näringspolitiskt perspektiv.

Förslagets påverkan på de svenska företagens konkurrenskraft borde ha fått ett betydligt större utrymme. I den beskrivning som görs av förslagets ekonomiska och andra konsekvenser saknas en analys av hur företagens kostnader för till exempel ökad administration påverkas (utredningens kapitel 16). Det är också så att en fråga som Sverige borde driva är att harmonisera upphovsrätten inom EU. Den mångfald av direktiv som idag harmoniserat upphovsrätten fläckvis, med nationella lösningar däremellan, är ett problem. Hela EU:s konkurrenskraft påverkas negativt av 27 olika lösningar, trösklarna för att växa i EU utanför det egna landets gränser blir alltför höga.

Oavsett direktivets syfte och oavsett hur det svenska genomförandet till sist kommer att se ut så kommer direktivets och utredningens tal om "digital inre marknad" inte bli verklighet. Upphovsrättsligt skyddade prestationer kommer inte kunna flöda över gränserna inom unionen.

2. Några inledande kommentarer om grundprinciper

Vid en genomläsning av förslagen är det några punkter som hela tiden kommer tillbaka. I kommentarerna kommer dessa synpunkter lyftas i relation till de konkreta förslagen, men inledningsvis kan det vara värdefullt att beskriva den verklighet som ligger bakom kommentarerna.

Företagande handlar om att ta risker, men också om att kunna överblicka vilka riskerna är. Ett problem redan idag är tydligt är att det på upphovsrättens område många gånger har varit svårt att beräkna vad nödvändiga rättighetsförvärv kan komma att kosta. Näringsidkare som behöver använda upphovsrättigheter, varav många är små aktörer, har stora problem att kunna beräkna vilka investeringar som kan komma att ens bära sig.

Ett genomgående problem med förslagen är att företagens verklighet inte beaktas. Det är ofta svårt att veta vad som kan komma att ge vilka intäkter. I praktiken innebär det att intäkter från framgångar täcker kostnader för det som inte lyckats lika bra. Förslag som bygger på att upphovsmän som står bakom framgångarna ska ha ut mer kan innebära att det investeras i färre projekt.

Ett näraliggande perspektiv som saknas i utredningens förslag är frågan om vad det är som gör att vissa verk blir framgångsrika och andra inte blir det. Ett verks framgång är inte beroende av bara upphovspersonens insatser. Världens bästa roman som bara ligger i en skrivbordslåda blir ingen ekonomisk succé. En ekonomisk succé bygger ofta på till exempel insatser gjorda av förlag eller producenter. Förslagets utformning visar på en bristande förståelse för detta i en betydligt högre grad än det underliggande direktivet gör.

En grundläggande frihet i vårt ekonomiska system är avtalsfriheten. Avtalsparterna har autonomi att själva styra över vem de vill ingå avtal med och på vilka villkor. Det ska vara

höga trösklar för att gå längre än absolut nödvändigt vid inskränkandet av avtalsfriheten. Förslagen går även i detta hänseende längre än vad direktivet faktiskt kräver.

En hörnsten i Sverige är det som kallas för den svenska modellen. Det innebär att arbetsmarknadens parter förhandlar fram avtal. Modellen gör att avtalen får anses vara balanserade mellan olika intressen och inte minst anpassade till olika branschers villkor. En del av de problem som direktivet lyfter är sådant som i Sverige har hanterats genom framförhandlade avtal. Förslagen undergräver den svenska modellen på ett sätt som direktivet faktiskt inte kräver.

Den tekniska utvecklingen går mycket fort. Den användning vi har idag av upphovsrättsligt skyddade prestationer motsvarar inte det som gjordes för ens fem år sedan. All lagstiftning bör sträva efter att vara så teknikneutral som möjligt. Till teknikneutralitet hör inte bara om lagstiftningen hänvisar till användningen av en viss teknik. Hit hör också att lagstiftningen bör kunna anpassas efter hur ny teknik kan påverka hur verk används och hur verk betraktas.

Flera av skälen till direktivet talar om innovation (skäl 2, 5, 8 och 18). Innovationsperspektivet saknas till stora delar i utredningens förslag. Direktivets skäl ska inte in i lagtext, men det borde kunna synas tydligare i själva förslagen att möjligheter till innovation är en del av syftet bakom direktivet. Såsom påpekats ovan borde förutsättningarna för digitala innovationer beaktats. När så inte skett kan svensk innovationskraft komma att undermineras.

En fråga som är svår att hantera, men som knappt berörs i förslagen är det som kan kallas för "verksneutralitet". Olika upphovsmäns prestationer hanteras på väldigt olika sätt i upphovsrättsliga avtal. En del av dessa skillnader är i högsta grad motiverade och är till exempel grunden för de branschpassade kollektivavtalen. En del skillnader är mer svårmotiverade. Utredningen är helt tyst kring de svåra avvägningarna mellan att alla upphovspersoner bör hanteras på likartat sätt och att avtal behöver kunna vara anpassade för olika branschers villkor.

Upphovsrätten är ett av de rättsområden som är allra svårast att överblicka. Det nu liggande förslaget gör det inte lättare. Ett nästan genomgående problem med de förslag som läggs är att andra skrivningar valts än de som finns i direktivet, vilket i många fall innebär en överimplementering. Detta är mycket olyckligt. Det är nästan i alla situationer bättre att välja att lägga sig så nära direktivets formuleringar som möjligt.

Svenskt Näringsliv kommer i det följande lämna kommentarer om de olika förslagen i följande ordning:

- Nya regler för upphovsrättsliga avtal
- Nya inskränkningar i upphovsrätten
- Ny närstående rättigheter
- Avtalslicens
- Plattformsansvar

3. Nya regler för upphovsrättsliga avtal

De upphovsrättsliga avtalens betydelse

Nästan inga av Svenskt Näringslivs 60 000 medlemsföretag kan undvika att behöva fundera över de upphovsrättsliga avtalen. Upphovsrättsligt skyddade prestationer skapas inom nästan alla typer av företag och upphovsrättsligt skyddade prestationer behöver användas i nästan alla typer av företag. Avtalsmöjligheterna påverkar därför företagets villkor. Precis som det står i bland annat skäl 2 kan upphovsrättens villkor påverka innovation, kreativitet, investeringar och produktion av nytt innehåll.

En komplexitet som följer redan av direktivets utformning är den bristande harmoniseringen på området. Vad som lämnas till avtalsparter, det vill säga hur stort handlingsutrymme avtalsparterna har, varierar mellan olika länder. I en värld när nästan alla typer av företag är inbegripna i globala värdekedjor blir detta något som i hög grad kan innebära hinder. Det kan vara värt att påminna om att till exempel bristande immaterialrättsskydd betraktas som handelshinder. Alltför krångliga regler kring avtalen torde behöva betraktas på samma sätt.

Svenskt Näringsliv har full förståelse för den svåra situation som funnits vid arbetet med att ta fram ett nationellt genomförande. I utredningen påpekas (s. 180) att direktivet ger så lite fingervisningar att det nästan inte ens går att tala om minimiharmonisering.

När Svenskt Näringsliv gavs tillfälle att lämna underlag vid arbetet med förslagen påpekades några saker särskilt med koppling till avtalsreglerna i direktivet Svenskt Näringsliv vill framhålla några av dessa saker även nu.

En sak att framhålla att immaterialrättsfrågorna som del i EU:s industristrategi. I mars 2020 när strategin lanserades betonades att en handlingsplan för immaterialrätt var en central del. I handlingsplanen betonas inte minst behovet av en fungerande inre marknad. De särskilda behoven för de små och medelstora företagen betonas också.

Svenskt Näringsliv har påpekat tidigare, men tycker det är värt att påpeka igen, att genomförandet av det nu aktuella direktivet i Sverige bör fokusera på att få en fungerande inre marknad även för sådant som omfattas av upphovsrättsligt skydd. Genomförandet av det nu aktuella direktivet i Sverige bör ligga i linje med övriga länders, utan vare sig "gold plating" eller medvetet nationella lösningar. Flera av förslagen brister i detta hänseende.

Formerna för genomförandet

Upphovsrättsliga avtal träffas på en mängd olika områden. Vid en genomläsning av utredningen tycks det som att mångfalden av upphovsrättsliga avtal inte har beaktats. Det tycks som att förslagen främst beaktat situationen i vissa branscher. Eftersom reglerna som föreslås i exempelvis förslagen till 29 § och 29 a § kommer att träffa alla typer av företag hade det varit bra om detta beaktats vid konstruktionen av reglerna.

Vid en genomläsning av de föreslagna reglerna i främst 29 § och 29 a § är upplevelsen att de nationella möjligheterna till svängrum har utnyttjats, vilket inte minst inneburit en överimplementering. Detta är mycket olyckligt av många skäl.

Ett skäl är det som lyfts ovan om att företag som verkar på flera marknader och/eller är del av värdekedjor som sträcker sig över flera länder vore betjänta av mer enhetliga regler på den inre marknaden.

Ett annat skäl är att direktivet utgör unionsrätt. Ett genomförande som ligger för långt från direktivtexten får konsekvenser. Det är exempelvis så att skrivningar i direktivet kan komma att behöva uttolkas av EU-domstolen. Ligger den svenska lagtexten nära direktivtexten blir den typen av domar lättare att använda som rättskälla i Sverige än om den svenska lagtexten innehåller alltför många nationella lösningar.

Begränsning i ansvaret

Avtalsreglerna i direktivet är omfattande, men precis som påpekas ger direktivtexten inte tillräcklig vägledning för att kunna tillämpas praktiskt. En fråga som Svenskt Näringsliv uttryckt farhågor om i arbetet med förslagen har fått ett bra förtydligande i förslagen.

Precis som påpekas i utredningen (s. 182) avser ofta uttrycket "*upphovsman*" såväl upphovsmannen själv som den som förvärvat rättigheten. En sådan tolkning skulle få förödande konsekvenser vid tolkning av det aktuella direktivet.

Den tydliga begränsningen till att avtalsskrivningarna som föreslås ska gälla enbart när det är upphovsmannen själv som ingår avtalet är mycket bra. Svenskt Näringsliv välkomnar denna tydlighet, vilket också gör att företag som inte själva förvärvar direkt från upphovsmän inte behöver relatera till de föreslagna reglerna.

Avtalets innehåll

En fråga som är otydlig i de svenska förslagen är avtalens konkreta innehåll. I direktivet används uttrycket "*licensierar eller överlåter*" (se till exempel artikel 18). I förslaget till 29 § står "*överlåter*". I beskrivningen av reglerna anges att de nya bestämmelserna gäller "*både fullständiga och delvisa överlåtelser av upphovsrätt*" (se s. 183).

Det är viktigt att de som ska tillämpa reglerna får så tydliga skrivningar som möjligt. Den väg som valts är ett exempel på när det svenska genomförandet har valt att gå en annan väg än att lägga sig nära texten i direktivet. Svenskt Näringsliv kan inte se att något har vunnits genom detta val. Ordvalen som finns i artikel 18 bör vara de som återfinns i den svenska lagtexten.

Grund för tvister

Avtalsparter som går in i en avtalsrelation torde normalt sträva efter att samtliga parter ska förstå avtalet och också vara nöjda med att avtalet är balanserat. Utformningen av regler som styr hur parterna an avtala måste kunna bidra till detta.

De regler som föreslås i 29 § samt 29 a-e §§ är dock snarare utformade på ett sätt som kan leda till tvister. Parter kan gå in i avtal med de bästa intentioner men sedan hamna i lägen där otydligt utformade regler vid genomförandet kan utnyttjas för att ta motparten till domstol.

Detta drabbar särskilt företag som för sin verksamhet måste förvärva rätten att använda verk som andra har skapat. De nämnda reglerna är otydligt formulerade. De ger samtidigt upphovsmannen goda möjligheter att i efterhand tvinga igenom förändringar i ingångna avtal.

Vid sin sida har många upphovsmän starka organisationer som redan tidigare visat att de är processbenägna. Detta kan särskilt drabba små och mindre företag som kan riskera att hamna i domstol främst på grund av otydligt utformade lagregler. För dessa företag innebär detta att de drabbas av kostnader.

Ett exempel på en otydlighet kan leda till problem är utformningen av rätten till "ytterligare skälig ersättning" i förslaget till 29 § st 2. Redan den formuleringen är ganska långt ifrån det som står i artikel 20. I beskrivningen av avtalsanpassningsmekanismen lyfts problemen kring för vilken tidsperiod detta kan gälla (se s. 199). Där står till exempel: "*Det som nu sagts talar alltså för att avtalsanpassningsmekanismen avser att ge upphovsmannen en möjlighet att för återstående avtalstid få till en prövning av ersättningsfrågan utifrån samma utgångspunkter som om det var fråga om ett nytt avtal.*" En fråga blir då hur "återstående avtalstid" ska tolkas om det är fråga om avtal med engångsbelopp eller där någon skänkt bort rätten till sitt verk. Kommer företag kunna lita på de upphovsrättsliga avtal de ingår?

Rättsosäkerheten är problematisk

Rättsosäkerhet, som kan bidra till tvister, är olycklig. Det finns dock i de förslag som gäller avtalen sådant som är än mer bekymmersamt. Detta gäller den retroaktiva tillämpning av reglerna som föreslås (se s. 201).

Retroaktiv verkan av rättsregler bör i allra högsta utsträckning undvikas. Parterna i avtalen har vid en retroaktiv verkan av de nu föreslagna reglerna inte ens givits möjlighet att utforma avtalen i enlighet med de föreslagna reglerna men ska ändå drabbas av dem. Den småföretagare som försökt att göra allt rätt, kanske till och med lagt pengar på dyra advokatkostnader, kan alltså ändå drabbas av att avtalen rivs upp på grund av dessa nya regler.

Det konstateras på annat ställe att direktivet inte kräver denna typ av retroaktivitet (s. 186). Förslaget bör inte genomföras.

Den tidsgräns som satts till 10 år verkar dessutom vara helt gripen ur luften. Det finns ingen anledning att sätta en gräns till 10 år, särskilt inte med hänvisning till hur upphovsrättsmarknaden ändrats. Vissa delar av upphovsrättsmarknaden har inte ändrats alls de senaste 10 åren, såsom rätten att använda konsultrapporter. Andra delar av upphovsrättsmarknaden har ändrats fundamentalt de senaste 5 åren, vilket gör att ens 10 år är som en helt annan verklighet. Hit hör till exempel användningen av TikTok (släpptes 2016), som till och med förändrat bokmarknaden.¹

¹ Ett exempel på detta är användandet av #BookTok. Den amerikanska bokhandelskedjan Barnes&Noble kopplar marknadsföringen av böcker till boktips från TikTok. https://www.barnesandnoble.com/b/booktok/_/N-2vdm Svenska Akademibokhandeln har också sett att ungdomars användning av TikTok påverkar deras läsvanor. <https://news.cision.com/se/akademibokhandeln/r/fler-unga-besoker-akademibokhandeln-efter-virala-boktips-pa-tiktok,c3404170>

Risken för företagens företagshemligheter

I direktivet om företagshemligheter (2016/943) betonas tydligt hur viktiga företagshemligheter är i dagens samhälle. Innovationer och företagande är alltmer komplext och företagshemligheter blir inte minst kittet som binder ihop olika delar av företagets strategier. Skyddet för företagshemligheter, som stärktes genom direktivet, är därför viktigt.

När nu en regel om rätt till information införs i 29 a och b § vore det bästa från företagsperspektiv om företagshemligheter inte behövde lämnas ut. Svenskt Näringsliv har även i andra sammanhang uttryckt oro för vad som händer om företagshemligheter behöver lämnas ut.²

Konstruktionen i förslaget i till 29 c § som fastställer ett ansvar enligt 6 § lagen om företagshemligheter för vad som händer med företagshemligheterna är bättre än ingenting. Det grundläggande kravet för att information ska vara att betrakta som företagshemligheter är att informationen finns hos en sluten och begränsad krets. För de verksamheter som har många upphovsrättsliga avtal och som därmed behöver dela med sig av omfattande information om sin verksamhet kan efter ett par år komma att ifrågasättas om informationen om exempelvis avtalsstrukturer med kunder verkligen finns hos en sluten och begränsad krets. Reglernas konstruktion riskerar helt enkelt att underminera skyddet för företagshemligheter för en stor mängd företag.

Konstruktionen som valts i förslaget är en form av gold plating av de regler som ligger i artikel 19. Direktivtexten i artikel 19.3 innehåller en ventil som ger en möjlighet att öppna för transparens och samtidigt bevara företagshemligheter.

En lösning för detta är att det i 29 a § utvidga begränsningen i skyldigheten att lämna information till det som rimligen kan krävas. I den föreslagna utformningen står att begränsningen kan åberopas om det skulle innebära en oproportionerlig administrativ börda. Detta kan kompletteras med en skrivning om att det skulle "*medföra påtaglig risk för konkurrensskada*". Det skulle kunna vara en ventil för att skydda viktiga företagshemligheter.

Skyldighet att lämna information

Den skyldighet att lämna information som föreslås införd i 29 a § kommer för många typer av verksamheter att innebära problem. En del av dessa problem hänför sig till artikel 19 som sådan, men en hel del är faktiskt hänförliga till förslaget på genomförande i svensk rätt.

Det är flera skrivningar i förslaget till 29 a § som ligger ganska långt från formuleringarna i direktivet. Såsom påpekats tidigare är det olyckligt när andra formuleringar än de i direktivet väljs. När avvikelser har gjorts innebär det i det här fallet inte en förbättring eller förtydligande utan snarare tvärtom.

² Se till exempel prop. 2020/21:51, s. 81 med referens till Svenskt Näringslivs remissyttrande om förslag till ändringar i konkurrenslagen.

En sådan fråga är vilka som träffas av skyldigheten att rapportera. Såsom den föreslagna regeln är utformad träffas allt där det antingen funnits en intäkt eller att upphovsmannens ersättning är beroende av i vilken omfattning verket utnyttjas.

Regeln om transparens ska alltså användas när arkitekter ritat prefabricerade hus, en företeelse som är ganska omfattande i Sverige.³ Regeln ska också tillämpas när konsulter skriver en rapport inom ramen för ett uppdrag. Listan kan göras hur lång som helst. När företag anlitar en reklambyrå för att ta fram ett presentationsmaterial, pedagoger som tar fram ett utbildningsmaterial för ett studieförbund, en formgivare som utformar en förpackning åt ett företag och så vidare.

I direktivets artikel 19 finns ventiler, mer om detta nedan. En ventil som dock saknas i förslaget till 29 a § är den tydliga möjlighet som finns att *"med hänsyn till de särskilda förhållande i varje sektor"* anpassa kraven. Såsom påpekat kan nästan inga företag undvika att träffa upphovsrättsliga avtal. Att införa den här typen av krav tvärs över hela näringslivet blir på många sätt orimligt.

Ovan beskrevs att det många gånger är eftersträvansvärt att använda samma regler och principer för olika typer av verk. Här är dock ett tydligt exempel där detta inte fungerar utan att anpassning behöver ske till olika verkligheter. De ventiler som har tagits in kan inte betraktas som tillräckliga för att undvika att stora delar av näringslivet drabbas av betungande krav.

En av de ventiler som har tagits in är kopplingen till att kravet att lämna information skulle innebära en oproportionerligt stor börda. I beskrivningen av hur detta ska tolkas står: *"Bestämmelsen är i första hand tillämplig i situationer där kostnaden för rapporteringen överstiger intäkterna som verket genererar eller endast lämnar en liten differens"* (s. 258). Detta är en enormt hög tröskel vilket torde få till konsekvens att många företag som idag inte har den här typen av rutiner måste utveckla dem. Det är dessutom svårt att tolka var gränsen går för skyldigheten.

Att koppla när något är en oproportionerligt stor börda till intäkterna är också i sig olyckligt. Det är en sak att informationen som lämnas handlar om intäkter. De företag som sett till att verken genererar intäkterna torde ha haft kostnader för detta. Det torde vara att betraktas som en oproportionerligt stor börda även långt innan all vinstmarginal äts upp. Kopplingen för bedömningen borde vara vinsten, inte intäkten.

En annan ventil är att rapporteringsskyldighet inte finns om upphovsmannens bidrag inte är betydande. Även här är det svårt för att tolka vad detta innebär för enskilda företag. Inte minst eftersom det beskrivs så här i utredningen: *"Enbart det förhållandet att det i ett verk ingår bidrag från många upphovsmän torde inte vara tillräckligt för att vart och ett av bidragen ska anses vara obetydligt"*.

Till detta kommer att även om företaget gjort bedömningen att de inte har rapporteringsskyldighet kan upphovsmän begära att informationen ska lämnas. Många av de verksamheter som kan komma att träffas av detta har idag inga som helst uppbyggda strukturer för att hantera sådan information. Det gör att en viktig fråga är vad som händer om verksamheten helt enkelt inte kan göra rapporteringen.

³ Se till exempel denna sammanställning av företag som erbjuder detta.
<https://www.byggahus.se/hustillverkare/lista/prefab>

I texten i direktivet står ordet "relevant" med. Åtminstone detta borde komma in i den svenska lagtexten också.

Rätten till skälig ersättning

I artikel 18 beskrivs det som ska genomföras i medlemsstaterna som att upphovsmän och utövande konstnärer som licensierar eller överlåter sina rättigheter har rätt till lämplig och proportionell ersättning. Detta har i förslaget till 29 § blivit till en rätt till skälig ersättning vid överlåtelse. Återigen vill Svenskt Näringsliv betona vikten av att lägga sig nära direktivet när det gäller de konkreta formuleringarna.

Rätten till skälig ersättning är dock inte ny för immaterialrätten. I lagen om arbetstagares uppfinningar (1949:345) finns i 6 § en indispositiv regel om rätten till skälig ersättning. Regeln ser ut så här:

"Inträder arbetsgivare, enligt denna lag eller eljest, helt eller delvis såsom arbetstagarens rättsinnehavare med avseende å en av denne gjord uppfinning, skall arbetstagaren vara berättigad till skälig ersättning; och skall vad nu sagts gälla ändå att annat må hava avtalats före uppfinningens tillkomst.

Vid ersättningens bestämmande skall särskild hänsyn tagas till uppfinningens värde och omfattningen av den rätt till uppfinningen som arbetsgivaren övertagit ävensom till den betydelse anställningen må hava haft för tillkomsten av uppfinningen. Föreligger sådant fall som sägs i 3 § första stycket skall, utöver skälig gottgörelse för de kostnader arbetstagaren kan hava fått vidkännas för uppfinningen, ersättning utgå allenast i den mån värdet av den rätt till uppfinningen som arbetsgivaren övertagit överstiger vad som med hänsyn till arbetstagarens lön och övriga förmåner i tjänsten rimligen kunnat förutsättas."

I år har ett mål kommit när bedömningen gjort som en arbetstagare har rätt till mer ersättning. Domstolen konstaterade att bolaget i det här fallet hade rätt att ta över personens uppfinning enligt de krav som ställs upp i lagen. Det konstaterades också att personen fått ersättning i form av lön och andra förmåner. Enligt domstolen var den ersättning som utgått skälig i det här fallet (PMT 5180-20).

Formuleringarna i den lagen är ålderdomliga, men konstruktionen är på många sätt tydligare än förslaget till 29 §. Såsom regeln är formulerad i förslaget lämnas inte samma utrymme till att ta hänsyn till helheten av situationen.

Alla avtal har många balanspunkter. Ersättning för upphovsrätten är inte den enda frågan. Arbetstid, ersättning för nedlagt arbete, företagets investeringar och åtaganden för marknadsföring med mera är sådant som byggs ihop till avtal. Många upphovsrättsliga avtal finns också i komplexa nät eller träd av en stor mängd avtal, där alla avtal sammantaget måste vägas samman.

Den verklighetsbeskrivningen saknas till stora delar i förslaget, detta trots att lagen på patenträttens område innehåller sådana skrivningar.

Det är ju också så att uttrycket "skälig ersättning" inte är det som används i direktivets artikel 18, vilket påpekades ovan. Där används istället "lämplig och proportionell". Det är möjligt att

det funnits en tanke med att använda samma uttryck som i lagen om arbetstagares uppfinningar, men det hade i så fall behövts att göra samma tillägg som i den lagen kring bedömningarna.

Generellt kan sägas att det är viktigt att det svenska genomförandet ligger nära direktivet, inte minst för att det annars kan uppfattas som att direktivet inte är korrekt implementerat i svensk rätt.

I beskrivningen av hur regeln ska tolkas framgår att nästan alla typer av avtal kan lysas igenom (se s. 252-253). Det spelar alltså i princip ingen roll i vilken mån avtalens nivåer sats i framförhandlade avtal eller ligger i linje med branschpraxis. Det som görs är helt enkelt ett undergrävande av den svenska modellen, se vidare nedan.

Näringsidkarperspektivet har inte getts något större utrymme i utformningen av regeln. I beskrivningen av regeln står (s.253): *"När det gäller det faktiska och potentiella ekonomiska värdet bör, i vart fall när rättigheterna överläts för att användas kommersiellt, inkomspotentialen som är knuten till rättigheterna vara central för bedömningen av vad som utgör en skälig ersättning."*

Ett verks inkomspotential är sällan kopplat enbart till upphovsmannens insatser. När en pedagog tar fram ett utbildningsmaterial för ett studieförbund är ofta studieförbundets insatser kring att ta fram kurser, boka lokaler, marknadsföra och så vidare helt avgörande för om det överhuvudtaget blir en intäkt. En fantastisk bok som ligger i en byrålåda har ingen som helst inkomspotential om inte förlaget för sina insatser och har sina distributionsavtal på plats. Detta behöver vägas in för att se om ersättningen ska justeras för att den är oproportionerligt låg, såsom konstruktionen är i förslag till 29 § st 2.

Till detta kommer vad som tycks vara en bristande förståelse för hur företag måste agera. Företag kan inte räkna med att varje insats leder till ekonomiska framgångar. Det investeras inte i projekt i onödan, men det går inte att utgå från att alla investeringar kommer att leda till något som kanske ens kommer att bära sina egna kostnader.

Framgångar får ofta bära ekonomiska kostnader för misslyckanden och inte minst för kommande misslyckanden. Detta gäller kanske allra särskilt för innovativa verksamheter. Detta är ett exempel på att det innovationsperspektiv som lyfts i direktivet inte har fått genomsyra förslaget till svenskt genomförande.

Det kan i sammanhanget också vara värt att lyfta att alla immaterialrättigheter inte alltid betingar höga ersättningar. Patent- och marknadsöverdomstolen avgjorde nyligen en fråga om material som lagts upp på en blogg. Det konstaterades att upphovsrättsintrång hade begåtts och att skadestånd därför skulle betalas. Skadeståndet sattes till 100 kronor (PMFT 4168-20).

Effekten av kollektivt förhandlade avtal

Det finns branscher som har lång tradition av att kollektivt förhandla upphovsrättsliga ersättningar. Detta görs inom ramen för arbetsrättsliga kollektivavtal men också i form av ramavtal med mera. Nivåerna på ersättningarna i avtalen sätts genom att parterna kommer överens.

Förslaget som det ligger till 29 § tycks innebära att även kollektivt förhandlade avtal ska kunna rivas upp och ersättningen bedömas som oproportionerligt låg. Detta innebär i sig en utmaning av den svenska modellen, där arbetsmarknadens parter når överenskommelser.

Det kan inte vara departementets mening att ta bort incitament till att träffa kollektivavtal som även träffar de upphovsrättsliga delarna av ett anställningsförhållande. Det kan inte heller vara departementets mening att skjuta förhandlingar från branschöverenskommelser till enskilda överenskommelser. Kan även branschöverenskommelser komma att klassas som oproportionerligt låga finns inte samma incitament att teckna sådana överenskommelser.

Rätten till ytterligare skälig ersättning

Förslaget till 29 § st 2 innebär en möjlighet att se över ingångna avtal, vilket tar sin avstamp i artikel 20.

Svenskt Näringsliv har tidigare framfört att möjligheter till justering av oskäligt låga ersättningar redan finns i svensk rätt i och med 36 § avtalslagen. Att skapa särskilda regler just inom upphovsrätten som en avtalsanpassningsmekanism är onödigt. För att kunna ha en långtgående avtalsfrihet krävs också avtalsanpassningsmekanismer när avtalen inte är lämpligt utformade. 36 § avtalslagen uppfyller de krav som ställs på en sådan mekanism i artikel 20.

De uppgifter vi fått är också att flera länder, såsom Finland, i sitt genomförande konstaterat att det i rättsordningen redan finns tillräckliga avtalsjusteringsmekanismer varför ett särskilt genomförande inte behöver göras.

Rätten att häva

Genom direktivets artikel 22 ges en möjlighet att häva avtal om verket inte utnyttjas. I direktivtexten finns en skrivning om att medlemsstaterna får utforma reglerna med hänsyn till särdragen i de olika sektorerna och för olika typer av verk och framförande. Den typen av ventil saknas till stora delar i förslagen till 29 d och e §§.

Den första anmärkning som kan göras är en som gjorts tidigare. I förslaget till svenska skrivningar står "*överlåtelse*" medan det i direktivet står "*licensierat eller överlåtit*". Det vore även här bra om texten låg i linje med direktivet.

Utformningen av reglerna innebär en öppning till svåra tolkningar vilka också kan bli processdrivande. Detta gäller formuleringarna om när upphovsmannen kan driva igenom en hävning av avtalet.

Konstruktionen om att ha först en skrivning där rätten till hävning träder in om inte förvärvaren inom "*rimlig tid*" använder verket och sen säger att efter upphovsmannens påpekande har sex månader på sig att börja använda verket är för många branscher helt orimlig.

Uttrycket "rimlig tid" har valts för att markera att anpassning kan ske till förutsättningarna i den aktuella branschen vid aktuell tidpunkt. Avtalsparternas ömsesidiga förståelse av dessa förutsättningar kan dock brista, vilket kan komma att bli en grogrund för tvister. Detta inte minst på grund av den snabba konvergensen som sker mellan olika branscher för närvarande.

Till detta kommer den mycket snäva tidsramen för att vidta rättelse, vilken är satt till sex månader. Många upphovsrättsligt skyddade verk är del av komplexa innovationer och komplexa avtalsrelationer. I dessa fall kan det vara helt orimligt att vidta rättelse inom sex månader.

Till viss del har detta försökt uppvägas av förslaget till regel i 29 e § som innebär att om verket innehåller bidrag från fler än en upphovsman kan hävning bara komma ifråga om upphovsmännen gör detta gemensamt. Detta är viktigt för många komplexa verk.

Som påpekats ovan kan dock verket kanske sig bara ha en enda upphovsman men ingå i en komplex innovation och/eller en komplex avtalsrelation. Det skulle behövas en motsvarande säkerhetsventil för att nå dessa situationer.

4. Nya inskränkningar i upphovsrätten

Konstruktionerna

När arbetet inleddes till det som kom att bli det nu aktuella direktivet var en av nyckelfrågorna att harmonisera de upphovsrättsliga inskränkningarna. En hel del av upphovsrättens grundförutsättningar samt vad som omfattas av det upphovsrättsliga skyddet är harmoniserat såväl genom direktiv som genom rättspraxis från EU-domstolen. Det nationella handlingsutrymmet för inskränkningar har dock varit så omfattande i medlemsstaterna att harmoniseringen inte fått önskad effekt. Av det ambitiösa projektet att harmonisera inskränkningarna blev inte mycket kvar.

En konstruktion i det svenska förslaget som väcker frågor är konstruktionen att först ge en inskränkning och sen säga att denna inskränkning inte gäller om det finns en avtalslicens. Denna konstruktion har valts i förslaget till 13 § om användning av verk vid undervisning. Svenskt Näringsliv anmärker framförallt på konstruktionen. Antingen ska det vara en inskränkning eller så ska det inte vara det.

En annan konstruktion Svenskt Näringsliv vill anmärka på är kopplad till genomförandet av artikel 17. I artikel 17.4 påtalas att plattformsansvaret inte ska förta rätten att till exempel göra citat. Förslaget om att genomföra just dessa inskränkningar i 52 p § innebär en konstruktion som i praktiken innebär att det i relation till plattformar (det vill säga i en viss digital miljö) gäller vissa saker och i andra fall gäller något annat. Just citaträtten är redan reglerad i 22 § upphovsrättslagen. Det är också ett underligt val att lägga just dessa inskränkningar i kapitel 6 b när kapitel 2 har rubriken "Inskränkningar i upphovsrätten". Detta är ett tydligt exempel på hur förslagen inte är teknikneutrala.

Text- och datautvinning

Möjligheten att använda sådant som omfattas skydd som avstamp för att få fram ny kunskap och nya innovationer är viktig för den fortsatta konkurrenskraften. Reglerna om rätten att framställa exemplar för text- och datautvinning är därför viktiga.

Förslagen som lagts till 15 a-c § följer nära direktivtexten vilket är bra. Upphovsmannen har också getts utrymme att vidta åtgärder för att förbehålla sig sin rätt. Det vore dock lämpligt om definitionerna, nu i 15 c §, kom först.

Från näringslivsperspektiv vore det önskvärt om även andra pågående lagstiftningsprocesser inom EU hade kunnat beaktas, såsom det som sker inom ramen för EU:s datastrategi. Svenskt Näringsliv vill framhålla att det när nya förslag på det området kommer från EU måste dessa regelverk sättas i relation till varandra.

5. Ny närstående rättighet

I direktivets artikel 15 införs en ny närstående rättighet för presspublikationer. Skyddstiden ska enligt artikel 15.4 vara två år beräknat från den 1 januari året efter dagen för utgivandet av presspublikationen.

Sättet att beskriva beräkningen av skyddstiden är inte helt lätt. Det är en sak för presspublikationer som getts ut på papper. När det gäller digitala presspublikationer är situationen annorlunda, vilket också påpekas (s. 122).

Konstruktionen av reglerna i 48 b respektive 48 c §§ är inte helt lämplig. Det torde vara bättre att ha definitionerna före själva innehållet, vilket också är konstruktionen i direktivet.

6. Avtalslicens

Den skrivning om avtalslicenser som återfinns i direktivets artikel 12 är till stora delar utformad utifrån den modell som redan finns i Sverige. Det gör att konstaterandet att det svenska systemet med avtalslicenser är ett sådant som system som avses i direktivet näst intill överflödigt (se s. 95).

Den svenska, och nordiska, modellen för avtalslicenser har på många sätt varit en bra lösning. Upphovsmän har fått ersättning och de som vill använda upphovsrättsligt skyddade verk behöver inte kontakta varje enskild upphovsman för att be om lov.

Organisationernas representativitet kan dock diskuteras om man ser på upphovsrättsområdet som helhet. I utredningen hävdas att "*Organisationerna är tillräckligt representativa*" (se s. 97). För många av de typer av upphovsmän som skapar verk som Svenskt Näringslivs medlemsföretag behöver använda finns inga organisationer. Konvergensen mellan olika branscher och i viss mån olika typer av verk medför att tidigare gjorda strukturer kanske inte håller.

En verklighetsbeskrivning utifrån läget idag kan riskera att bli ett problem på ett par års sikt. Funderingar kring detta borde ha kunnat ges något utrymme.

7. Plattformsansvar

Relation till andra regelverk

Plattformsekonomin har vuxit fram i rask takt och vi ser förmodligen bara början av dess effekter. Reglerna i artikel 17 om plattformsansvar var en av de frågor som väckte mest diskussion under direktivets tillblivande.

Frågor kring ansvar i plattformsekonomin är dock inte bara rent upphovsrättsliga frågor. I förslaget beskrivs relationen till e-handelsdirektivet och dess svenska genomförande genom e-handelslagen (2005:562). Det pågår dock flera lagstiftningsprocesser kring plattformars ansvar. För alla typer av företag som har en digital dimension i sin verksamhet så kommer samverkan mellan de olika regelverken vara helt avgörande. Hur detta ska hanteras framöver borde ha kunnat adresseras i utredningen.

Rent konkret ställer sig Svenskt Näringsliv frågande till att det bara är 18 § i e-handelslagen som lyfts in 52 j § om tjänsteleverantörens ansvar. Argumentationen för att hänvisning inte behöver göras till 19 § e-handelslagen känns inte helt övertygande (se s. 149-150).

Konstruktionen av genomförandet

Svenskt Näringsliv vill i relation till plattformsansvaret särskilt lyfta behovet av att lägga sig så nära direktivet som möjligt. De förhoppningar som funnits om att få förtydliganden via EU-kommissionen och EU-domstolen har något kommit på skam. Det finns dock problem med att det i förslagen görs så pass mycket hänvisningar till generaladvokatens yttrande i ett mål som ännu inte avgjorts.

De definitioner som görs i förslaget av sådant som är tydliga exempel på sådant som borde läggas så nära direktivet som det bara är möjligt. Hit hör dock inte att exempelvis plocka in skrivningar från skälen i den svenska lagtexten, såsom föreslås kring skäl 63.

Det finns också anledning att särskilt påpeka behovet av näringsfrihet, något som borde vara en central utgångspunkt. Leverantörerna borde ha frihet att utforma sin tjänst, vilket borde vara fullt möjligt samtidigt som upphovsmännens intressen tillvaratas. Det måste inte innebära en skyldighet att tillgängliggöra material.

Vad ansvaret innebär

Det konkreta utförande av ansvaret väcker vissa frågor. Det uppställs tydliga regler kring ansvaret och sägs samtidigt att överblockering bör undvikas. En fråga kring detta är då vad som händer när blockering sker fast så inte borde ske.

För användare som upplever att alltför mycket blockeras finns i teorin en möjlighet för användaren att gå till domstol. I praktiken torde många användare dra sig för detta, inte minst eftersom det finns en risk att bli sittande med rättegångskostnader.

Svenskt Näringsliv ställer sig särskilt frågande till tolkningen kring livesändningar. Detta är typiskt ett ställningstagande som inte bör göras på nationell nivå utan som borde vara föremål för unionsrättens former för tolkning.

8. Sammanfattning

I det följande görs en sammanfattning av Svenskt Näringslivs ställningstagande till olika förslag till svensk reglering.

- 15 a-c §§ upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv tillstyrker, med ovan nämnda reservationer.
- 27 § upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv tillstyrker.
- 29 § stycke 1 upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv avstyrker förslaget på genomförande, men tillstyrker att en regel om ersättning införs. Det svenska genomförandet bör ligga närmare direktivtexten eller åtminstone innehålla liknande avvägningar som lagen om arbetstagares uppfinningar.
- 29 § st 2 upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv avstyrker förslaget. 36 § avtalslagen motsvarar det som direktivet kräver.
- 29 a § upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv avstyrker utformningen av reglerna. Genomförandet av artikel 19 bör ligga betydligt närmare direktivet. En skrivning om företagshemligheter bör in även i 29 a § upphovsrättslagen.
- 29 c § upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv tillstyrker, under förutsättning att ovan nämnda skrivning förs in i den föreslagna 29 a § upphovsrättslagen.
- 29 d § upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv avstyrker.
- 52 j § upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv avstyrker, på ovan angivna grunder.
- 52 p § upphovsrättslagen
Svenskt Näringsliv avstyrker då inskränkningarna i upphovsrätten bör ha generell tillämpning.

Göran Grén
Avdelningschef Företagsjuridik

Christina Wainikka
Policyexpert för immaterialrätt