

Stockholm den 23 september 2022

Till Justitiedepartementet

ElektronikBranschen avger härmed följande yttrande över betänkandet SOU 2022:20 Privatkopieringsersättningen i framtiden ("**Utredningen**").

Om ElektronikBranschen

ElektronikBranschen är branschorganisationen för leverantörer, distributörer och handlare inom konsumentelektronik, foto och service. Branschorganisationen och dess föregångare har under många år för branschens räkning följt frågan om privatkopieringsersättningen på nära håll och noterat ett flertal fundamentala brister i det nuvarande regelverket rörande privatkopieringsersättning.

ElektronikBranschen är avtalspart mot CopySwede gällande privatkopieringsersättning i det så kallade branschavtalet.

Inställningen till förslaget

ElektronikBranschen tillstyrker Utredningens förslag, med undantag för förslaget om tidpunkten för ersättningskyldighetens uppkomst.

De synpunkter på Utredningens förslag och innehåll som framfördes av experten Klas Elm i det särskilda yttrandet (återgivet i Utredningen på sid. 175 ff.) kvarstår oförändrat. Dessa synpunkter och kommentarer utvecklas ytterligare i detta yttrande.

ElektronikBranschen invändningar mot lagförslaget

Tidpunkten för ersättningsskyldighetens uppkomst behöver flyttas fram

Utredningen har inte föreslagit någon förändring av tidpunkten för ersättningsskyldighetens uppkomst jämfört med dagens regelverk. Utredningen redovisar dock inte några närmare skäl för detta ställningstagande (se sid 111, jmf även sid 136–137). Utredningen hänvisar i denna del i stället till att det är möjligt för parterna att skjuta fram ersättningsskyldighetens uppkomst genom att avtala om saken via avtal mellan branschens parter.

Redovisnings- och ersättningsskyldigheten enligt Utredningens förslag är således direkt kopplad till tidpunkten för anordningarnas tillverkning, införsel eller försäljning från utlandet. Det vill säga till en tidpunkt som ligger före tidpunkten då vidareförsäljning till konsumentledet sker inom landet.

I Sverige är importtidpunkten i praktiken den tidpunkt som är tillämplig enligt lagen i de allra flesta fall när avgift ska tas ut. Därför tas denna tidpunkt som utgångspunkt i den redogörelse som följer.

Den nuvarande tidpunkten för ersättningsskyldighetens uppkomst utgör en felaktig utgångspunkt av flera såväl marknadsmässiga som legala skäl. Dessa har inte närmare beaktats i Utredningen i samband med aktuellt ställningstagande i denna centrala fråga.

Ersättningsgill skada kan inte uppstå innan försäljning i konsumentledet

Den tidigaste tidpunkt som den skada som en rättighetshavare anses lida till följd av privatkopiering (och som är avsedd att kompenseras genom privatkopieringsersättningen) kan som tidigast uppstå när privatpersonerna/slutkonsumenterna använder aktuella anordningar för privatkopiering. Privatkopiering kan endast ske efter det att ett konsumentköp har genomförts. Innan en sådan anordning nått dessa privatpersoner har de nämligen inte i någon situation – ens en teoretisk- möjlighet att framställa exemplar med tillämpningen av inskränkningen i 12 § upphovsrättslagen.

Det bör i detta sammanhang särskilt uppmärksammas att anordningarna efter import regelmässigt lagerhålls under längre eller kortare tid innan anordningarna når konsument. Omsättningshastigheten för de anordningar där privatkopieringsavgift kan aktualiseras varierar mellan olika typer av produktkategorier och distributionslösningar. Gemensamt är dock att lagerhållning i princip alltid sker i ett eller fler handelsled innan en enskild anordning når slutkonsumenten efter det att anordningen importerats till Sverige. Tiden mellan importtidpunkten och tidpunkten för försäljning till slutkonsument skiljer sig således åt men kan vara i lager under en längre tidsperiod.

Vidare återfinns det flera olika typer av logistiklösningar där importörer har lager i Sverige för effektiv lagerhållning- och distribution inom Norden och andra regioner. Det vill säga att anordningar importerats till Sverige för att senare distribueras (re-exporteras) ut från Sverige till andra länder exempelvis Norge och Finland. Näringsidkare som importerar anordningar till lagret som är placerat i Sverige har således i många fall inte någon närmare kännedom om i vilken utsträckning och till vilka länder som re-export kommer att ske vid tidpunkten för import. Det är

först efter en tids lagerhållning som detta blir känt när anordningen, re-exporteras, försäljs till konsument eller aktör i ett annat handelsled. Inte sällan säljer nämligen importören anordningarna till en annan aktör i "handelskedjan", exempelvis en distributör eller återförsäljare. Dessa har i sin tur lagerhållning innan varan når slutkonsument, re-exporteras eller i förekommande fall kasseras. Ovanstående redovisning av en handelskedja kan bestå av flera underliggande handelsled med motsvarande systematik.

Gemensamt för ovan redovisad lagerhållning – oavsett om den sker hos importör eller av en aktör i ett senare handelsled – är att det under lagerhållningsperioden inte kan ske någon privatkopiering. Detsamma gäller de produkter som förblir osålda efter import och därefter exempelvis kasseras alternativt ligger i ett exportlager i syfte att re-exporteras vid ett senare tillfälle.

Skyldigheten att erlægga privatkopieringsersättning bör redan av ovan nämnda skäl inträda först när anordningar nått marknaden i form av konsumentförsäljning. Om ersättningsskyldighetens uppkomst alltjämt ska vara vid importtidpunkten kan konstateras att avgiften i samtliga fall kommer tas ut innan det att det ens teoretiskt har kunnat uppstå någon skada för rättighetsinnehavarna.

Avgiften tas ut innan den kan övervältras på konsument

Det bör även framhållas att den tidigaste tidpunkten för när en näringsidkare kan "övervältra" kostnaden för privatkopieringsavgiften på konsument/privatperson, är vid tidpunkten för försäljning till denne. Innan försäljning till slutkonsument står samtliga näringsidkare i handelskedjan helt utan möjlighet att absorbera avgiften som något annat än en ren löpande kostnad i den egna verksamheten. Ett sådant system står i strid mot fast EU-praxis som uttalar att ett system måste vara uppbyggt på ett sådant sätt att kostnaden för privatkopieringsersättningen ska hamna på skadegörarna (i detta fall de enskilda konsumenterna som privatkopierar).

Näringsidkarna tvingas agera "bank" – problematisk kapitalbindningen

Om näringsidkarnas ersättningsskyldighet inträder redan vid importtillfället leder detta vidare till att näringsidkarna tvingas agera "bank" i förhållande till rättighetshavarna. Den kapitalbindning som då sker fram till dess att det sker en vidareförsäljning av anordningarna i ett eller flera led kan leda till stora marknadsstörningar. Ett illustrerande exempel på vilka problem denna kapitalbindning kan leda till, skulle kunna vara i en situation där anordning försäljs med en vinstmarginal som uppgår till 3 kr efter 9 månaders lagerhållning. Om denne importör behövt erlægga en avgift om 50 kr redan vid importtidpunkten kan mycket väl kostnaden för kapitalbindningen under lagerhållningsperioden bli större än vinstmarginalen.

Marknadsstörningar – förutsättningar för adekvat tillämpning av proffs-och exportundantagen

Att betaltidpunkten anges vid importtidpunkten leder även till betydande marknadsstörningar. Detta eftersom näringsidkaren vid importtidpunkten inte sällan saknar närmare kännedom om hur många anordningar som kommer att omfattas av ersättningsskyldighet enligt privatkopieringsbestämmelserna. De lagerhållna anordningarna kan nämligen mycket väl omfattas av bestämmelserna om de så kallade proffs- och exportundantagen. Inom vissa produktkategorier och handelskedjor kan detta till och med utgöra den absoluta majoriteten av importerade anordningar. Detta leder i sin tur till en överhängande risk för omfattande överredovisning av anordningar som i sin tur orsakar en återbetalningsproblematik.

Det följer såväl av EU-rätten som av Utredningens förslag att avgift inte ska betalas för anordningar som omfattas av proffs- och exportundantagen (jmf. förslaget till ny formulering 26 k § tredje stycket upphovsrättslagen). För att detta även i den praktiska tillämpningen av lagen ska bli en realitet, behöver tidpunkten för ersättningsskyldighetens uppkomst flyttas fram. Såsom marknaden fungerar och hur den internationella varuflödena de facto ser ut är varken nuvarande eller det aktuella lagförslaget i takt med hur verkligheten ser ut.

Om regleringen skulle kvarstå skulle näringsidkarna hamna i en situation där det inte är möjligt att följa regelverket utan att överredovisa. Något ordnat system för återbetalning existerar inte heller. Ett sådant anspråk på återbetalning från näringsidkarna skulle istället behöva grundas på civilrättsliga principer med stor rättsosäkerhet och ökade transaktionskostnader för alla de näringsidkare som kommer att drabbas av de felaktiga avgiftsuttagen. I praktiken kommer då näringsidkarna även fortsatt till betydande del de facto belastas av ersättningen som är tänkt att belasta de privatpersoner som privatkopierar.

Vissa administrativa aspekter

Den omständigheten att CopySwedes (eller i förekommande fall annan rättighetshavarorganisation) administrationskostnader eventuellt, i något avseende, skulle kunna påverkas av tidpunkten för ersättningsskyldighet kan inte jämföras med de ökade administrationskostnaderna och de allvarliga problemen som uppstår för näringsidkarna med ett system där ersättningsskyldigheten uppstår redan vid importtidpunkten.

Det är vidare rimligt att det är den ersättningsberättigade parten som bär transaktionskostnaderna för detta system. I denna del bör framhållas att den ersättningsberättigade parten dessutom kan kompensera sig för sina administrationskostnader till skillnad från vad som är fallet för näringsidkarna, som inte har rätt till någon kompensation för alla de kostnader ett system av detta slag för med sig (jmf. Utredningens förslag 26 m § tredje stycket).

Dessutom innebär en framflyttad tidpunkt för ersättningsskyldighetens uppkomst att administrationen kring felaktigt inkasserad ersättning som blir föremål för återbetalning med anledning av proffs- och exportundantagen minskas i betydande utsträckning. Riskerna för betydande återbetalningskrav, med en oklar retroaktivitetsverkan, kommer även påverka CopySwedes möjligheter att utbetala inkasserade ersättningar till de ersättningsberättigade rättighetsinnehavargrupperna. Större återbetalningskrav från näringsidkare som anser sig ha betalt för mycket kan omöjliggöra utbetalningar av en betydande del av inkasserade medel under lång tid.

Förutom såväl de administrativa som legala kostnaderna som ett system riskerar att leda till, leder det således till att medlen låses kvar hos organisationen under lång tid som icke fördelbara medel. Vid sidan av detta belastas näringsidkarnas likviditet betydligt om näringsidkarna under längre perioder förväntas ligga ute med betydande belopp i felaktigt inbetald privatkopieringsersättning.

I många fall är vinstmarginalerna små för den svenska marknads aktörer. Flera av marknads aktörer har inte heller den kapitalbas som skulle krävas för att överbetala avgifter vid importtidpunkten för att sedan ligga ute med ersättningen under lång tid för att därefter kräva tillbaka denna från CopySwede. Förutom kapitalbindningen som ett sådant system för med sig leder det även till betydande kostnader för näringsidkarna att vara en del av ett system där de de

facto enligt lagstiftningen inte har något ansvar för uppkommen skada. Någon möjlighet att kompensera sig för ovan angivna merkostnader föreligger inte heller då detta inte är något som får avräknas (till skillnad från vad som är fallet för rättighetsinnehavarnas organisation).

Systemet bör inte bygga på fungerande branschavtal

Att systemet, även efter föreslagen lagförändring, i praktiken ska vara beroende av avtal mellan branschens aktörer för att inte bli dysfunktionellt är inte en lämplig ordning. Till saken hör även att ElektronikBranschen inte delar Utredningens redovisade uppfattning att oenighet endast funnits vad avser de två frågorna om vilka anordningar som ska vara föremål för avgift och avgiftens storlek.

Ett uttalat syfte med Utredningen är att minska antalet tvister och utdragna förhandlingar mellan branschens aktörer. Det framstår inte som ändamålsenligt att mot bakgrund av det syftet lämna frågor som är nödvändiga för systemets funktionsduglighet till överenskommelser mellan branschens aktörer (jmf s. 60 och s. 116 f.). I de fall sådana överenskommelser inte kan nås står branschens aktörer i ett läge där systemet medför onödiga administrativa kostnader för både rättighetshavarna och näringsidkarna. Som redovisats ovan faller den överväldigande delen av dessa kostnader på näringsidkarna. Detta går emot ändamålet med lagstiftningen.

Det bör härvid avslutningsvis framhållas att samtliga av de branschavtal som har tecknats har reglerat en senare tidpunkt för ersättningsskyldighetens uppkomst, det vill säga att betaltidpunkten uppstår först när varan har nått konsumenten. Något annat system har visat sig inte vara möjligt att genomföra i praktiken. Endast i de situationer det står klart redan vid tidpunkten för det att ersättningsskyldigheten vad den slutliga belastningen blir på en enskild anordning är det nämligen möjligt för den enskilde näringsidkaren att låta kostnaden för avgiften påverka priset på anordningen. Om detta inte är fallet kommer näringsidkaren inte kunna anpassa priset korrekt vilket i sin tur leder till att kostnaden hamnar på den enskilde näringsidkaren istället för på konsumenten som är den som enligt lagstiftaren i slutändan ska belastas av avgiften.

Sammanfattande ståndpunkt

Av ovan nämnda skäl vidhåller ElektronikBranschen att tidpunkten för uppkomsten av redovisnings- och ersättningsskyldighet behöver ändras till försäljningstillfället i sista led, vanligtvis från återförsäljare till konsument.

Vissa ytterligare kommentarer till utredningens förslag

Ersättningsnivåerna enligt branschavtalet utgör inte någon indikation på rimlighet

De avgiftsnivåer som följer av branschavtalet och branschavtalets nuvarande utfall är inte en relevant utgångspunkt när det faktiska totalbeloppet ska fastställas enligt den nya lagen. För det första ska den kommande lagen fastställa den faktiska ersättningsnivån utifrån andra kriterier än vad som gäller i nuvarande lag. Vidare ändras kopieringsbeteenden snabbt och olika marknadsundersökningar kan påvisa ett faktiskt privatkopieringsbeteende. Redan av dessa skäl är det faktiska utfallet enligt nu gällande branschavtal en helt irrelevant utgångspunkt när den totala belastningen ska fastställas enligt det nya systemet.

Branschavtalet förhandlades vidare fram under mycket speciella premisser, något som lyftes fram i det särskilda yttrandet från experten Klas Elm.

Enkätundersökningen missvisande

Som redan framhållits anser ElektronikBranschen att den av utredningen genomförda enkätundersökningen varken ger ett rättvisande eller tillförlitligt resultat. Utredningen baserar i vissa delar sina resonemang i allt för hög grad på denna enkätundersökning.

Konkurrensneutralitet

Det är lämpligt och angeläget att, såsom Utredningen föreslår på sida 110, uttryckligen ange direkt i lagtexten att även s k utlandsförsäljare ska omfattas av ersättningskyldigheten. Det är centralt för att konkurrensen på den svenska marknaden inte ska snedvridas. Det måste säkerställas att dessa marknadsaktörer, i samma utsträckning som aktörer etablerade i Sverige, behöver erlägga den avgift som kommer att utgå vid var tid enligt det kommande systemet. Det bör uttryckligen regleras att CopySwedes inkasseringssupdrag i lika hög grad gäller dessa aktörer och att dessa aktörer inte ska gynnas av en ineffektiv inkassering av avgifter jämfört med inhemska aktörer.

Om inte samtliga aktörer som saluför en viss anordning, som belastas av privatkopieringsavgift, erlägger avgifter i samma utsträckning enligt likställda principer kommer marknads aktörer inte kunna låta den aktuella avgiften påverka sin prissättning för dessa typer av konsumentprodukter. Det är således centralt att samtliga aktörer på en viss produktmarknad belastas likvärdigt i de fall anordningen alls ska belastas med avgift. Om detta inte sker kommer marknaden förfelas och näringsidkarna behöva stå för kostnaden trots att EU-rätten klart uttalar att ett system måste vara uppbyggt på ett sådant sätt att näringsidkarna inte belastas av aktuell avgift.

Offline-konsumtion

I enlighet med Utredningens slutsats på sida 98 ff. vill ElektronikBranschen framhålla att rättighetshavarna inte ska vara berättigade till privatkopieringsersättning för det eventuellt förekommande utnyttjandet av upphovsrättsligt skyddade prestationer genom framställande av s.k. offline-kopior. Det är ElektronikBranschens uppfattning att rådande branschpraxis innebär att rättighetshavarna redan kompenseras för utnyttjandet på sådana tjänster där det ges en möjlighet för användarna att även använda tjänsterna offline.

Med anledning av vad som har framförts ovan finns det anledning att i kommande marknadsundersökningar av privatkopieringsbeteendet säkerställa att offline-kopiering tydligt exkluderas.

Ingen dubbelkompensation

ElektronikBranschen delar Utredningens ståndpunkt, såsom den är redovisad på s. 108, att det är centralt att säkerställa att den nya definitionen om vilka anordningar som kan träffas av avgift inte får till konsekvens att flera anordningar i en och samma kopieringskedja belastas med privatkopieringsavgift då detta leder till en överkompensation för rättighetsinnehavarna. Dubbla avgifter ska aldrig kunna förekomma.

Nämndens beslutsfattare

ElektronikBranschen vill framhålla den vikt som bör tilldelas matematiska beräkningar och objektivt beaktande av marknadsomständigheter vid nämndens beslutsfattande. Som framhållits av EU-domstolen vid upprepade tillfällen är syftet med privatkopieringsersättningen att ersätta

en faktisk skada hos rättighetshavarna. Ersättningens storlek måste därför så långt som det är möjligt motsvara den faktiska storleken på den uppkomna skadan.

Beräkningen av skadans omfattning är inte beroende av kunskap om immaterialrättsliga förhållanden som utredningen framför i avsnitt 9.3.5 på s. 130 f. Bedömningen av skadans storlek, och därmed ersättningens omfattning, bör i stället göras mot bakgrund av matematiska och statistiska uträkningar med grund i bland annat de omständigheter som anges under rubriken "Transparens i beslutsfattande" nedan.

Medlemmarna i nämnden, särskilt de sakkunniga som föreslås i avsnitt 1.2 i utredningen (jmf den föreslagna 5 § förordning med instruktion för Privatkopieringsnämnd), bör ha de kunskaper som krävs för att utföra sådana matematiska uträkningar och objektiva ställning till de uppgifter – bland annat marknadsundersökningar samt matematiska- och statistiska underlag – som nämnden bereds tillgång till i samband med dess beslutsfattande.

ElektronikBranschen vill särskilt framföra att de sakkunniga bör ha kunskap och erfarenhet inom områden hänförliga till matematik-, statistik- eller teknikområden. Kunskap om immaterialrätt bör vara av sekundär betydelse i sammanhanget. Det ligger därför närmare till hands att utse sakkunniga med bakgrund hos exempelvis Konkurrensverket, som utredningen nämner på s. 131, Statistiska Centralbyrån eller forskningsinstitut inom matematik och statistik.

Överklagbarheten av beslut

Utredningen föreslår i avsnitt 9.3.6 att myndighetens beslut inte ska kunna överklagas. ElektronikBranschen delar utredningens bedömning att myndighetens beslut kan fattas i form av ett icke överklagbart normbeslut. Det är av central vikt för näringsidkarna att ha förutsägbarhet i avgiftsuttaget. Detta då det är en grundförutsättning för att kunna överföra kostnaden för avgiften på konsumentkollektivet.

Berörda näringsidkare (eller dess organisationsföreträdare) bör dock ges partsställning inför myndigheten och näringsidkarna måste beredas tillräcklig tid för att exempelvis utföra egna undersökningar respektive yttra sig inför myndigheten innan beslut fattas.

Transparens i beslutsfattande

Det är av avgörande betydelse att de uppgifter som ligger till grund för normbeslutet är transparenta för parterna. Besluten måste därför motiveras utförligt. Följande information bör i synnerhet tydligt framgå:

- i. De matematiska beräkningar som har föranlett beslutade avgiftsnivåer och bakgrunden till de matematiska beräkningarna.
- ii. Beräkningsmetod och uppskattad eventuellt förekommande ekonomiska skada som den relevanta privatkopieringen för olika typer av verk (till exempel musik, bilder, video etc.) anses ha orsakat rättighetshavarna, samt omfattningen av den relevanta privatkopieringen av olika typer av verk liksom uppgifter om försäljningsvolym för relevant konsumentförsäljning i Sverige och försäljningspris/vinstmarginaler på aktuella anordningar under aktuell beslutsperiod.
- iii. De överväganden som föranleder bedömningen att en anordningstyp "i betydande utsträckning används för privatkopiering". Däribland uppgifter om användningen av olika anordningstyper och omfattningen av den faktiska och relevanta privatkopieringen på de olika anordningstyperna.

Marknadsaktörer bör vidare uttryckligen beredas tillfälle att utföra självständiga marknadsundersökningar, till exempel kundundersökningar, för att bereda nämnden med beslutsunderlag rörande förekomst av relevant privatkopiering på relevanta anordningar liksom uppgifter om försäljningsvolym för relevant konsumentförsäljning i Sverige och försäljningspris/vinstmarginaler på aktuella anordningar under aktuell beslutsperiod.

Nämnden bör även anlita oberoende parter, till exempel Statistiska Centralbyrån, för att genomföra objektiva marknadsundersökningar.

Avslutning

Med det ovan sagda tillstyrker ElektronikBranschen att regeringen implementerar Utredningens förslag eftersom det på det stora hela skapar en bättre situation än den som råder i dag. Det är samtidigt viktigt att regeringen noggrant följer utvecklingen mot bakgrunden av de invändningar ElektronikBranschen framfört.

Pernilla Enebrink

Vd, ElektronikBranschen