

Stockholm, den 22 september 2022

Justitiedepartementet L3
Anders Olin
103 33 Stockholm

Diarienummer:
Ju 2022/01441

Remissyttrande över SOU 2022:20 Privatkopiering ersättning i framtiden

ICC har givits möjlighet att lämna synpunkter på utredningen SOU 2022:20 Privatkopiering ersättning i framtiden och vill med anledning av detta lämna följande kommentarer.

ICC:s främsta uppgift är att främja den internationella handeln och underlätta för företag att möta de möjligheter som följer med en ökad globalisering. En viktig förutsättning för den internationella handeln är skyddet för immateriella rättigheter, inte minst upphovsrätten.

Vid lagstiftning på detta område är det dock av stor vikt att lagstiftningen så långt det är möjligt blir enhetlig och inte så betungande för marknadens aktörer att den internationella handeln hämmas. Syftet med skyddet och de intressen som ligger till grund för införandet av nya bestämmelser bör med andra ord vid utformningen vägas mot de kostnader och olägenheter som dessa medför för aktörerna på marknaden. Detta gäller självklart även EU:s inre marknad.

Utredningens unionsrättsliga dimension

Upphovsrätten bygger på reglering som ligger i lager av internationella regelverk, unionsrätt och nationell rätt. Detta är särskilt tydligt på det område som gäller privatkopiering och privatkopiering ersättning. Utredningens förslag måste därför ses utifrån en unionsrättslig dimension. Ett stort problem med upphovsrätten inom unionen är att det inte finns en övergripande harmonisering. De regler som finns i form av flera direktiv och förordningen täcker inte hela den upphovsrättsliga regleringen. Direktiv har också kommit att genomföras på olika sätt i medlemsstaterna.

För näringslivet kan vikten av förutsebarhet och likartade regler inte nog betonas. Sverige bör därför eftersträva att lagtexten utformas så nära direktivtexten som möjligt och ge utrymme för harmonisering, ytterst via EU-domstolen. Det sagda utesluter inte förtydliganden och exemplifieringar av uppenbar karaktär inom ramen för direktivet för att underlätta tolkning och tillämpning för marknadens aktörer.

Den reglering som gäller privatkopieringsersättning är ett typfall av att medlemsstaterna agerat på olika sätt. Det är också så att tillåtande av privatkopiering, som utgör grunden för att privatkopieringsersättning ska utgå, inte är obligatorisk.

Konstruktionen av privatkopieringsersättningen varierar i hög grad mellan medlemsstaterna. För de företag som agerar på flera marknader, vilket är typiskt för medlemmarna i ICC, innebär detta problem.

Vilka upphovsmän ska ha ersättning?

Utredningen föreslår att det i lagtext ska anges att det enbart är upphovsmän som påverkas ekonomiskt av privatkopiering av deras verk som har rätt till ersättning och att rätt till ersättning inte föreligger om upphovsmannen endast påverkas ekonomiskt i obetydlig omfattning (föreslagen ny URL 26 k §). I betänkandet anges att dessa förslag är "i enlighet med InfoSoc-direktivets krav".¹ Av betänkandet framgår att utredningen med detta avser det som anges i skäl 35 i InfoSoc-direktivet om utgångspunkterna för nationella lagregler om kompensation till rättighetshavare i fall där det görs undantag från eller inskränkningar i deras ensamrätt. Där anges att den eventuella skadan för rättsinnehavarna av åtgärden i fråga är ett värdefullt kriterium vid fastställande av formen, de närmare bestämmelserna om och den eventuella nivån på sådan rimlig ersättning som ska utgå till rättighetshavarna som kompensation för undantag från respektive inskränkningar i deras ensamrätt. Vidare anges att rättsinnehavarens förfång i vissa situationer är obetydligt och att det i sådana fall inte behöver uppkomma någon betalningsskyldighet.

Enligt ICC kan riktigheten i att grunda lagtext på något som anges i ett direktivs skäl ifrågasättas. I den relevanta bestämmelsen i direktivet, Artikel 5.2 b), anges enbart att införande av ett privatkopieringsundantag förutsätter att "rättsinnehavarna får rimlig kompensation".

Även om man skulle välja att införa lagtext med utgångspunkt från vad som anges i skäl 35 i InfoSoc-direktivet, anser ICC att det saknas övertygande argument för att i den svenska lagtexten avvika från innehållet i det aktuella direktivskälet. Däri anges, som framgått, att rättsinnehavarnas "skada" är ett värdefullt kriterium samt att det i vissa situationer där rättsinnehavarnas "förfång" är "obetydligt" inte "behöver" utgå någon betalning. ICC förordar att den svenska lagtexten, för det fall att den alls ska innehålla delar av det aktuella skälet, innefattar motsvarande termer som i direktivet. Dessa termer är för övrigt också de termer som EU-domstolen kommer att uttolka i sin rättspraxis på detta område. Tolkning och tillämpning av de svenska lagreglerna kommer därför att underlättas vid en tydligare följsamhet mellan direktivtexten och den svenska lagtexten.

Som framgår av den citerade texten ur skäl 35 stadgas det däri inte heller att det aldrig kan utgå kompensation om rättsinnehavarens förfång är obetydligt, utan bara att det då inte "behöver" uppkomma någon betalningsskyldighet. Det framstår därför som olämpligt att i den svenska lagtexten, utan stöd i vare sig direktivet eller avgöranden från EU-domstolen, införa en mera kategorisk regel än den som anges i skäl 35.

¹ Betänkandet sid. 88 överst.

Offline-kopieringens rättsliga status

Med offline-kopiering avses kopiering som en privatperson utför när denne inom ramen för en medietjänst, som t.ex. Spotify eller Netflix, lägger en låt eller en film i offline-läge och därmed får tillgång till den utan någon internetuppkoppling.

Betänkandet innehåller ett antal uttalanden om offline-kopierings rättsliga status.

Till att börja med redovisas det i betänkandet att vissa av utredningens experter har hävdad att offline-kopior inte är privatkopior i den betydelse som bestämmelserna om privatkopieringsersättning förutsätter och därför inte omfattas av dessa bestämmelser. Till stöd för detta har det, enligt vad som anges i betänkandet, bland annat anförts att offline-kopior inte framställs av fysiska personer utan av tjänstetillhandahållare på en användares begäran samt att offline-kopior bara sparas under en begränsad tid, under de villkor och på den plats som tjänstetillhandaren bestämmer, och att detta innebär att användaren inte får någon sådan äganderätt till eller kontroll över kopiorna som artikel 5.2.b i InfoSoc-direktivet förutsätter. Utredningen anger att frågan om huruvida offline-kopior omfattas av reglerna om privatkopieringsersättning eller inte endast har berörts i ett fåtal svenska domstolsavgöranden och att detta är en fråga som det slutligt är upp till EU-domstolen att avgöra. Med hänvisning till att rättsläget i denna fråga får betraktas som oklart och att man bör undvika risken för att en ny ersättningsordning blir inaktuell på grund av eventuella avgöranden från EU-domstolen i frågan, gör dock utredningen klart att den i sin genomgång har utgått från att offline-kopiering kan vara att betrakta som sådan kopiering som täcks av reglerna om privatkopieringsersättning, även om denna fråga alltså ännu inte har avgjorts. Detta är enligt ICC:s uppfattning ett naturligt och rimligt ställningstagande från utredningens sida. Motsatsen hade varit svårt att motivera rättsligt sett.

Oaktat detta ställningstagande väljer utredningen att uttala en kategorisk uppfattning i frågan om huruvida rättighetshavarna ska ha rätt till privatkopieringsersättning enligt lag för offline-kopiering. Baserat på ett utförligt resonemang som innefattar hänvisning till ett stort antal domar från EU-domstolen, vilka emellertid inte i något fall innefattar en prövning av frågan om ersättningsrätt till rättighetshavarna för offline-kopiering, uttalar utredningen att offline-kopiering inte ska medföra någon kompensation till rättighetshavarna enligt reglerna om privatkopieringsersättning.²

Enligt ICC är det olämpligt att göra ett sådant ställningstagande i förarbetena. Enligt det föreslagna systemet för privatkopieringsersättning ska privatkopieringsersättning utgå baserat på beslut som ska fattas av en särskild myndighet. Som utredningen har påpekat finns det ingen klagande rättspraxis från varken svenska domstolar eller från EU-domstolen. Mot bakgrund härav bör man inte riskera att påverka och styra myndighetens bedömning och ställningstagande genom uttalanden av detta slag.

Placering av ersättningsskyldigheten

Det framgår av betänkandet att utredningen har övervägt om ersättningsansvaret bör flyttas längre ned i försäljningskedjan till den aktör som säljer berörda anordningar till konsumenterna, men kommit fram till att inte föreslå en sådan ändring.³ ICC konstaterar att de argument som utredningen redovisar till stöd för sitt ställningstagande inte synes vara övertygande. De skäl som anges tala för den angivna ändringen framstår i vart fall som starkare än de som anges tala emot en sådan ändring. Det viktigaste skälet för att göra ändringen synes vara att det vid

² Betänkandet avsnitt 9.1.2 samt sidan 141f.

³ Betänkandet sidan 110f.

försäljningstidpunkten står klart huruvida en viss anordning säljs till en privatperson och alltså kan presumeras bli använd för kopiering för privat bruk i den mening som avses i 12 § upphovsrättslagen respektive om något av de undantag som lagstiftningen föreskriver är aktuella att tillämpa, medan det vid importtidpunkten bara kan bli fråga om översiktliga spekulationer i dessa delar. Det framstår också som talande att Copyswede och branschen i sina avtal under åren har valt att flytta ersättningstidpunkten nedåt i försäljningskedjan på detta sätt. ICC anser det sammantaget finnas övertygande skäl för att göra en sådan ändring.

Myndighetens beslut

Som inledningsvis redogjorts för är det viktigt att beakta det unionsrättsliga perspektivet av privatkopieringsersättningen eftersom reglerna grundar sig på InfoSoc-direktivet. Förhandsavgöranden från EU-domstolen bör kunna inhämtas vid tolkningssvårigheter för att undvika att olika unionsrättslig grundad praxis uppkommer i olika medlemsstater och för att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av de olika reglerna. ICC saknar resonemang i betänkandet om huruvida den föreslagna myndigheten kommer att kunna begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande på samma sätt som en domstol har möjlighet till. Denna fråga blir relevant då det föreslås (vilket ICC i en annan del av detta remissyttrande ifrågasätter) att det inte ska vara tillåtet att överklaga myndighetens beslut, vilket i så fall skulle kunna begränsa möjligheten till förhandsavgörande.

ICC vill också särskilt betona vikten och betydelsen av rättssäkra regler. ICC hade välkomnat om utredningen berört artikel 6 i Europakonventionen varigenom envar har rätt att få sina civila rättigheter och skyldigheter prövade i domstol. Även om myndighetens beslut skulle kunna anses utgöra normbeslut, riktar sig dessa mot en begränsad grupp, varför besluten ligger nära individuella beslut där det finns starka skäl för att dessa ska vara överklagbara. En domstolsprövning skulle förvisso kunna erhållas genom att en part stämmer Sverige för felaktig implementering av InfoSoc-direktivet men denna lösning är inte eftersträfvansvärd. ICC förordar därför att besluten ska vara överklagbara i den mån en myndighet införs.

Förslagets relation till svensk grundlag

ICC delar uppfattningen att nya regler för privatkopieringsersättningen måste vara tillräckligt flexibla och generella för att inte direkt bli omoderna. Detta får dock inte göras på bekostnad av förutsebara och tydliga regelverk för de företag som omfattas av de föreslagna reglerna vilket annars riskerar att medföra höga kostnader för marknadstillträde. Någonting som i sin tur kan verka marknadshämmande och till exempel skulle kunna förhindra företag från att expandera till Sverige.

Utifrån ICC:s perspektiv kan det därför finnas svårigheter med det nuvarande förslaget där myndigheten i verkställighetsföreskrifter ska ange de anordningar som används i betydande utsträckning och ersättningsnivåerna för dessa. Som lyfts fram i betänkandet⁴), är huvudregeln att bestämmelser som reglerar enskildas personliga och ekonomiska inbördes förhållanden ska anges i lag. Avsteg från detta kräver att föreskrifterna dels inte tillhör något väsentligt nytt, dels inte innebär nya åligganden för den enskilde eller nya ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden.

Utrymmet för verkställighetsföreskrifter på det civilrättsliga området är snävt och, som betonas i betänkandet⁵ , måste det tydligt preciseras i lag vad som ska beaktas vid bestämmandet av

⁴ Betänkandet sidorna 121-122.

⁵ Betänkandet sidan 123.

anordningarna och ersättningsnivåerna för att regleringen ska vara förenlig med grundlagen. I dessa fall måste det nog anges i lag hur myndigheten ska gå tillväga när den meddelar sina föreskrifter.

ICC ställer sig frågande till om de förhållanden som anges i den nu föreslagna 26 l § URL och som utgör grunden för myndighetens verkställighetsföreskrifter kan anses vara tillräckligt klara och angivna i lagtext.⁶ Ett exempel på detta är att myndigheten när den fattar sitt beslut om vilka anordningar som ska vara ersättningspliktiga och vilken ersättningsnivå som ska utgå, bland annat ska beakta privatkopieringens omfattning (den nu föreslagna 26 l § 2 st. 1 p.).

Hur omfattningen ska kunna avgöras är dock inte tydligt, detaljerat och noga beskrivet i enlighet med grundlagens krav. Enligt den föreslagna lydelsen ska myndigheten undersöka de senaste två årens privatkopieringsbeteende och bereda en organisation som enligt 26 m § ansvarar för att samla in och fördela ersättningen samt företrädare för näringsidkare tillfälle att komma in med synpunkter (26 l § 1 st.). Hur undersökningen ska göras, vilket material som ska inhämtas eller om de relevanta parterna kommer ha något reellt inflytande framgår inte av lagtexten. Från författningskommentaren framgår det däremot att myndigheten måste skaffa sig en uppdaterad bild av vilken kategori av användare som privatkopierat, vilka typer av verk som privatkopierats, på vilket sätt och med vilken frekvens detta har skett i Sverige under de två senaste åren⁷. Detta framgår dock inte av lagtexten, varför det inte är säkert att den föreslagna lagtexten och de grunder som myndigheten har att beakta inför beslutet om verkställighetsföreskrifterna, är tillräckligt detaljerade, precisa och noga utformade.

Vidare måste lagbestämmelsen som ska fyllas ut genom verkställighetsföreskriften vara så pass detaljerad att det inte tillförs något väsentligt nytt genom föreskriften. Som framgår av utredningen föreslås att myndigheten både ska besluta om vilka anordningar som ska anses vara ersättningspliktiga och vilken ersättning som ska utgå för dessa. Enligt ICC:s mening finns det en risk för att detta skulle kunna anses medföra nya ingrepp i enskildas ekonomiska förhållanden i och med att nya anordningar och belopp kan komma att beslutas av myndigheten. Även förutsebarheten riskerar att bli lidande i och med att myndigheten kan göra stora förändringar i företagets ersättningsskyldighet såväl som rättighetshavarnas ersättning genom sina beslut. Det riskerar därmed att bli svårt att förutse och planera för de kostnader respektive intäkter för privatkopieringsersättning som parterna kommer att ha respektive få.⁸

Sammanfattningsvis riskerar det nuvarande förslaget att leda till rättsosäkerhet och bristande förutsebarhet. Enligt ICC:s mening skulle föreskrifterna dels kunna tillföra något väsentligt nytt, dels innebära nya åligganden för den enskilde eller nya ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden. Därtill är det inte säkert att grunden för myndighetens verkställighetsföreskrifter kan anses vara tillräckligt klar och angiven i lagtext vilket gör att förslaget riskerar att inte vara förenligt med regeringsformen. Dessa frågor bör närmare utredas och analyseras om regeringen väljer att gå vidare med förslaget.

Den föreslagna myndigheten

ICC vill inledningsvis framhålla att regelverket och tillämpningen av privatkopieringsersättningen är komplext och det kräver gedigen kompetens och djup branschkunskap av den nu föreslagna myndigheten. Det är avgörande att regeringen kan attrahera den begränsade mängd personer

⁶ Se lagkommentaren till 8 kap. 7 § 1 p. RF i Grundlagarna RF, SO, RO.

⁷ Betänkandet sidan 166.

⁸ Som stöd för sitt förslag, hänvisar utredningen till 8 kap. 8 b § ellagen (1997:857) för exempel på när regeringen kan meddela föreskrift om sådant som får inverkan på förhållandet mellan privata aktörer. ICC kan dock konstatera att denna bestämmelse inte är civilrättslig utan utgör en offentligrättslig föreskrift.

som har erforderlig kompetens inom området, varför ICC ser med viss oro på den nu föreslagna organisationen. Idag finns endast ett ytterst fåtal personer med djup kunskap och erfarenhet inom privatkopieringssystemet och på sikt är det troligt att dessa blir ännu färre.

Myndigheten föreslås bestå av högst fem ledamöter där ordförande och vice ordförande ska vara jurister med erfarenhet som domare. Ledamöterna ska utses av regeringen för en bestämd tid under vilka perioder som krävs för att ta fram verkställighetsbeslutet. Arvodet till ordförande föreslås för en tvåårsperiod uppgå till 73 000 kronor, för vice ordförande 40 000 kronor och för de högst tre övriga ledamöterna 70 000 kr (dvs cirka 23 000 kronor var). Utredningen uppskattar att det sammanlagda arbetet för myndighetens arbete uppgår till en årsarbetskraft. ICC anser inte att detta arvode står i relation till den kompetens som myndighetens ledamöter förutsätts ha.

Om en årsarbetskraft skulle erhålla alla ledamöters arvoden (183 000 kronor) skulle detta motsvara en månadslön om 15 250 kronor. Betänk därtill att myndighetens arbete endast ska genomföras under vissa perioder och att ledamöterna därmed troligtvis kan förutsättas ha ett annat arbete vid sidan av myndigheten. Givet den låga ersättningen riskerar besluten att inte få erforderlig beredning och därmed skapa rättsosäkerhet.

Mot denna bakgrund ser ICC risker att regeringen kan komma att få svårt att utse lämpliga ledamöter till myndigheten vilket i sin tur riskerar att ha negativa effekter för de företag som kommer att omfattas av det nu föreslagna regelverket. ICC vill, precis som utredningen, uppnå ett effektivt system där privatkopieringssystemet snabbt och enkelt kan fördelas från de betalningsskyldiga till rättighetshavarna. Dock får ett sådant system inte genomföras på ett rättsosäkert och bristande sätt samt där erforderlig kompetens i en nyckelmyndighet inte kan erhållas.

ICC ser positivt på systemet i Nederländerna där parterna först ges möjlighet att förhandla om avgifterna för privatkopieringsersättningen och där det särskilda organet endast ingriper om parterna inte kan komma överens. ICC kan konstatera att det idag finns en bred branschöverenskommelse som är underskriven av alla berörda parter som varit gällande i två år. Som framhålls i utredningen, anpassas ersättningens storlek bättre till verkliga förhållanden och motsvarar bättre vad marknadens aktörer anser utgör en rimlig ersättning för den privatkopiering som faktiskt sker om parterna själva kan förhandla. Det skapar också förutsättningar för ett flexibelt och modernt system som kan anpassas utifrån den tekniska utvecklingen och förändrade marknadsförutsättningar.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "H. Blomqvist", with a long, sweeping horizontal line extending to the right.

Henrik Blomqvist

Tf. generalsekreterare ICC Sverige