

Remiss: Privatkopieringsersättningen i framtiden (SOU 2022:20)

Ju2022/01441

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet, som har anmodats att yttra sig över rubricerat betänkande, får härmed avge följande yttrande. Yttrandet har utarbetats av professor Ulf Maunsbach, universitetslektor jur. dr Kacper Szkalej och postdoktorn jur. dr Aurelija Lukoseviciene.

I betänkandet föreslås ändringar i upphovsrättslagen som syftar till att modernisera systemet för privatkopieringsersättning (PKE). Fakultetsstyrelsen anser att det är angeläget att vidta åtgärder för att modernisera systemet för PKE och ställer sig bakom betänkandets huvudsakliga drag. Fakultetsstyrelsen önskar emellertid lämna vissa kommentarer som rör utformningen av det föreslagna systemet.

1. Allmänna synpunkter

1.1 Framställning av exemplar för privat bruk och PKE

Möjligheten att för envar framställa exemplar för privat bruk, som numera regleras i 12 § URL, utgör svensk upphovsrättslig tradition. Inskränkningen infördes i samband med 1919-års upphovsrättslagar (10 § lagen om rätt till litterära och musikaliska verk, 5 § lagen om rätt till verk av bildande konst samt 3 § lagen om rätt till fotografiska bilder). Dessförinnan saknades ett behov att uttryckligen reglera sådan användning i lag. Inskränkningen infördes för att i lag förtydliga gränsen mellan det offentliga och privata rummet. Efter 1960-års upphovsrättslag har inskränkningen gradvist fått ett snävare innehåll. Idag gäller inskränkningen endast sådant mångfaldigande som genomförs från en lovlig förlaga, dvs att exemplaret som mångfaldigas har framställts med rättsinnehavarens samtycke eller med stöd av en annan inskränkning i upphovsrätten (prop. 2004/05:110 s. 119). EU-domstolen har i mål C-435/12 ACI Adam m.fl. bekräftat denna, i Sverige sedan införlivandet av infosoc-direktivet, gällande uppfattning.

Inskränkningen för privatkopiering har en mycket längre tradition än PKE-systemet vars företrädare infördes på 1990-talet (och tidigare tog formen av en kassettersättning) under en tid när det var möjligt att framställa exemplar av en olovlig förlaga med stöd av inskränkningen. Systemet som antogs existerade då fristående från innehållet i den dåvarande inskränkningen. Systemet täckte inte all den användning som var tillåten enligt inskränkningen (prop. 1997/98:156 s. 23–24; prop. 2004/05:110 s. 105, 125–26), införandet och senare anpassningar av systemet påverkade inte innehållet i 12 § URL, och anpassningar av inskränkningen gjordes av andra skäl än införandet av ett begränsat PKE-system (prop. 1992/93:214 s. 50–

51). Under denna tid gjordes även försök inom dåvarande EG att harmonisera reglerna för privatkopiering och PKE genom ett direktiv om privatkopiering, vilket Sverige som en kandidatmedlemstat aviserades om (prop. 1992/93:214 s. 46). Arbetet inom EG på detta område kulminerade i antagandet av infococ-direktivet och dess artikel 5.2 b. Privatkopiering och PKE utgör således i grunden numera ett regelverk som utgår ifrån och behöver beakta EU-rätten. Under gällande EU-rätt, till skillnad från det tidigare svenska PKE-systemet, är PKE och inskränkningen för privatkopiering inte inbördes autonoma, vilket följer av lydelsen av artikel 5.2 b.

Mot den bakgrunden önskar fakultetsstyrelsen framföra att en modernisering av PKE-systemet behöver beakta inskränkningens, dvs. 12 § URL, innehåll och räckvidd.

Regleringen av förhållandet mellan PKE och privatkopiering på EU-nivå väcker också frågan om systemets syfte. Det traditionella argumentet är att systemet är tänkt att ersätta rättsinnehavare för den skada som uppstår till följd av att framställning av exemplar sker för privat bruk. Den rättstekniska relationen mellan PKE, framställning av exemplar och skada är dock mer nyanserad. Artikel 5.2 b i infococ-direktivet är en fakultativ artikel, vilket innebär att medlemsstaterna är fria att avgöra om de vill införa en inskränkning för privatkopiering eller inte; oavsett om en sådan inskränkning fanns i det nationella upphovsrättssystemet innan infococ-direktivet antogs.

Av EU-rätten följer att PKE blir aktuell till följd av att en medlemsstat har *valt* att implementera artikel 5.2 b infococ-direktivet och med det möjliggjort framställning av exemplar för privat bruk till rättsinnehavares nackdel.

PKE behöver mot denna bakgrund inte enbart anses utgöra en civilrättslig ordning som ersätter rättsinnehavare för framställningar som presumeras ske utan ger även uttryck för lagstiftarens frivilliga intervention på upphovsrättsmarknaden som resulterar i en ordning att framställning *får* ske och därmed att ensamrätt inte ska gälla i förhållande till berättigande användare (privatpersoner).

Detta förhållande aktualiserar även frågan om artikel 5.2 b infococ-direktivet, och följaktligen 12 § URL, är att anse som indispositiv. Med hänsyn till den nyligen tillsatta utredningen om en översyn av vissa frågor om upphovsrätt (Ju 2022:16) avstår fakultetsstyrelsen från att lämna synpunkter om detta vid innevarande tillfälle, men önskar emellertid hänvisa till EU-domstolens avgörande i mål C-435/12 ACI Adam m.fl. i vilket domstolen bedömde att artikel 5.2 b infococ-direktivet förvisso förhindrar rättsinnehavare från att stödja sig på sin ensamrätt att *tillåta eller förbjuda* mångfaldigande för att hindra privatkopiering av sina verk (p 31).

Fakultetsstyrelsen menar, med hänsyn taget till den nytillsatta utredningen, att det bör övervägas om det inte är mer effektivt och fruktbart att först ta ställning till eventuella moderniseringar av 12 § URL och därefter anpassa PKE-systemet efter innehållet i den bestämmelsen.

1.2 Begränsningen i 12 § URL avseende litterära verk och förhållandet till PKE

Fakultetsstyrelsen instämmer med utredningens bedömning att begränsningen i 12 § 1 st. URL avseende litterära verk, som anger att framställning av litterära verk i skriftlig form får endast avse begränsade delar av sådana verk eller sådana verk av begränsat omfång, avser såväl tryckt litteratur som litteratur i digital form (s. 26). Med hänsyn till framställningsrättens allomfattande räckvidd kan inskränkningen i praktiken därmed inte tillämpas på framställning av litteratur i elektronisk form, såvitt det inte avser litterära verk i begränsat omfång, eftersom framställning i ett

datorsystem oundvikligen resulterar i en framställning av hela verket, till exempel när en e-bok överförs till en läsplatta, från gammal till ny surfplatta, eller annan anordning. Av lagtekniska skäl kan dock inskränkningen tillämpas på ljudböcker eftersom den skyddade prestationen då avser en ljudupptagning som skyddas av närstående rättigheter enligt 46 § URL.

Fakultetsstyrelsen lämnar inom ramen för innevarande arbete inga synpunkter på i vilken utsträckning en sådan begränsning överensstämmer med det materiella innehåll avseende det tillåtna förfogandet i artikel 5.2 b infoc-direktivet. Emellertid önskar fakultetsstyrelsen uppmärksamma om att begränsningen kan anses gynna vissa rättsinnehavare medan den missgynnar andra. En sådan ordning riskerar att inte betrakta samma kategorier av marknadsaktörer på upphovsrättsområdet lika. Även för konsumenter ser förfogandemöjligheterna olika ut beroende av typen av litterärt verk de avser att framställa. Begränsningen innebär vidare att det relevanta förfogandet som därmed inte kan ske med stöd av 12 § URL *behöver* uttryckligen regleras i avtalsvillkor med konsumenter för att helt vanlig användning inte ska innebära intrång.

1.3 Privatkopieringsinskränkningens upphörande i förhållande till PKE

Enligt 12 § URL får berättigade användare (privatpersoner) framställa *ett eller några få* exemplar av samma verk eller prestation skyddad av närstående rättigheter. Formuleringen innebär vid en strikt tolkning av de i lagen uttryckligen ställda förutsättningarna för tillåten användning att 12 § inte medför rätt att framställa *mer än* några få exemplar.

Fakultetsstyrelsen ansluter sig här till den i doktrin uttryckta bedömningen att möjligheten för en berättigad användare att framställa exemplar för privat bruk upphör efter att användaren har framställt mer än nämnda antal exemplar (jmf. Szkalej, *Copyright in the Age of Access to Legal Digital Content*, 2021, s 273 ff.). Detta innebär att inskränkningen upphör att gälla och att framställning av exemplar för privat bruk (utöver det tillåtna antalet) återfaller till rättsinnehavaren, dvs. att ensamrätt gäller återigen. Även i detta avseende avstår fakultetsstyrelsen från att lämna synpunkter om i vilken utsträckning en sådan begränsning överensstämmer med det materiella innehållet i artikel 5.2 b infoc-direktivet avseende det tillåtna förfogandet för digital användning. Fakultetsstyrelsen kan emellertid konstatera att det nuvarande PKE-systemet inte på något sätt beaktar 12 § URL begränsade räckvidd. Det nuvarande systemet, i kombination med denna begränsning, innebär att PKE-systemet riskerar att ersätta rättsinnehavare för framställning av exemplar som inte (längre) sker med stöd av 12 § URL. Ett sådant system riskerar att stå i strid med artikel 5.2 b infoc-direktivet (mål ACI Adam m.fl. p 56).

Med hänsyn till mångfaldiganderättens allomfattande räckvidd, anser fakultetsstyrelsen att moderniseringen av PKE-systemet behöver beakta denna begränsning i 12 § URL, antingen genom en lämplig bestämmelse i anslutning till PKE-systemet som sätter en yttre gräns för ersättningen, eller att begränsningen i nämnda paragraf avvecklas, eller att det tydliggörs att begränsningen endast avser analoga format.

1.4 PKE, möjlighet att framställa exemplar, och användning av tekniska skyddsåtgärder (52 d § URL)

Artikel 5.2 b infoc-direktivet anger att ett PKE-system behöver beakta användningen av – enligt svensk upphovsrättslig terminologi – tekniska åtgärder, såsom kopieringsspärar. Direktivtexten anger inte närmare på vilket sätt

fastställandet av ersättningsnivån ska beakta användningen av sådana åtgärder men anger att full hänsyn ska tas till sådan användning. EU-domstolen har i mål C-463/12 Copydan mot Nokia Danmark klargjort att användningen av tekniska åtgärder endast påverkar den konkreta ersättningsnivån men att den inte innebär att ersättning inte ska utgå alls (p 73). Eftersom tekniska åtgärder syftar till att kontrollera och begränsa möjligheten till framställning bedömer fakultetsstyrelsen att användningen av tekniska åtgärder borde innebära en minskning av ersättningsnivån.

Fakultetsstyrelsen konstaterar vidare att det existerande PKE-systemet inte innehåller någon bestämmelse om hur ersättningen ska påverkas när tekniska åtgärder används. Fakultetsstyrelsen önskar vidare förtydliga att innevarande synpunkt endast avser fastställandet av ersättningens storlek. Det är enligt Fakultetsstyrelsen en annan fråga om PKE ska omfatta samtliga typer av innehållstjänster eller skilja på dem beroende av om den framställningen som sker bedöms falla inom 11 a § eller 12 § URL.

1.5 Molntjänster

Den 24 mars 2022 meddelande EU-domstolen dom i mål C-433/20 Austro-Mechana mot Strato avseende tillämpningen av artikel 5.2 b infosoc-direktivet på s.k. molntjänster. Domstolen konstaterade bland annat att bestämmelsen ska tolkas så att den omfattar användning av molntjänster för att skapa säkerhetskopior samt, att medlemsstater får välja om tillhandahållandet av sådana tjänster ska grunda rätt till PKE.

Domen har av uppenbara skäl inte kunnat beaktas i betänkandet. I detta hänseende anser fakultetsstyrelsen i enlighet med uppfattningen i doktrin att förbudet i 12 § st. 3 p 1 URL torde innebära att en berättigad användare inte kan använda en molntjänst med stöd av 12 § URL för att skapa privata säkerhetskopior av musikaliska verk eller filmverk (jmf. Szkalej, s. 270 f.).

Följaktligen anser fakultetsstyrelsen att 12 § URL behöver ändras för att den ersättningsgrundande inskränkningen ska få ett EU-konformt innehåll. Detta aktualiserar i sin tur frågan om ett moderniserat PKE-system ska avse även molntjänster i ljuset av den frihet medlemsstaterna åtnjuter till följd av domen.

Medan vissa molntjänster är tillgängliga för konsumenter efter en enkel anmälan direkt till tjänsten, inkluderas idag tillgång till sådana tjänster även som del av ett större paket när konsumenter anmäler sig till en tjänst som i sig inte avser tillgång till verk, exempelvis Microsoft Office 365-paketet som ger tillgång till OneDrive, eller Google's e-mailtjänst Gmail som ger tillgång till GoogleDrive. Tillgång till en molntjänst erbjuds idag även av såväl vissa tillverkare av konsumentelektronikprodukter, såsom mobiltelefoner och surfplattor, som tillhandahållare av lagliga innehållstjänster som lagrar "köpt" innehåll eller till vilka innehåll i konsumentens befintliga kollektion kan laddas upp så att konsumenten får tillgång till sitt innehåll från alla sina enheter genom tjänsten. I vissa fall kan det handla om en och samma aktör, till exempel Apple.

Ett PKE-system som träffar molntjänster skulle enligt fakultetsstyrelsen behöva skilja mellan olika typer av molntjänster och omständigheterna kring konsumentens tillgång till tjänsten samt på något sätt beakta att tillgång till tjänsterna, jämfört med köp av en anordning från vilket verk kan återges, i många fall är kostnadsfri. Till skillnad från idag gällande ordning för ersättningsskyldighet som träffar importörer och tillverkare av anordningar, skulle regelverket även behöva förena upphovsrätten med annan lagstiftning som tillhandahållare av molntjänster anpassar sina tjänster efter, såsom cybersäkerhetslagstiftning eller integritetskyddslagstiftning, och vidtar åtgärder som samtidigt kan anses ha betydelse utifrån ett upphovsrättsligt perspektiv;

exempelvis vid serverbackup eller effektiv systemadministration för att säkra driftskontinuitet.

Sammantaget bedömer fakultetsstyrelsen att inkludandet av molntjänster skulle medföra en komplexitet i regelverket och riskera att bli oförutsebart, och anser därför att ett modernt PKE-system inte bör omfatta molntjänster.

2 Specifika synpunkter

Den fortsatta numreringen av rubriker följer betänkandet.

9.1.1 Förutsättning att verk ska ha sänts ut i radio eller tv eller getts ut på anordningar genom vilka de kan återges

Fakultetsstyrelsen instämmer med betänkandets förslag och underliggande motivering till att ta bort begränsningen att verk ska ha sänts ut i radio eller tv eller getts ut på anordningar genom vilka de kan återges och i stället införa en annan mer allmän ordning (behandlas under nästa rubrik).

Den yttre gränsen för ersättningsgrundad framställning kommer fortsättningsvis definieras av 12 § URL, enligt vilken framställning endast får ske av *offentliggjorda* verk samt härröra från en lovlig förlaga. Fakultetsstyrelsen anser att vid en utvidgning av kategorierna av ersättningsgrundande verk och av kategorier av rättsinnehavare som förslaget kan uppfattas innebära behöver de övriga begränsningarna i 12 § URL beaktas. Genomförandet av utredningens förslag i detta hänseende innebär enligt fakultetsstyrelsens mening alltså inte att exempelvis e-böcker automatiskt kommer omfattas av PKE eftersom denna verkskategori i praktiken faller utanför tillåten framställning enligt 12 § URL. Det är först efter att sådana verkskategorier inkluderas i 12 § URL som de omfattas av den yttre gränsen.

9.1.2 Förutsättning att rätt till ersättning avser rättsinnehavare som påverkas ekonomiskt

Som en inre gräns för ersättningsgrundad framställning föreslår betänkandet att ekonomisk påverkan ska vara en förutsättning för PKE. Ersättningen ska vidare *inte* utgå om den ekonomiska påverkan är obetydlig. Fakultetsstyrelsen instämmer med förslaget och motiveringens huvudsakliga drag. Den använda terminologin kan dock inte få en annan innebörd än den som avses i artikel 5.2 b infosoc-direktivet och p 35 i direktivets ingress.

Fakultetsstyrelsen instämmer vidare med bedömningen i betänkandet att kopiering som sker till följd av användningen av olika lagliga tjänster väcker komplexa frågor och att förhållandet till PKE-systemet ytterst är en fråga för EU-domstolen. I anslutning till denna komplexitet vill fakultetsstyrelsen påpeka att användningen av kopieringsspärrear, och därmed vilka förfogandemöjligheter som konsumenter upplever, samt innehållet i tjänsternas avtalsvillkor är inbördes autonoma. Enligt fakultetsstyrelsens kan det alltså inte presumeras att teknikens exakta funktionalitet motsvarar innehållet i avtalsvillkoren eller vice versa. Från ett marknadsmässigt perspektiv kan därmed en tjänsteleverantör välja att uttryckligen tillåta framställning av exemplar, att förbjuda framställning helt, eller inte reglera framställning alls, samtidigt som tekniken kan konfigureras oberoende av avtalet.

Skillnader kan även förekomma mellan till synes jämförbara tjänster eller inom ramen för en och samma tjänst om tjänsteleverantören bestämmer sig för att ändra sin affärsmodell eller om en rättsinnehavare återkallar sitt samtycke att verket tillgängliggörs på ett sätt som tidigare. Det arbete som föregick antagandet av portabilitetsförordningen (förordning (EU) 2017/1128) bekräftar också att tjänsterna

kan se olika ut i olika medlemsstater. Den digitala marknaden är mot denna bakgrund inte enhetlig och den är oförutsebar.

Avtalsvillkorens innehåll och en tjänsts funktionalitet aktualiserar i sin tur även komplexa frågor på konsumenträttens område, till exempel om ett villkor är att anse som oskäligt enligt avtalsvillkorlagen och inte bör användas eller om näringsidkaren korrekt fullgör sin skyldighet enligt 2 kap. 2 § st. 1 p 18 (och sedan september 2022 i stället 2 kap. 2 § st. 1 p 19–20) distansavtalslagen; vilket först kan prövas efter att tjänsten använts.

Mot bakgrund av den kontroll som marknaden för laglig tillgång till skyddat innehåll åtnjuter samt den frihet som aktörer i början och i mitten av distributionskedjan har att avgöra vilken tjänst som ska erbjudas och hur den ska fungera för konsumenter anför fakultetsstyrelsen följande. Ett moderniserat PKE-system, i vilken rätt till ersättning grundas på en förutsättning att rättsinnehavaren ska påverkas ekonomiskt i inte obetydlig omfattning, och där PKE endast kan utgå för framställning av exemplar från en lovlig förlaga, bör innehålla en omvänd bevisbörda som innebär att en rättsinnehavare för att vara aktuell för PKE visar att de påverkas ekonomiskt i inte obetydlig omfattning.

Fakultetsstyrelsen ansluter sig här till betänkandets bedömning att dubbelersättning kan vara ett reellt problem när rättsinnehavaren, eller tjänsten som rättsinnehavaren har ett avtal med om det är en annan aktör, sätter priset och de rättsliga och tekniska villkoren för tillgång till och eventuell möjlighet att framställa exemplar av ersättningsgrundande verk, samt att konsumenten uppenbarligen är den grupp av berörda aktörer i systemet som har den svagaste förhandlingspositionen; och inte heller verkar delta som ett berättigat användarkollektiv i branschförhandlingar.

Det är inte ovanligt på upphovsrättsområdet att rättsinnehavare inledningsvis behöver styrka sin rätt. I intrångsmål är detta utgångspunkten. En omvänd bevisbörda torde inte föranleda någon svårighet för rättsinnehavare som tillhandahåller sina verk utan kopieringsspärar och avstår från att reglera framställning av exemplar i avtal. Det relevanta (dvs ersättningsgrundande) förfogandet regleras då av inskränkningen i 12 § URL helt och hållet och det räcker med att rättsinnehavaren visar att verken är tillgängliga på angivet sätt. Ersättningsgrundad skada kan då antas inträffa eftersom den berättigade användaren är fri att framställa exemplar enligt 12 § URL utan hinder från rättsinnehavaren.

En rättsinnehavare som däremot frångår det i lag uppställda förhållandet att ensamrätten inte ska gälla genom att med hjälp av avtalsvillkor och kopieringsspärar förhindra framställning av exemplar skulle då behöva åberopa en omständighet som förklarar hur eventuellt nyttjande av 12 § URL av en berättigad användare trots allt kan leda till en inte obetydlig ekonomisk skada. En sådan omständighet skulle kunna utgöras av att verket samtidigt är (lagligen) tillgängligt på en för den svenska marknaden tillhandahållen tjänst som låter berättigade användare framställa exemplar enligt 12 § URL. Den i betänkandet beskrivna gråzonen kommer emellertid bero på de parametrar som ställs upp för respektive kategori av tjänst och med tiden preciseras av EU-domstolen.

Utredningen ställer sig kritiskt till att låta en upphovsrättsorganisation i varje enskilt fall bedöma om en enskild rättsinnehavare har påverkats ekonomiskt i endast obetydlig omfattning av viss kopiering eftersom det skulle vara betungande att hantera och analysera mängden av information som inhämtas från rättsinnehavare (s 100). Fakultetsstyrelsen anser att så inte behöver vara fallet vid en omvänd bevisbörda.

Med en omvänd bevisbörda kan organisationen fokusera på att bedöma om rättsinnehavare ska anses vara ersättningsberättigad för att de påverkas ekonomiskt i inte obetydlig omfattning istället för att behöva utreda om en i och för sig ersättningsberättigad rättsinnehavare inte ska erhålla ersättning. En omvänd bevisbörda skapar då starka incitament att själv ta kontakt med upphovsrättsorganisationen, men även att i längden erbjuda – om rättsinnehavaren så önskar – tillgång till verk på ett sätt som är förenligt med 12 § URL. Den insamlade informationen kan sedan stödja den av betänkandet föreslagna myndighetens arbete. En jämförbar ordning som innebär att rättsinnehavare behöver förse en marknadsaktör med relevant och nödvändig information har nyligen föreslagits av regeringen i samband med genomförande av artikel 17 DSM-direktivet (Prop. 2021/22:278 s 129).

9.1.2 Införandet av en definition av privatkopiering i 12 § URL

Fakultetsstyrelsen anser att en definition av *privatkopiering*, eller begreppet fristående, inte ska införas i 12 § eller i andra delar av URL. Begreppet *privatkopiering* utgör visserligen en operativ benämning för det förfogandet som 12 § URL avser. Införandet av en för upphovsrättslagen i och för sig främmande terminologi riskerar emellertid att orsaka rättsosäkerhet vad gäller det förfogandet inskränkningen är avsedd att möjliggöra. De centrala begreppen i bestämmelsens nuvarande ordalydelse – att framställning av exemplar får ske för privat bruk – avgränsar bestämmelsens tillämpningsområde på ett sätt som inte orsakar några tolkningssvårigheter vad gäller berättigade användare eller det tillåtna förfogandet; dvs. bestämmelsens egentliga syfte som en inskränkning i upphovsrätten.

Fakultetsstyrelsen instämmer emellertid med bedömningen i betänkandet att det är lämpligt att knyta an rätten till PKE med 12 § URL på ett tydligt sätt och föreslår att detta åstadkoms genom en enkel hänvisning till PKE-bestämmelserna (för närvarande 26 k–26 m §§), likt den som infördes i 26 § i den norska åndsverkloven.

Ett nytt femte stycke skulle därför kunna införas i 12 § URL, exempelvis med följande lydelse: ”För framställning av exemplar enligt första stycket ges upphovsmannen rätt till rimlig ersättning enligt bestämmelserna i 26 k–26 m §§”. Den föreslagna formuleringen tar sikte på existensen av inskränkningen och inte på varje individuell framställning som åstadkoms med stöd av inskränkningen samtidigt som den tillåter modernisering av PKE-systemet i enlighet med betänkandets huvudsakliga drag eller på annat sätt.

9.1.3 Utvidgningen av PKE till ytterligare kategorier av rättsinnehavare

Fakultetsstyrelsen välkomnar utvidgningen av PKE till ytterligare kategorier av rättsinnehavare. Starka argument talar för att systemet bör utvidgas till författare av litteratur och bildkonst. En sådan utvidgning genomfördes i Norge i samband med moderniseringen av åndsverksloven år 2018. En sådan utvidgning skulle dock i vissa hänseenden innebära att relevanta ändringar införs i 12 § URL.

Fakultetsstyrelsen ställer sig emellertid frågande till att PKE-systemet utvidgas till radio- och tv företag enligt förslaget och önskar framföra att PKE-systemet, i ljuset av artikel 5.2 b infosoc-direktivet, uteslutande tar sikte på framställning av exemplar med stöd av en inskränkning i mångfaldiganderätten. Det finns en risk att utvidgning av PKE till innevarande kategori av rättsinnehavare kommer kompensera dessa rättsinnehavare när de utövar en annan rättighet än den som inskränks, nämligen utsändningsrätten.

När det gäller mångfaldiganderätten åtnjuter radio- och tv företag enligt artikel 2 e infosoc-direktivet en rätt att förbjuda eller tillåta framställning av *upptagningar* av

utsändningar; dvs mångfaldigande av en inspelad utsändning. Mot denna bakgrund anser fakultetsstyrelsen att rätten enligt artikel 2 e infosoc-direktivet, och följaktligen inskränkningen i denna ensamrätt enligt artikel 5.2 b, torde aktualiseras endast när en berättigad användare framställer exemplar av en upptagning av en utsändning som har sänts ut eller som tillgängliggörs på begäran enligt artikel 3.2 d infosoc-direktivet. Livesändningar torde enligt fakultetsstyrelsens mening alltså inte kunna aktualisera PKE alls. Om utövandet av utsändningsrätten är förknippad med stora investeringar saknar betydelse eftersom den inte avser mångfaldiganderätten.

Utövandet av mångfaldiganderätten av radio- och tv företag, här att spela in en pågående live-sändning, föranleder i sin tur med dagens inspelningsteknik väsentligt mindre kostnader jämfört med de kostnader som var aktuella vid tiden för rättighetens internationella harmonisering (till exempel artikel 13(c)(i) Romkonventionen 1950).

Fakultetsstyrelsen menar vidare att radio- och tv företags mångfaldiganderätt i många fall kan sammanfalla med andra rättsinnehavarkategoriernas mångfaldiganderätt till upptagningen i sig eller det upptagna materialet. En utvidgning skulle därför föranleda ett behov att för varje inspelad utsändning skilja mellan olika rättsinnehavare och den skyddade prestationen samt kalibrera fördelningen av ersättningen efter det. När ett radio- eller tv-företag samtidigt kan anses vara en framställare av en upptagning av ljud eller rörliga bilder enligt 46 § URL torde de emellertid redan omfattas av systemet.

Fakultetsstyrelsen instämmer med bedömningen att PKE inte behöver införas för framställare av kataloger eller tabeller. Däremot önskar fakultetsstyrelsen uppmärksamma om att i enstaka fall kan vissa prestationers klassificering få negativa konsekvenser för såväl berättigade användare som relevanta rättsinnehavare eftersom prestationen inte får framställas enligt 12 § URL och därmed kommer PKE inte kunna aktualiseras. Ett exempel är musikalbum som innehåller ett urval av ett stort antal sånger som sammanställts på ett givet sätt, såsom tidskriften RollingStones "The 500 Greatest Songs of All Time", och därmed kan utgöra en sammanställning i digital form som exkluderas från 12 § enligt 2 st. 3 p.

9.2.1 PKE ska knytas till anordningar som i betydande utsträckning används för privatkopiering

Fakultetsstyrelsen instämmer med förslaget att PKE ska knytas till anordningar som i betydande utsträckning används för framställning av exemplar enligt 12 § URL. Förslaget får anses vara teknikneutralt i den bemärkelsen att omfattningen av PKE-systemet kan ändras och anpassas efter tidens anda, vad gäller såväl berättigande användares kopieringsmönster, frekvens, tekniska möjligheter, samt övriga marknadsförhållanden avseende tillgång till skyddat material.

Samtidigt önskar fakultetsstyrelsen anföra följande. PKE-systemet utgår ifrån inskränkningen i rätten att framställa exemplar (mångfaldiganderätten). Ensamrättens allomfattande karaktär innebär att varje användning av ett exemplar i ett datorsystem innebär ett mångfaldigande i den mening som avses i 2 § URL och artikel 2 infosoc-direktivet, oavsett om användaren faktiskt kan få tillgång till verket eller inte; till exempel när en berättigad användare kopierar en krypterad fil till ett annat lagringsmedium. Men det ekonomiska värdet av att framställning genomförs är kopplat till att användaren kan se, lyssna eller på annat sätt uppleva verket. Så är fallet för vissa traditionella, analoga, uttrycksformer som tryckta böcker eller bildkonst. I dessa fall kan verket upplevas i samma stund som framställning åstadkoms.

Framställning av en krypterad fil, däremot, orsakar inte någon ekonomisk skada för rättsinnehavare om användaren inte kan få tillgång till innehållet i filen, oavsett hur många gånger filen kopieras i ett datorsystem. Detsamma kan sägas gälla okrypterade filer som är lagrade på sådana anordningar genom vilka verket inte kan direkt återges.

En alternativ och enklare ordning till den föreslagna skulle därför vara att PKE knyts till anordningar som inte i och för sig används (i betydande utsträckning) för framställning av exemplar i rättsteknisk mening, utan till anordningar som används (i betydande utsträckning) för att uppleva verket; dvs genom vilka verket kan återges för mänsklig kognition, till exempel datorskärmar, högtalare, hörlurar och anordningar för punktskrift. Förslaget skulle sannolikt innebära att antalet olika anordningar minskar samtidigt som det träffar den användningen som i praktiken har egentlig ekonomisk betydelse. PKE-systemet skulle då kunna anpassas i takt med den tekniska utvecklingen där produkter utvecklas för en vid tiden gällande teknisk standard, exempelvis TV-apparater med HDMI-uttag som har ersatt TV-apparater med SCART-uttag som inte kan hantera moderna lagringsmedia.

Under en sådan ordning skulle utgångstariffer kunna anges i lag som en procentandel av försäljningspriset av den relevanta anordningen och minska proportionerligt i takt med den tekniska utvecklingen på konsumentelektronikmarknaden tills den hamnar på 0% (exempelvis efter tio år) när anordningen kan anses utgöra gammal teknik som har ersatts av ny teknik.

Förslaget innebär vidare att en bedömning inte utgår från hittills gällande ordning att tariffer beror på en anordnings lagringsutrymme *utan att beakta* att digitala verk kan ta upp allt från några megabytes utrymme, som musik i mp3-format, till några gigabytes, som high-definition filmer eller high-fidelity musik. Behov av lagringsutrymme skulle helt sakna betydelse eftersom konsumenterna vanligtvis upplever ett verk i taget. Förslaget är vidare kompatibelt med fakultetsstyrelsens inledande synpunkt att molntjänster inte bör omfattas av PKE.

9.2.2 Skyldighet att betala ersättning och tidpunkt för skyldigheten

Fakultetsstyrelsen ställer sig skeptiskt till möjligheten att låta marknadens aktörer träffa avtal om ersättningsskyldighetens praktiska genomförande när lagen samtidigt anger vilken aktör som är ersättningsskyldig, särskilt med beaktande av de höga engångsbeloppen som i praktiken under nuvarande ordning är aktuella. Enligt fakultetsstyrelsens mening kan nämligen ett sådant system leda till att aktörer som enligt lag inte är att anse som ersättningsskyldiga blir mindre villiga att ingå avtal om att ta på sig en sådan skyldighet.

Fakultetsstyrelsen instämmer för övrigt med betänkandets slutsats att ersättningsansvaret av effektivitetsskäl ska placeras längre ned i försäljningskedjan, dvs. närmare den aktör som slutligen säljer relevanta anordningar till en konsument (berättigad användare). PKE-grundande transaktioner bör ligga så nära den berättigade användaren som möjligt eftersom det är den användaren som slutligen är skyldig att erlagga PKE. Att näringsidkare har strävat efter att uppnå en sådan ordning genom avtal med Copyswede talar för att en sådan ordning bör inrättas.

9.2.3 Undantag från PKE

Fakultetsstyrelsen instämmer med att undantag ska finnas kvar. Flyttas ersättningsansvaret längre ned i försäljningskedjan till den aktör som slutligen säljer relevanta anordningar kan en bedömning om ett undantag är tillämpligt genomföras av samma aktör som är ersättningsansvarig, vilket borde medföra en större träffsäkerhet ur förvaltningsorganisationens administrationssynpunkt vad gäller

ersättningsgrundad försäljning och undantagen försäljning. Det kommer sannolikt också öka den praktiska möjligheten för en privatperson att återropa nuvarande 26 k § 2 st. 1 p URL när de köper lagringsmedia för andra ändamål än framställning av exemplar med stöd av 12 § URL; till exempel för att kunna skapa säkerhetskopior av personliga datorfiler som semesterbilder och -filmer m.m.

Fakultetsstyrelsen ställer sig emellertid tveksam till att möjlighet till återbäring inte ska regleras i lag. Att låta återbäringsmöjligheten fortsätta styras av allmänna obligationsrättsliga grundsatser innebär att återbetalning hamnar utanför det reglerade systemet när resterande aspekter av systemet regleras i lag. Fakultetsstyrelsen konstaterar vidare, i ljuset av att inskränkningen i 12 § URL upphör avseende framställning av exemplar utöver de tillåtna, att det inte finns någon föreskrift som beaktar att en berättigad användare inte längre får återropa 12 § URL för att framställa exemplar av ett verk för privat bruk. Om 12 § URL även fortsättningsvis ska vara begränsad till ett eller några få exemplar bör ett undantag finnas av rättstekniska skäl så att PKE-systemet inte finansierar olaglig framställning av exemplar. En sådan ordning är dock mycket svår att uppehålla, vilket snarare ger stöd för slutsatsen att 12 § URL behöver moderniseras.

9.3.1 Angivelse av anordningar och nivåer i lag

Fakultetsstyrelsen instämmer med betänkandet och den underliggande motiveringen till att specifika anordningar inte ska anges i lag. Fakultetsstyrelsen anser emellertid att maxbelopp för nivån behöver framkomma som en vägledande indikation för vad som anses utgöra orimlig ersättning för nyttjandet av 12 § URL. Ett sådant förslag hindrar inte att den i betänkandet föreslagna myndigheten uppskattar att en rimlig ersättning understiger det lagstadgade maxbeloppet med hänsyn till gällande marknadsförhållanden. Eftersom PKE-grundande framställningar endast får avse framställning av exemplar från en lovlig förlaga uppskattar fakultetsstyrelsen att PKE-nivån per anordning förblir förhållandevis låg. PKE, som ersätter rättsinnehavare för begränsat utnyttjande av framställningsrätten, torde inte utgöra den huvudsakliga inkomstkällan på upphovsrättsmarknaden. Det är i stället individuell kommersiell licensiering av framställningsrätten och rätten att överföra verk till allmänheten, genom avtalslicens, samt, vad gäller konsumenter, transaktioner för tillgång till lagliga tjänster.

I den mån marknadens parter skulle förväntas förhandla eller gemensamt önska föreslå vilka anordningar och nivåer som bör gälla (till exempel för att stödja den föreslagna myndighetens arbete) kommer ett maxbelopp innebära att parterna är fria att inom en inre gränsen göra sina bedömningar. Till skillnad från nuvarande marknadspraxis bör dock även en konsumentorganisation delta i sådana samtal så att berättigade användare i egenskap av den aktör som enligt systematiken i artikel 5.2 b infosoc-direktivet slutligen ska träffas av PKE har representation som ett kollektiv, på samma sätt som Copyswede företräder rättsinnehavare och ElektronikBranschen relevanta näringsidkare.

9.3.2 – 9.3.6 Inrättande av en ny myndighet samt myndighetens uppgifter

Fakultetsstyrelsen instämmer med förslaget att en myndighet ska ange vilka anordningar som medför ersättningsskyldighet och vilka ersättningsnivåer ska gälla för dessa anordningar, men inom den gräns som ställs i lag. Fakultetsstyrelsen instämmer också med förslagets huvudsakliga drag vad gäller myndighetens uppgifter och arbetssätt men anser att myndigheten även bör inhämta information från lämplig konsumentorganisation om ett konsumentperspektiv inte på annat sätt

kan tillgodoses. I detta hänseende önskar fakultetsstyrelsen anförda följande om myndighetens organisation.

Fakultetsstyrelsen instämmer med bedömningen i betänkandet att en och samma myndighet inte borde få i uppgift att fastställa ersättningsgrundande anordningar och ersättningsnivåer och samtidigt utöva tillsyn över den organisation som ansvarar för att samla in PKE. Medan det inom PRV finns expertis på immaterialrättområdet, anser fakultetsstyrelsen att sådan expertis är sekundär till myndighetens huvudsakliga uppgift att fastställa relevanta ersättningsnivåer och vilka anordningar som ska omfattas av PKE. Den immaterialrättsliga dimensionen förefaller inte kräva komplicerade bedömningar i dessa fall och därmed krävs ingen djupgående immaterialrättslig expertis eftersom PKE utgår ifrån en lagstadgad inskränkning.

Den expertis som emellertid kommer krävas är djupgående kännedom om marknadsförhållanden och dess dynamiska karaktär. Med undantag för portabilitetsförordningen regleras inte detta genom renodlad upphovsrättslig-relevant lagstiftning utan av annan lagstiftning. Fakultetsstyrelsen anser att den myndighet som redan besitter, och med hänsyn till växande reglering inom sitt ordinarie verksamhetsområde kan förväntas utveckla, expertis om marknadsförhållanden och redan nu innehar en juridisk verktygslåda för att kunna hantera många komplexa frågeställningar som avser digitala marknader som förväntas uppstå vid fullgörandet av uppgifterna är Konsumentverket. Fakultetsstyrelsen föreslår följaktligen att Konsumentverket ska få uppdraget att ange aktuella anordningar och ersättningsnivåer.

9.4.1 Administration av ersättningen

Fakultetsstyrelsen instämmer med betänkandets förslag och motiveringens huvudsakliga drag. Fakultetsstyrelsen anser emellertid, som framgår ovan, att ersättningsskyldighet ska flyttas längre ned i försäljningskedjan till den aktör som slutligen säljer relevanta anordningar till en konsument, varför administrationen ska träffa endast dessa näringsidkare och endast avse försäljning av relevanta anordningar.

9.4.2 Fördelning till rättsinnehavare

Fakultetsstyrelsen instämmer med betänkandets förslag och motiveringens huvudsakliga drag. Fakultetsstyrelsen anser emellertid, som beskrivits ovan, att en omvänd bevisbördan ska tillämpas, med följd att rättsinnehavare tillför organisationen uppgifter som visar att de påverkas ekonomiskt i inte obetydlig omfattning av den ersättningsgrundande framställningen. Fakultetsstyrelsen instämmer vidare med betänkandets bedömning att det bör ligga ett ansvar på rättsinnehavare att ange om de på något sätt redan har kompenserats för framställningen. En sådan upplysning kan ingå i organisationens bedömning om den ekonomiska påverkan är att anse som inte obetydlig och därmed PKE-grundande.

Enligt delegation

Aurelija Lukoseviciene

Kacper Szkalej

Ulf Maunsbach