

YTTRANDE
Dnr Ku2019/00550/KO
Regeringskansliet
Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt
103 33 Stockholm

Stockholm den 25 mars 2020

Genomförandet av artikel 3-12 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv

Inledning

Svensk biblioteksförning är tacksam för möjligheten att få lämna synpunkter på Justitiedepartementets promemoria "Underlag för inhämtning av synpunkter rörande genomförandet av artiklarna 3-12 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv" (2020-02-17).

Svensk biblioteksförning arbetar för att öka kunskapen om bibliotekens uppgifter och funktioner, och för att stärka bibliotekens förutsättningar och möjligheter.

Föreningens synpunkter utgår från ett brett kunskaps- och informationsfrihetsperspektiv på upphovsrätten. På grund av digitaliseringen är bibliotekens roll och funktion för närvarande föremål för förändring. Ett bibliotek går nu från att i huvudsak vara en fysisk plats där pappersböcker lånas ut till att bli en bred plattform för informationsutbyte och kunskapsskapande. Bibliotekens verksamheter är i hög grad sammankopplade och överlappande med verksamheter som bedrivs av skolor, universitet, museer, arkiv m.fl.

Olika typer av bibliotek (folkbibliotek, universitetsbibliotek etc.) har delvis olika roller och funktioner. Behoven i upphovsrättsligt hänseende kan därför variera. Som exempel kan nämnas att universitetsbiblioteken idag i stor utsträckning är inriktade på digitalt material och lägger en betydande del av sina budgetar på licenser för tillgång till databaser. Detta dokument följer promemorians struktur.

1. Undantag och inskränkningar i upphovsrätten (artikel 3-7)

1.1 Direktivet

1.2 Generella frågeställningar

1.2.1 Den allmänna harmoniseringsgraden

Svensk biblioteksforeningen instämmer i bedömningen.

Föreningen vill i detta sammanhang framhålla behovet av en allmän översyn av inskränkingsbestämmelserna i 2 kap. upphovsrättslagen. I samband med genomförandet av det s.k. infosoc-direktivet valde den svenska lagstiftaren att endast delvis utnyttja utrymmet för inskränkningar i ensamrätten. Den tekniska utvecklingen och EU-domstolens rättspraxis har tydliggjort behovet av utvidgade och helt nya inskränkningar som kan bidra till att det i svensk rätt skapas en korrekt balans mellan rättsinnehavarnas intressen och viktiga samhällsintressen av olika slag. Svensk biblioteksforening vill särskilt peka på behovet av moderna och flexibla inskränkningar i verksamheter som rör forskning och utbildning samt nyhetsrapportering.

Framför allt ser svenska forskare problem i samband med internationella samarbeten med forskare i länder som har mer generösa forskningsundantag inom upphovsrätten. Föreningen förordar därför bl.a. att Sverige genomför artikel 5.3 a) i infosoc-direktivet på ett mer långtgående sätt.

Ett sådant forskningsundantag behövs också för att säkerställa att resultatet av text- och datautvinning med säkerhet ska kunna spridas, något som inte automatiskt garanteras genom att artikel 3 och 4 i det nya upphovsrättsdirektivet genomförs. I många fall kan resultatet av sådan utvinning visserligen spridas utan begränsning eftersom resultatet inte innehåller element av det skyddade verket eller databasen, vilket innebär att det inte är fråga om något förfogande som omfattas av ensamrätten, men inom vissa forskningsområden (t.ex. lingvistik) kan det inte uteslutas att t.ex. databasskyddet skulle förhindra spridningen av forskningsresultatet. I sammanhanget bör även den s.k. open science-rörelsens ökade betydelse uppmärksammas. Denna rörelse strävar efter att mer än bara forskningspublikationer ska vara tillgängliga för forskarsamhället och den breda allmänheten (open access). Det handlar t.ex. om data, prover och programvara som gör det möjligt att kontrollera och bygga vidare på tidigare forskning. Detta ställer krav på ett forskningsundantag av det slag som finns i infosoc-direktivet.

1.2.2 Tvingande inskränkingsbestämmelser?

Svensk biblioteksforeningen instämmer i bedömningen.

Föreningen ser en stor risk att vissa rättsinnehavare kommer att försöka begränsa möjligheterna till framför allt data- och textutvinning genom avtalade begränsningar i kombination med tekniska skyddsåtgärder (se nedan).

I anslutning till vad som nämnts under avsnitt 1.2.1 vill Svensk biblioteksforening framhålla behovet av att göra även andra nationella inskränkingsbestämmelser än de som har sin grund DSM-direktivet tvingande. Här kan det påpekas att vissa länder inom EU i princip har gjort alla nationella inskränkingsbestämmelser tvingande.

1.2.3 Förhållandet till trestegsregeln

Svensk biblioteksforeningen instämmer i bedömningen, men vill tillägga följande:

Av EU-domstolens rättspraxis från senare år framgår att trestegsregeln inte är den enda rättsliga princip som ska beaktas vid tolkningen av inskränkningar. En central princip är även att inskränkningar ska ges en ändamålsenlig verkan. Domstolen har i flera domar dessutom anvisat en tillämpning av upphovsrätten som leder till en korrekt avvägning mellan olika grundläggande rättigheter, t.ex. upphovsrätten och rätten till yttrande- och informationsfrihet.

Svensk biblioteksforening vill i detta sammanhang framhålla att biblioteken spelar en central roll i att upprätthålla grundläggande rättigheter såsom yttrande- och informationsfriheten. För pappersböcker innebär bestämmelsen om spridningsrättens konsumtion långtgående möjligheter att säkerställa en relevant informationsspridning i samhället. Beträffande information i digital form krävs – för att uppnå samma resultat – en generös tillämpning av övriga inskränkningar i ensamrätten.

1.2.4 Förhållandet till tekniska skyddsåtgärder

Svensk biblioteksforeningen instämmer i bedömningen av hur direktivet ska tolkas

Föreningen vill dock framhålla att den befintliga lösning för att hantera tekniska skyddsåtgärder som hindrar utövandet av inskränkningar i ensamrätten (52 f § upphovsrättslagen) i praktiken kommer att leda till kraftigt begränsade möjligheter att utföra data- och textutvinning.

Text- och datautvinning bygger på att stora mängder data enkelt kan inhämtas från många olika källor. Det är inte realistiskt att tro att text- och datautvinning kommer kunna ske i någon större utsträckning om det krävs att den som vill utföra text- och datautvinningen, men som i strid med en inskränkingsbestämmelse förhindras att göra det av en teknisk skyddsåtgärd, måste väcka talan mot den rättsinnehavare som förhindrar detta.

Svensk biblioteksforening förordar därför en ordning som innebär att ett bibliotek eller en forskningsinstitution som på grund av en teknisk skyddsåtgärd förhindras att utföra en sådan data- och textutvinning som avses i artikel 3 ges rätt att bryta igenom en teknisk åtgärd om rättsinnehavaren inte möjliggör text- och datautvinningen inom 72 timmar efter det att biblioteket eller forskningsinstitutionen har påtalat hindret. En alternativ lösning är att underlåtenheten att avlägsna den otillåtna tekniska skyddsåtgärden på begäran leder till någon form av sanktion.

2. Framställning av exemplar för text- och datautvinning (art. 3 och 4)

2.1 Direktivet och allmänna utgångspunkter för genomförandet

Svensk biblioteks förening instämmer i promemorians bedömning.

På ett övergripande plan förordar föreningen ett genomförande som innebär en tydlig rätt för bibliotek och deras användare att utföra text- och datautvinning beträffande allt material som biblioteken har laglig tillgång till. Utövandet av denna rätt bör inte begränsas till bibliotekens egna lokaler eller till åtgärder som utförs av bibliotekets egen personal. Rättsinnehavarens säkerhetsåtgärder får inte tillåtas begränsa utövandet av inskränkningen (artikel 3).

Alla andra användare bör säkerställas en vid möjlighet att utföra text- och datautvinning, när rättsinnehavaren inte tydligt har motsatt sig detta. Det bör uppställas strikta krav på att en sådan "opt out" sker genom användning av standardiserade lösningar, t.ex. robot-txt-protokollet när de skyddade verken eller prestationerna görs tillgängliga online (artikel 4).

Den beskrivna inriktningen är nödvändig för att säkerställa de aktuella inskränkningarnas ändamålsenliga verkan, dvs. att främja användningen av text- och datautvinning i Europa.

2.2 Särskilda frågeställningar

2.2.1 Vilka rättsinnehavare omfattas av inskränkningen?

Svensk biblioteks förening instämmer i promemorians bedömning.

2.2.2 Vem ska få använda sig av inskränkningen?

Svensk biblioteks förening anser att begreppet kulturarvsinstitution omfattar en något vidare krets än den som omfattas av inskränkningarna i infosoc-direktivet och direktivet om föräldralösa verk. Föreningen delar därför promemorians bedömning att den svenska lagtexten bör utformas i nära anslutning till direktivets definition av begreppet kulturarvsinstitution.

På sidan 16-17 i promemorian förs ett resonemang om artikel 3 som mynnar ut i följande slutsats: "Det ligger därför nära till hands att utgå från att det utnyttjande som bestämmelserna ger utrymme för – i vart fall i huvudsak – alltid måste ske för organisationens eller institutionens räkning eller inom ramarna för deras verksamhet".

Beträffande biblioteken vill föreningen framhålla att det är rimligt att utgå från att data- och textutvinning som sker för besökare och låntagares räkning omfattas av inskränkningen. Hela poängen med att inkludera bibliotek under artikel 3 går annars förlorad, eftersom bibliotekens kärnverksamhet är just att erbjuda service till sina besökare och låntagare.

Det är viktigt att det inte direkt eller indirekt sker en begränsning så att data- och textutvinningen måste utföras i vissa lokaler. Det är t.ex. vanligt att bibliotek har tillgång till relevant material, medan forskare disponerar den kraftfulla utrustning som behövs för själva utvinningen (eventuellt i form av en teknisk driftmiljö i en molntjänst).

2.2.3 Vilken rätt till användning ska inskränkningen medföra?

Svensk biblioteksforening gör bedömning att den exemplarframställning som artikel 3 och 4 tillåter även innefattar digitalisering av material i pappersform för att möjliggöra text- och datautvinning. Det finns flera argument för en sådan tolkning.

För det första indikerar ordalydelsen i artiklarna inte någon begränsning till exemplarframställning i digital form, tvärtom görs inskränkning i sådana ensamrätter som innefattar såväl analog som digital exemplarframställning. För det andra saknas uttalanden i skälen som direkt stöder en sådan inskränkt tolkning. Skäl 8, som promemorian hänvisar till, talar enligt föreningens mening inte alls för en sådan tolkning. För det tredje finns mycket av det material som kan användas för text- och datautvinning, framför allt inom humanioran, än så länge endast i pappersform. En begränsning till material som redan finns i digital form skulle därför betydligt minska värdet av de nya inskränkningarna. För det fjärde ses digital kopiering i upphovsrättsliga sammanhang normalt som det kraftigaste ingreppet i rättsinnehavarens ensamrätt, varför det framstår som motsägelsefullt att just i detta sammanhang ge ett starkare skydd mot kopiering från analogt material.

2.2.4 Vilka ytterligare villkor ska gälla för användningen?

Laglig tillgång/lagligen tillgängliga

Svensk biblioteksforening instämmer i promemorian bedömning.

När det gäller material som gjorts fritt tillgängligt via internet bör utnyttjarens kännedom om materialets laglighet beaktas (jfr EU-domstolens resonemang om länkning till material som olovligt har gjorts tillgängligt i C-160/15, GS Media). Det bör sålunda föreligga en rätt till data- och textutvinning så länge den som gör utvinningen inte insåg eller borde ha insett att materialet publicerats olovligt på nätet.

Lagring av kopior framställda med stöd av inskränkningen

Svensk biblioteksforening instämmer i promemorian bedömning.

Föreningen menar att det inte är nödvändigt eller proportionerligt att kräva särskilda villkor för lagring etc. Det legitima skyddsintresse som rättsinnehavare har i denna situation är att det lagrade materialet inte används för något annat än tillåten text- och datautvinning eller forskning. Detta intresse skyddas emellertid redan genom ensamrättens utformning på så sätt att en användning av det lagrade materialet som inte täcks av en inskränkning (eller en eventuell licens) utgör ett upphovsrättsintrång. Som framhållits i inledningen till avsnitt 2 är det viktigt att det inte i onödan uppställs betungande krav som i praktiken försvårar text- och datautvinningen.

Skyddsåtgärder för "säkerhet och integritet"

Svensk biblioteksforening ser en risk att tillhandahållare av databaser med hänvisning till åtgärder för "säkerhet och integritet" indirekt kommer att försvåra eller omöjliggöra text- och datautvinning. Det kan, som nämns i promemorian, handla om som sådana tekniska skyddsåtgärder som omfattas av skydd enligt kapitel 6 a upphovsrättslagen. Mer troligt är

emellertid att det skulle hand om olika typer av begränsningar av mängden material som kan laddas ner under en viss tid etc. För att säkerställa att ändamålet bakom de aktuella inskränkningarna ska kunna uppnås måste det finnas rättsliga hinder mot denna typ av åtgärder. Direktivets utgångspunkt kan sägas vara att data- och textutvinning ska "ingå" vid laglig tillgång till t.ex. en databastjänst. Det krävs någon form av rättslig reglering som säkerställer detta, t.ex. en reglering som förbjuder volymbegränsningar i tjänsten eller andra indirekta hinder. Sådana åtgärder bör under alla förhållanden inte ses som skyddsåtgärder för "säkerhet och integritet", utan detta uttryck bör, som nämns i promemorian, reserveras för åtgärder som skyddar mot obehörig åtkomst eller användning som rent teknisk hotar systemet eller kvaliteten hos det material som finns i systemet.

2.2.5 "Best practice"

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

2.2.6 Rimlig kompensation

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

3. Användning av verk i digital och gränsöverskridande undervisning (art. 5)

3.1 Direktivet och allmänna utgångspunkter för genomförandet

Svensk biblioteksforening delar bedömningen att en ny nationell inskränkning krävs för att genomföra artikel 5 i DSM-direktivet.

Den nya nationella bestämmelsen bör i enlighet med det utrymme som finns i artikel 5.3 a vara tillämplig även på analogt material.

I princip bör begränsningen till "uteslutande illustrativt syfte" vara tillräcklig för att tillvarata rättsinnehavarnas intresse. För att tillgodose ändamålet med bestämmelsen – att främja utvecklingen av digitalt understödd undervisning och distans- och gränsöverskridande undervisning – bör inskränkning inte begränsas med hänvisning till förekomsten av en (avtals)licens. Om en sådan begränsning av inskränningen ändå görs bör det ställas stora krav på den licens som erbjuds.

3.2 Särskilda frågeställningar

3.2.1 Vilka rättsinnehavare omfattas av inskränningen?

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

3.2.2 Vem ska få använda sig av inskränningen?

Svensk biblioteksforening förordar en vid tolkning av begreppet utbildningsinstitution som att också omfatta bibliotek. Ett viktigt skäl till detta är den i inledningen beskrivna förändringen av bibliotekens funktion och uppgifter som nu sker.

Under alla förhållanden bör den nya inskränkningen vara tillämplig när elever och studenter från (andra) utbildningsinstitutioner undervisas eller utför uppgifter inom ramen för sin utbildning på bibliotek. Det bör noteras att undervisning inte bara innefattar lärarledd undervisning, utan även t.ex. självstudier.

3.2.3 Vilken rätt till användning ska inskränkningen medföra?

Förfoganden

Svensk biblioteksforening delar inte bedömning att den nya bestämmelsen bör begränsas till ensamrätterna exemplarframställning och överföring till allmänheten. Foreningen delar inte heller bedömningen att inskränkningen ska begränsas till digitala kopior.

Beträffande offentligt framförande, som faller utanför det av EU-rätten harmoniserade området, menar foreningen att Sverige bör utnyttja sitt handlingsutrymme att införa motsvarande inskränkning.

Vidare gäller att DSM-direktivet inte begränsar medlemsstaternas möjlighet att utnyttja den inskränkningsmöjlighet som finns i artikel 5.3 a infoc-direktivet. Det framstår inte som logiskt att möjligheterna till kopiering i mer traditionell undervisning ska vara sämre än i t.ex. undervisning online. I svensk rätt bör det därför också finnas en inskränkning beträffande analoga kopior.

Foreningen vill påpeka att det redan av artikel 5 DSM-direktivet framgår att analogt material får digitaliseras för att kunna användas i illustrativt syfte i undervisning. Det är i detta sammanhang nämligen fråga om en "digital användning av verk".

Illustrativt syfte

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

I den utsträckning det är motiverat med hänsyn till det icke-kommersiella syftet

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

3.2.4 Vilka ytterligare villkor ska gälla för användningen?

Säker elektronisk miljö m.m.

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

Källangivelse m.m.

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

3.2.5 Bör inskränkningen villkoras av att det finns lämpliga och lätt tillgängliga licenser på marknaden?

Inledning

Svensk biblioteksforening menar att utgångspunkten bör vara att inskränkningen är tillämplig även om det finns tillgängliga licenser på marknaden.

För det första talar direktivets struktur och ordalydelse för en sådan inriktning. Inskränkningen (5.1) är huvudregeln och en ev. avtalslösning (5.2) är undantaget. Uttrycket "särskilda användningar eller typer av verk" talar för att det inte är möjligt att helt ersätta inskränkningen med avtalslösningar även om sådana finns på marknaden. I samma riktning talar exemplen på när en licensordning får ges företräde ("material som främst är avsett för utbildningsmarknaden eller notblad"). En ordning där avtalslösningar generellt ges försteg framför inskränkningen som skisseras i promemorians torde därmed inte vara förenlig med EU-rätten.

För det andra skulle en ordning som i huvudsak bygger på en inskränkning bättre främja direktivets syfte att underlätta undervisningsverksamhet. Rättsinnehavarnas intressen tillgodoses – förutom genom ett undantag för material främst avsett för utbildningsmarknaden m.m – genom inskränkningens begränsning till "uteslutande illustrativt syfte", dvs verksamhet som ligger utanför det normala utnyttjandet av verket. Jfr även skäl 6 och promemorians resonemang angående trestegsregeln.

För det tredje skapar en ordning som låter avtalslösningar slå ut inskränkningen bristande förutsebarhet för utbildningsinstitutionerna. Det är t.ex. svårt att ta ställning till om sådana "lämpliga licenser" som "täcker utbildningsinstitutionernas behov och särdrag finns lätt tillgängliga på marknaden" (se vidare nedan). Att i detta sammanhang hänvisa till kommande praxis från EU-domstolen framstår som otillfredsställande.

För det fjärde skapar nationella licenslösningar en fragmentisering inom EU som inte är ägnad att främja direktivets syfte att skapa en inre marknad. Enligt Communia International Association har 17 länder inom EU något typ av undantag för undervisning.

Sammanfattningsvis förordar föreningen att artikel 5 genomförs i form av en ren inskränkningsbestämmelse, dvs. att Sverige väljer att inte tillämpa artikel 5.2. Om Sverige ändå väljer att utnyttja artikel 5.2 betonar föreningen att direktivets restriktiva inställning till att låta avtalslösningar ta över tydligt måste framgå också i svensk rätt.

Trots att föreningen alltså har en annan grundinställning än den som tycks förordas i promemorian kommenteras de mer konkreta frågeställningarna i det följande.

Licensen ska omfatta de åtgärder som avses i artikel 5.1 och täcka utbildningsanstaltens behov och särdrag

Svensk biblioteksforening menar att kraven på att en licens ska täcka utbildningsanstaltens "behov och särdrag" medför att en licensordning för att uppfylla artikel 5.2 måste vara flexibel och diversifierad. Det handlar inte bara om att det måste finnas särskilda licenser för olika typer av utbildningsanstalter (grundskola, universitet etc.), utan även om att det t.ex. måste finnas utrymme för variation beträffande typ av utnyttjande och omfattning inom t.ex.

gruppen universitet. Ett universitet ska t.ex. inte behöva teckna en licens som innefattar rätt till ett väsentligt större utnyttjande än vad det har behov av med beaktande av t.ex. typ av utbildning som bedrivs eller pedagogik som används.

Här kan situationen på universiteten tjäna som ett exempel. Som nämnts i inledningen lägger universitetsbiblioteken en betydande andel av sina budgetar på licenser för databaser. Det huvudsakliga upphovsrättsliga utnyttjandet som sker i universitetens verksamhet är därmed i praktiken redan klarerat. För att täcka den begränsade kopiering av pappersmaterial som ändå måste ske i verksamheten är universitetsbiblioteken emellertid tvingade till att teckna den kostsamma avtalslicens som erbjuds på marknaden. Många bibliotek uppfattar att den inte är anpassad till deras behov och särdrag.

Om inskränkingsbestämmelsens – trots vad som har anförts ovan – begränsas till förmån för en licensordning efterlyser Svensk biblioteksforening en robust ordning för prövning av om de erbjudna licenserna uppfyller direktivets krav på att de ska möta utbildningsanstaltens behov och särdrag.

Licensen ska finnas lätt tillgänglig på marknaden

Svensk biblioteksforening instämmer i det som sägs i promemorian om hur det ska bedömas om en licens är tillgänglig på marknaden i artikel 5.2:s mening. Foreningen vill emellertid samtidigt understryka den osäkerhet som en utbildningsanstalt kommer att drabbas av med en sådan ordning. Det riskerar att leda till begränsningar i den digitala undervisningen eller till att utbildningsanstalten känner sig tvingad att acceptera licenser med oskäliga villkor. Att driva frågan till en rättslig prövning (som kanske, som nämns i promemorian, leder ända till EU-domstolen) kommer sällan framstå som ett realistiskt alternativ.

Åtgärder för att säkerställa tillgänglighet och synlighet

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

3.2.6 "Ursprungslandsprincip" för användning i säkra elektroniska miljöer

Svensk biblioteksforening delar promemorians bedömning.

3.2.7 Rimlig kompensation

Om lösningen i artikel 5.2 införs i svensk rätt delar foreningen promemorians bedömning.

4. Framställning av exemplar för bevarandeändamål (art. 6)

Svensk biblioteksforening har inga synpunkter på promemorian i denna del.

5. Utgångna verk (art. 8–11)

Svensk biblioteksforening har inga synpunkter på promemorian i denna del.

6. Kollektiv licensiering med utsträckt verkan (art. 12)

Svensk biblioteks förening har inga synpunkter på promemorian i denna del.

I detta ärende har Svensk biblioteks förenings generalsekreterare Karin Linder beslutat.