

SFIR
Svenska Föreningen för Immaterialrätt

Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt
103 33 Stockholm
ju.remissvar@regeringskansliet.se

Ju2021/03517

**Departementspromemorian ”Upphovsrätten på den digitala inre marknaden”
(Ds 2021:30)**

Svenska Föreningen för Immaterialrätt (SFIR) har getts tillfälle att svara på remiss avseende Ds 2021:30, ”Upphovsrätten på den digitala inre marknaden”. Föreningen önskar framföra följande.

Allmänt

SFIR ska enligt sina stadgar bidra till en ändamålsenlig och enhetlig utveckling av lagstiftning och rättstillämpning på det immaterialrättsliga området, såväl i Sverige och de övriga nordiska länderna som på det europeiska och internationella planet. SFIR ska också främja intresset för och kunskapen om immateriellt rättsskydd. Med hänsyn till ändamålet med föreningen och dess verksamhet kommenterar SFIR det remitterade betänkandet huvudsakligen från immaterialrättsligt perspektiv, inklusive relaterade internationellt privat- och processrättsliga aspekter.

Övergripande synpunkter

SFIR delar uppfattningen att upphovsrättslagens regler om inskränkningar bör ses över (s. 57 och s. 72). SFIR vill också erinra om att Lagrådet redan vid genomförandet av infosoc-direktivet (se prop. 2004/05:110 s. 557 f.) ansåg att upphovsrättslagen med alla ändringar var svåröverskådlig och att många regler var ”i hög grad detaljerade och svårlästa”. Enligt Lagrådet förelåg redan för ca 15 år sedan behov av en ordentlig redaktionell översyn eftersom lagen framstod som ett ”lappverk”. SFIR kan konstatera att ändringar tillkommit därefter och att ytterligare ändringar nu sker genom genomförandet av DSM-direktivet.

Föreningen vill understryka att det är EU-domstolens huvudsakliga uppgift är att tolka EU-rätten och endast unionsdomstolen har mandat att övervaka att EU:s lagar tolkas och används korrekt över hela unionen. Det utesluter inte att EU-kommissionens riktlinjer liksom direktivets skäl i ingressen kan bidra till förståelse och viss vägledning vid genomförandet av olika delar av direktivet i nationell rätt.

En generell synpunkt på genomförande är vidare att definitioner i lagtexten bör placeras före de regler som har mer materiellt innehåll.

SFIR anser generellt att den lagtekniska lösningen med ett kapitel 6 b som inför artikel 17 inte är en bra lösning. SFIR hade istället önskat en total översyn av lagen.

Särskilda kommentarer

Kapitel 5 Nya inskränkningar i upphovsrätten

Kapitel 5.2 Framställning av exemplar för text- och datautvinning

Beträffande personer som är knutna till forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner finner SFIR att första meningen på s. 62 är oklar. Den anger att inskränkningen endast är avsedd att omfatta "anställda eller uppdragstagare som handlar för institutionen eller organisationens räkning eller inom ramarna för deras verksamhet". Innebär det att forskare som skriver artiklar som ska publiceras i vetenskapliga tidskrifter inte omfattas? Sådana forskare kan knappast anses "handla för institutionen eller organisationens räkning eller inom ramarna för deras verksamhet".

SFIR delar uppfattningen att kravet på laglig tillgång utesluter att inskränkningarna också omfattar exemplarframställning från olovliga källor.

SFIR är tveksam till den uppfattning som framförs sist s. 65 om möjligheten att vidta åtgärder som helt utesluter möjligheten till exemplarframställning. Det gäller särskilt i ljuset av artikel 7.1 och att sådana omfattande skyddsåtgärder i så fall tycks motverka hela syftet med bestämmelsen.

SFIR ifrågasätter varför definitionerna i 15 c § kommer efter 15 a–b §§. SFIRs uppfattning är, som framgår ovan, att definitionerna bör komma före själva innehållet på sätt som sker i direktivet.

Kapitel 5.3 Användning av verk vid undervisning

SFIR konstaterar att inskränkningen föreslås gälla för "all undervisningsverksamhet som anordnas eller erkänns av det allmänna". Eftersom kultur- och musikskolorna inte är nämnda som exempel undrar SFIR om dessa inte avses omfattas av inskränkningen. Enligt föreningen är det också oklart vad som menas med att en verksamhet "erkänns av det allmänna", eftersom inskränkningen även ska omfatta privat undervisnings- och utbildningsverksamhet (jfr s. 71 om institutioner som drivs med vinstintresse); reglerna bör inte utformas på ett sätt som indikerar att undantaget inte kan utnyttjas i privat verksamhet.

SFIR vill understryka det som anges i artikel 5.2 andra stycket om att medlemsstaten "ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att det föreligger lämplig tillgänglighet och synlighet för de licenser som tillåter de åtgärder som avses i [artikel 5] punkt 1 i den här artikeln för utbildningsinstitutioner". Det förtydligas i skäl 23 på följande sätt:

”För att undvika att tillämpningen av undantaget på villkor att det finns tillgång till licenser, ger upphov till ovisshet om rättsläget eller till administrativa bördor för utbildningsanstalter, bör medlemsstater som tillämpar denna metod vidta konkreta åtgärder för att säkerställa att licensieringssystem som möjliggör digital användning av verk eller andra alster i illustrativt syfte inom undervisning är lättillgängliga och att utbildningsanstalter är medvetna om förekomsten av sådana licensieringssystem. Sådana licensieringssystem bör tillgodose utbildningsanstalternas behov. Man skulle också kunna utveckla informationsverktyg som syftar till att synliggöra de befintliga licensieringssystemen. Sådana system skulle till exempel kunna baseras på kollektiva licenser eller på avtalslicenser i syfte att undvika att utbildningsanstalter måste förhandla individuellt med rättsinnehavare. För att garantera visshet om rättsläget bör medlemsstaterna ange under vilka omständigheter utbildningsanstalter kan använda upphovsrättsskyddade verk eller andra alster enligt undantaget och när de i stället bör agera inom ramen för licensieringssystemet.”

Promemorian anger på s. 75 att det inte finns behov av särskilda informationsåtgärder när existerande avtal är väl kända hos de aktörer som bedriver utbildningsverksamhet. SFIR ställer sig tveksam till om alla som i dagsläget bedriver utbildningsverksamhet kan förväntas känna till avtalen och deras innehåll, särskilt med hänsyn till utvecklingen inom utbildningssektorn och att ca 25 procent av alla förskolor och skolor numera har annan huvudman än kommun, region eller stat.¹ SFIR anser därmed att det inte kan uteslutas att det finns ett behov av tydlig och lättillgänglig information om vilka avtal som finns för användning av verk i illustrativt syfte.

SFIR finner slutsatsen på s. 69 tredje stycket oklar och undrar över budskapet: ”det skulle till exempel innebära att en digital kopia inte kan skrivas ut i pappersform”. Det tycks stå klart att läraren inte kan skriva ut kopiorna enligt den nya inskränkningen. En annan sak är att studenterna alltid bör kunna skriva ut en kopia med stöd av 12 § URL, under förutsättning att det rör sig om en lovlig förlaga.

SFIR ställer sig frågande till att inskränkningen i 13 § alltid ska gälla för icke offentliggjorda verk, jfr specialmotiveringen på s. 241.

Kapitel 6 Kulturarvsinstitutioners användning av verk som inte finns i handeln

SFIR noterar att 16 e § andra stycket anger att ”första stycket inte gäller om upphovsmannen [...]” medan specialmotiveringen anger att ”upphovsmannen (eller dennes rättsinnehavare)”. SFIR frågar varför lagtexten inte uttryckligt stadgar ”upphovsmannen *eller dennes rättsinnehavare*”.

SFIR har inget att invända mot de internationella aspekterna i lagförslagets 61 c och 61 d §§ URL. Med hänsyn till hur motiven utformats finns däremot en risk för att paragraferna uppfattas innehålla lagvalsregler (se s. 75 och s. 305). Ursprungslandsprincipen är inte en lagvalsregel. Den tillämpliga lagen bestäms enligt Rom II-fördraget. 61 c § kan liksom 61 d § visserligen indirekt påverka lagvalet, eftersom en rättighetsinnehavare inte kommer att göra gällande ett skydd i exempelvis Tyskland om utbildningsanstalten/kulturarvsinstitutionen är etablerad i Sverige. Däremot kan det inte uteslutas att rättighetsinnehavaren gör gällande ett skydd i USA. DSM-direktivet kan förstås inte påverka den amerikanska lagstiftningens materiella

¹ <https://www.friskola.se/fakta-om-friskolor/>.

tillämpningsområde. I motsats till det som skrivs i motiven (s. 75 och s. 305) kan det då inträffa att en domstol i Sverige som är behörig, enligt artikel 4 förordning nr 1215/2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område måste pröva lagligheten av användningen mot lagstiftningen i andra länder, exempelvis USA.

Kapitel 7 Avtalslicenser

SFIR har ingen erinran mot de förslag som framförs. Men SFIR är frågande till det som framförs på s. 100 tredje stycket om att avtalslicensordningen är väl känd av den stora och breda mängden upphovsrättsinnehavare på vitt skilda områden i Sverige. SFIR vill därmed understryka vikten av artikelns kvalifikation om att de informationsåtgärder som en kollektiv förvaltningsorganisation ska tillhandahålla är "effektiva".

SFIR anser att utformningen av 10 kap. 2 a § p. 2 lagen (2016:977) om kollektiv förvaltning av upphovsrätten bör utformas i enlighet med artikel 12 c och d. Orden "förbud mot användning" (av ett verk eller alster) i den föreslagna lagtexten kan inte anses identiskt med en åtgärd (besked till en kollektiv förvaltningsorganisation) genom vilken rättighetshavaren undantar objektet från licensieringssystemet. SFIR föreslår därmed att 10 kap. 2 a § p. 2 lagen (2016:977) om kollektiv förvaltning av upphovsrätten istället bättre och tydligare utformas på följande sätt:

2. möjligheterna för rättighetshavare som inte företräds av organisationen att undanta sina verk eller andra alster från det licensieringssystem som anges i p. 1.

En sådan skrivning skulle bättre klargöra vilken informationsplikt förvaltningsorganisationen faktiskt har, nämligen en skyldighet att upplysa rättighetshavarna om att de inte måste låta sig representeras av organisationen.

Kapitel 8 Medling vid licensiering av filmverk för beställvideotjänster

SFIR har ingen erinran mot förslagen som framförs.

Kapitel 9 Fria återgivningar av bildkonstverk

SFIR instämmer i att det inte finns anledning att begränsa bestämmelsen om användningen av trogna återgivningar till att endast avse användning i digital miljö (s. 109). SFIR instämmer också i att begreppet "visual art"/ "œuvre d'art visuel"/ "brukskonst" i artikel 14 inte ska definieras, utan lämnas till EU-domstolens tolkning.

SFIR vill också påtala att den lista på kategorier av verk som anges i 1 § p. 1-7 URL bör utgå ur lagstiftningen vid kommande översyn och eventuellt ersättas med en exemplifiering som belyser spännvidden. Begreppet verk är EU-autonomt (se EU-domstolens stora avdelning i mål C-310/17, EU:C:2018:899, *Levola Hengelo*, p. 33). Ett verk föreligger om två kumulativa villkor är uppfyllda (p. 35). Det första villkoret är att alstret ska vara "originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse" (p. 36 med hänvisningar). Det andra villkoret är att "endast element som ger uttryck för ett sådant intellektuellt skapande som kan kvalificeras som "verk" i den mening som avses i direktiv 2001/29" (p. 37 med hänvisningar). Därutöver ska alstret "tagit sig ett sådant uttryck som gör att alstret kan identifieras med tillräcklig

precision och objektivitet” (p. 40). Det framgår också av artikel 2.1 Bernkonventionen att ”litterära och konstnärliga verk innefattar alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck” (p. 39).

Kapitel 10 En ny rättighet för utgivare av presspublikationer

SFIR ifrågasätter varför definitionen i 48 c § kommer efter 48 b §. SFIRs uppfattning är, som framgår ovan, att definitioner bör komma före själva innehållet på sätt som sker i direktivet.

SFIR noterar att den beräkning av skyddstiden för löpande uppdaterade presspublikationer som föreslås på s. 122 skulle kunna innebära att sådana publikationer erhåller evig skyddstid. Vidare ställer sig SFIR frågande till att skyddstiden beräknas på underliggande material, trots att skyddstiden gäller publikationen som sådan.

Kapitel 11 Fördelning av ersättning

SFIR har ingen erinran mot förslaget i denna del.

Kapitel 12 Upphovsrättsligt ansvar för vissa leverantörer av onlinetjänster

SFIR vill inledningsvis påtala vikten av att man i svensk lagstiftning håller isär vad som är en onlineleverantör och vad som är den tjänst som onlineleverantören erbjuder, dvs. delningstjänsten.

SFIR konstaterar att den definition som anges i 52 i § inte motsvarar definitionen i artikel 2.6. För det första är artikel 17 riktad till leverantören som tillhandahåller vissa angivna informationssamhällets tjänster. Detta framgår inte tydligt av lagtexten. För det andra ska den tjänst leverantören tillhandahåller ha som ”huvudsyfte eller *ett av sina huvudsyften* att lagra och ge tillgång till en stor mängd upphovsrättsskyddade verk *och andra skyddade alster* [vår kursivering]”. Den kursiverade texten framgår inte heller av den föreslagna lagtexten. SFIR ställer sig därmed frågande till varför lagtexten avviker på detta sätt från direktivets definition. SFIR anser också att den icke uttömmande listan över tjänster som inte omfattas av bestämmelsen bör införas som just en icke uttömmande lista i lagtexten. SFIR instämmer i uttalandet på s. 134 att oklarheter i direktivet inte ska överföras i nationell rätt, men anser inte att det just sagda leder till rättslig osäkerhet. Med hänsyn till att artikel 2.6 definierar begreppet onlineleverantör av delningstjänst för innehåll anser SFIR att den definitionen ska framgå precist. Det är därför viktigt att lagtexten anger att de tjänster som återges i artikel 2.6 andra stycket faller utanför definitionen.

SFIR anser däremot att det som anges i skäl 63 inte ska införas i lagstiftningen, dvs. det som anges i 52 i § p. 2. Artiklar ska tolkas i ljuset av beaktandesatser, men beaktandesatser ska inte införas som lag. EU-domstolen har vid flera tillfällen behandlat beaktandesatsernas betydelse i förhållande till bestämmelserna i ett specifikt direktiv. I EU-domstolens avgörande 215/88 *Casa Fleischhandels-GmbH* mot *Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* uttalade EU-domstolen:

"Whilst a recital in the preamble to a regulation may cast light on the interpretation to be given to a legal rule, it cannot itself constitute such a rule." (p. 31).

SFIR konstaterar att enligt artikel 1.2 ska reglerna inte påverka e-handelsdirektivet. Enligt skäl 65 ska artikel 14.1 i e-handelsdirektivet 2000/31/EG dock inte tillämpas i de fall artikel 17.1, som enligt kommissionens vägledning anges vara *lex specialis*, är tillämplig. Om tjänsteleverantörens tjänst faller utanför artikel 17 ska dock artikel 14 tillämpas. Tillämpningen av 18 § e-handelslagen (2002:562) bör därmed kunna ske om onlineleverantören agerar utanför tillämpningen av artikel 17.1. En annan fråga är om tjänsteleverantören i det enskilda fallet uppfyller villkoren för ansvarsfrihet (jfr C-682/18 och C-683/18).

SFIR vill uppmärksamma departementet på problemet och lämpligheten av att reglera sanktionerna för tjänsteleverantörer i olika lagstiftningar och under olika förutsättningar. SFIR:s uppfattning är att det kommer leda till ett svåröverskådligt och komplext system som innebär att möjligheten att förutse förutsättningarna för straffrättsligt ansvar för enskilda kommer vara ytterst begränsad när två lagstiftningar ska läsas och tillämpas parallellt. För vissa tjänsteleverantörer kommer den straffrättsliga regeln i e-handelslagen att aktualiseras, men för andra kommer upphovsrättslagens regler bli tillämpliga. Vidare vill SFIR även uppmärksamma departementet på frågan om lämpligheten av ett sådant svåröverskådligt straffrättsligt system särskilt i förhållande till den gränsöverskridande problematik som upphovsrättsintrång på internet innebär.

SFIR instämmer i konstaterandet på s. 298 f. att "tjänsteleverantören kan hindra uppladdning av material av annat skäl, till exempel om innehållet bryter mot annan lag eller användarvillkoren i övrigt, hindra tillgången till innehållet" m.h.t. tjänsteleverantörens näringsfrihet och avtalsfrihet.

SFIR instämmer också i det som anges längst ner om att användarnas intresse av att lovligt material inte hindras ska sättas före kravet på att hindra olovligt material, s. 156. Detta är av stor betydelse för yttrande- och informationsfriheten och ligger också i linje med att felaktiga åtgärder att hindra uppladdning av lovligt material ska hållas på låg nivå. Däremot inger det betänkligheter att inskränka tjänsteleverantörens avtals- och näringsfrihet på det sätt som följer av lagförslagen i 52 o, r och s §§. SFIR kan inte se att dessa grundläggande friheter kan inskränkas annat än med tydligt stöd i lag, och hänvisningen till generaladvokatens förslag är inte övertygande, jfr s. 160.

SFIR instämmer i resonemanget på s. 161 f. om öronmärkt ekonomiskt betydelsefullt material.

Beträffande inskränkningar på s. 163 vidhåller SFIR sin uppfattning att artikel 5.3 d infoc-direktivet om citat, kritik, recensioner samt artikel 5.3 k infoc-direktivet om karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte i 2 kap. upphovsrättslagen ska införas som generella inskränkningar av upphovsrätten i 2 kap. URL. Det är olyckligt att dessa generella inskränkningar inte införs lagen när det öppnats ett lagstiftningstillfälle. Det är vidare angeläget att även artikel 5.3 c får ett korrekt införande i URL, jfr NJA 2020 s. 293 (Mobilfilmen) med uttalanden som om får anses innebära att motsvarande svenska inskränkingsbestämmelser inte uppfyller EU-rättens krav. Jfr även generellt

om artikel 5.3 i EU-domstolens stora avdelningen den 29 juli 2019 i mål 476/17, EU:C:2019:624, *Pelham*.

SFIR ställer sig frågande till hur vetskap ska erhållas om att felaktiga blockeringar hålls på låg nivå ska uppnås eftersom det ofta handlar om privata företag där allmän insyn om vidtagna åtgärder är obefintlig. SFIR välkomnar därför att tjänsteleverantörerna också ska lämna information till användarna på sätt som anges på s. 167 f.

SFIR ifrågasätter om användare i praktiken kommer använda möjligheten att hävda sin rätt vid domstol eller genom användning av alternativ tvistelösning. Lagförslaget tycks inte alls ha tagit hänsyn till de rättegångskostnader som kan drabba användaren. Det är allvarligt eftersom en sådan möjlighet i praktiken annars endast framstår som en chimär. Den nu föreslagna lösningen kan vara negativ för yttrande- och informationsfriheten, inklusive rätten till konstnärlig frihet. SFIR finner att kommissionen i denna del har en poäng i att det kan vara ett särskilt organ som, utan kostnad för användarna, prövar tjänsteleverantörernas beslut.

SFIR ställer sig också starkt frågande till vilka enskilda användare som skulle föra talan i enlighet med 52 r eller 52 s §, eller vilket värde 52 r § har i praktiken med hänsyn till bevisvärigheterna avseende ren ekonomisk skada med ett kausalt samband till tjänsteleverantörens agerande och riskerna för omfattande rättegångskostnader.

SFIR anser att 52 o § innehåller många vaga och svårtillämpade begrepp såsom "effektiva rutiner", "påtaglig omfattning" och "hög grad av sannolikhet".

SFIR instämmer i slutsatsen på s. 300 att tjänsteleverantören inte ska fortsätta hindra tillgång i tveksamma fall.

Kapitel 13 Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt

SFIR anser att det är praktiskt viktigt att tydliggöra vad skillnaden är mellan att inträda i avtalet och förvärva rättigheten med hänsyn till det som anges på s. 199.

Rätten till ytterligare ersättning anges i praktiken ge upphovsmän en möjlighet att för "återstående avtalstid" omförhandla (s. 255), men det finns inte alltid någon återstående avtalstid. Men departementet menar väl inte att en överlåtelse skulle förutsätta en återstående avtalstid?

SFIR konstaterar att den föreslagna 29 § anger "när en upphovsman överlåter" och att detta ska motsvara skrivningen i artikel 18 som anger "när en upphovsman licensierar eller överlåter". SFIR konstaterar att dagens upphovsrättslag inte gör någon skillnad mellan upplåtelser och överlåtelser och att genomförandet sker i enlighet med detta. SFIR anser dock att upphovsrättslagen vid en kommande översyn bör motsvara direktivtexten.

SFIR ifrågasätter hur man på s. 200 f. kommit fram till att reglerna ska tillämpas på 10 år gamla avtal. SFIR ifrågasätter även om det praktiskt kommer vara möjligt att få information om den användning som skett av verket eller prestationen 10 år bakåt i tiden, särskilt som dessa regler ska gälla alla former av avtal.

SFIR konstaterar att det är etablerad princip att nya regler inte ska påverka rättigheter som har förvärvats före ikraftträdandet. Dessutom är det en etablerad princip att regler som negativt ändrar förutsättningarna för avtalsparter inte utan uttryckligt lagstöd ska kunna ingripa i avtal som redan ingåtts när reglerna trädde i kraft. Något sådant lagstöd finns inte i detta fall. Tvärtom stadgar artikel 26.2 att direktivets tillämpning inte ska påverka åtgärder som har vidtagits och rättigheter som har förvärvats före den 7 juni 2021. Det stadgas dessutom att transparenskravet i artikel 19 ska omfatta avtal från och med den 7 juni 2022. Det kan därför inte vara aktuellt att tillämpa reglerna i artikel 18 respektive 20–22 på avtal som ingåtts före den 7 juni 2021 eller reglerna i artikel 19 på avtal som ingåtts före den 7 juni 2022.

SFIR noterar att rätten till information i 29 a § inte motsvarar den inte artikel 19, som anger att informationen ska vara "aktuell, relevant och uttömmande". Kvalificeringen är viktig men anges endast i lagförarbeten. Detta bör framgå av lagtext eftersom kriterierna får uppfattas som bestämmande för innehållet av anspråket på information. Bestämmelsen kommer vidare att vara tillämplig på skilda typer av avtal och det är viktigt att den uppfattas teknikneutral.

Beträffande rätten att häva avtal konstaterar SFIR att förslaget om sex månaders frist uppfattas som semidispositiv; det anges att det ska vara möjligt att avtala på annat sätt i kollektivt förhandlade avtal (s. 221). SFIR ställer sig frågande till om sex månaders fristen är realistiskt när det handlar om att nyttja filmverk med hänsyn till att sådana avtal ofta är långvariga, komplexa och ingås tidigt i processen. SFIR instämmer däremot i att någon yttre tidsram för en hävningsförklaring inte ska införas. Den föreslagna 29 e § stadgar att "om verk innehåller bidrag från fler än en upphovsman, kan upphovsmännen endast gemensamt lämna uppmaning och hävningsförklaring som avses i 29 d §" Vidare konstateras att 45 § URL föreslås vara tillämplig även för utövande konstnärer genom en hänvisning till 29 e §. Men som anges på s. 222 är detta troligen en regel som sällan kommer att användas.

Detta remissvar har utformats inom SFIR:s upphovsrättsgrupp och transbordergruppen samt har kommunicerats till SFIR:s styrelse för synpunkter.

Stockholm den 13 december 2021

Marianne Levin

Prof. Jur. dr, fil. dr h.c.

Ordförande SFIR