

Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och
transporträtt

Yttrande över promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30)

(Ju2021/03517)

1. Inledning

Patent- och marknadsöverdomstolen har granskat promemorian utifrån de intressen som domstolen främst har att bevaka. Domstolen konstaterar att promemorian avser genomförandet av ett omfattande direktiv som är en del av ett EU-regelverk på upphovsrättens område. Enligt domstolen står promemorian för ett kvalificerat och gediget arbete utifrån de snäva förutsättningar – inte minst tidsmässigt – som genomförandet innebär. Samtidigt konstaterar domstolen att det redan komplicerade upphovsrättsliga rättsområdet blir allt mer svårtillgängligt efter hand som ytterligare rättsakter tillkommer. Det medför att domstolen ser ett antal större problem med förslaget förhållande till upphovsrättslagstiftningen som helhet vilka, enligt domstolen, kräver åtgärder från den svenska lagstiftarens sida.

2. Ett oundgängligt och brådskande behov av en helhetsöversyn

Upphovsrättslagen har inte genomgått någon helhetsöversyn sedan dess tillkomst på 1960-talet. Det innebär att lagen är omfattande och svåröverskådlig med ett stort antal av såväl interna hänvisningar som inskjuta paragrafer. Ett talande exempel är att förslaget innebär att ytterligare paragrafer skjuts in efter 52 h § så att nästan hela alfabetet tas i anspråk inom 52 §-spannet för sådana tillkommande paragrafer. Denna lagstiftningsteknik bidrar till att den svenska lagstiftningen på området blir extra svårtillgänglig.

En helhetsöversyn av den svenska upphovsrättslagen behöver genomföras så snart som möjligt. Lagen är redan i nuläget så svåröverskådlig och oförutsebar – särskilt med hänsyn till den EU-rättsliga praxisutvecklingen på området – att den inte uppfyller de grundläggande rättssäkerhetskrav som måste ställas på en lagstiftning som avser central civilrätt, berör flertalet samhällssektorer och dessutom innehåller straffsanktioner. Till detta kommer att det är fråga om ett omfattande rättsområde som griper in och ska samspela med viktiga grundlagsskyddade principer om bland annat informations- och yttrandefrihet. En helhetsöversyn är därför nödvändig dels för att se till att lagen anpassas materiellt till det stora antal avgöranden som kommit från EU-domstolen, dels för att genomföra de redaktionella och

språkliga ändringar som behövs av EU-rättsliga och andra skäl (se även domstolens yttrande den 18 januari 2021 i Ju2020/04028 samt SOU 2011:32).

3. Inskränkningar som är centrala för yttrandefriheten

Patent- och marknadsöverdomstolen vill i detta sammanhang särskilt påtala konsekvenserna av EU-domstolens praxis när det gäller verksbegreppet och de inskränkningar i upphovsrätten som anges i infocodirektivet. Av denna praxis följer att såväl verksbegreppet som rekvisiten i inskränkingsbestämmelserna ska ges självständig och enhetlig tolkning inom unionen (se exempelvis EU-domstolens dom den 13 november 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899, p. 33 och den 3 september 2014, *Deckmyn*, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, p. 15). Detta gäller även inskränkningar som är av fakultativ karaktär. Till detta kommer att grundläggande unionsrättsliga principer om bland annat yttrandefrihet och pressfrihet, som garanteras i artikel 11 i EU-stadgan, kan innebära en skyldighet för medlemsstaterna att genomföra infocodirektivets inskränkningar i upphovsrätten även om detta inte framgår direkt av direktivet (se EU-domstolens dom den 29 juli 2019, *Spiegel Online*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, p. 57–59).

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens uppfattning innebär detta att en översyn av sådana inskränkningar i upphovsrätten som berör vissa delar av yttrandefrihetens kärna inte kan vänta. Det nu aktuella lagförslaget visar att detta är särskilt tydligt när det gäller frågan om karikatyrer, parodier och pastischer.

EU-rättens utveckling innebär att den svenska traditionen att bedöma tillåtligheten av bland annat parodier med tillämpning av 4 § andra stycket upphovsrättslagen behöver förtydligas och klagöras genom införandet av en uttrycklig inskränkning i enlighet med artikel 5.3 i infocodirektivet.

Diskrepansen mellan den EU-rättsliga regleringen och svensk upphovsrätt i dessa hänseenden innebär – redan i nuläget – tillämpningsproblem och en rättsosäkerhet som inte kan godtas (jfr Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 15 juli 2019 i mål PMT 1473-18, NJA 2020 s. 293 och Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 23 juni 2021 i mål B 12315-20). Att det i dessa sammanhang handlar om en känslig avvägning mellan å ena sidan grundläggande tryck- och yttrandefrihet samt å andra sidan upphovsmannens ensamrätt till sitt verk, blir särskilt tydligt när hela bokupplagor som gått i tryck kan bli föremål för beslag enligt rättegångsbalkens regler om beslag i brottmål (se Patent- och marknadsöverdomstolens beslut den 13 augusti 2020 i mål PMÖ 8974-20). Att förutsättningarna för en sådan avvägning inte tydligt framgår av lag är minst sagt otillfredsställande.

I det nu aktuella lagförslaget anges en rätt för användare att tillgängliggöra verk i bland annat parodisyfte vid användning av onlinetjänster för delning av innehåll (52 p § upphovsrättslagen). En sådan reglering skulle innebära ett införande av en harmoniserad inskränkning i upphovsrätten för situationer där verk blir föremål för parodier och tillgängliggörs genom användning av sådana delningstjänster, utan att motsvarande inskränkning lagreglernas för andra sammanhang. En sådan fragmentarisk lagändring skulle medföra att rättsläget blir än mer oklart. Det är inte godtagbart på ett område som påverkar grundläggande rättsprinciper om yttrandefrihet.

Införandet av en bestämmelse som reglerar utrymmet för användning av upphovsrättsligt skyddade verk och prestationer i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte i enlighet med artikel 5.3 i infosocdirektivet, kan därför inte vänta. Enligt domstolens uppfattning bör denna angelägna fråga hanteras inom ramen för detta ärende efter inhämtande av kompletterande beredningsunderlag.

4. Lagtextens utformning i förhållande till direktivets lydelse

Som Patent- och marknadsöverdomstolen påpekat i ett annat lagstiftnings- ärende tidigare i år har de senare årens avgöranden från EU-domstolen visat att utrymmet för nationella särlösningar och förtydliganden vid genomförande av direktiv är ytterst begränsat samt att det är mycket svårt att förutse hur en direktivbestämmelse ska tolkas (se domstolens yttrande den 18 januari 2021 i Ju2020/04028). Det medför att en utgångspunkt vid genomförandet av direktiv bör vara att ligga så nära direktivets ordalydelse som möjligt. Lagtexten bör endast avvika från ordalydelsen i de artiklar den ska genomföra om det bedöms som nödvändigt och i så fall bör avvikelserna motiveras tydligt. Det framgår av promemorian att den föreslagna lagtexten i vissa delar har utformats i nära anslutning till direktivtexten (se till exempel direkt före rubriken på s. 61 och längst ner på s. 109). I flera andra delar avviker dock den föreslagna lagtexten från direktivets artikeltext. Domstolen återkommer till dessa delar i samband med att den lämnar synpunkter på enskilda delar av förslaget nedan.

Det är alltså direktivtexten och EU-domstolens kommande tolkningar av direktivets begrepp och rekvisit som utgör de centrala rättskällorna. Uttalanden i de svenska förarbetena får inte någon avgörande betydelse för tolkningen av bestämmelsernas rättsliga innebörd. Trots detta anser Patent- och marknadsöverdomstolen att belysande exempel kan underlätta förståelsen av den många gånger svårtillgängliga lagtexten. En redogörelse för bakgrunden till reformerna på unionsnivå och vilka praktiska situationer som har diskuterats under förhandlingsarbetet kan vara värdefullt även om såväl domstolar som rättighetshavare och andra aktörer i berörda kretsar måste vara införstådda med att EU-domstolen kan komma att tolka bestämmelserna på ett annat sätt än vad som förutsetts under beredningen av rättsakten inom EU:s institutioner. Sådana uttalanden kan också ha stor betydelse som underlag för svenska ageranden – såväl av regeringen som av berörda enskilda parter – när tolkningsfrågor kommer upp i EU-domstolen.

5. Trestegsregeln

Som konstateras i promemorian återges trestegsregeln i dagsläget inte uttryckligen i upphovsrättslagen (s. 56 f.). De föreslagna bestämmelserna i 13 §, 15 a §, 15 b §, 16 § och 16 e § upphovsrättslagen har utformats i enlighet med den ordning i lagen som gällt hittills. Det innebär att den tolkningsanvisning som följer av trestegsregeln inte framgår av den föreslagna lagtexten. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är det angeläget att en snar översyn av upphovsrättslagen omfattar frågan om trestegsregeln bör regleras uttryckligen i lagen.

6. Användning av verk vid undervisning

6.1 Kategorier av personer samt källangivelse

Den föreslagna bestämmelsen i 13 § upphovsrättslagen anger att den nya inskränkningen för användning av verk vid undervisning ska gälla för lärare och elever. Bestämmelsen avviker från artikel 5.1.a i direktivet som i sammanhanget även talar om studenter. Några tydliga skäl till denna avvikelse finns inte i promemorian, utan där anges endast att inskränkningen bör omfatta all undervisningsverksamhet som anordnas eller erkänns av det allmänna (s. 68). Med hänsyn till detta och för att bättre återspegla att även högre utbildningar omfattas bör 13 § – likt direktivet – uttryckligen ange att inskränkningen gäller för lärare, elever och studenter.

Vidare saknar den föreslagna bestämmelsen i 13 § ett sådant krav på källangivelse som finns i direktivets artikeltext (se artikel 5.1.b). Det förhållandet att en generell översyn av inskränkingsbestämmelserna bör göras är enligt domstolen inte ett tillräckligt skäl för att avstå från att genomföra även detta krav, särskilt inte med hänsyn till att en snarlik bestämmelse föreslås införas i en annan undantagsbestämmelse (jfr promemorian s. 72 och se 16 e § som ska genomföra artikel 8.2.a). En liknande regel är dessutom redan införd i 16 a §.

6.2 Den rätt inskränkningen ger och ursprungslandsprincipen

Som nämns i promemorian följer det av artikel 5.1 i direktivet att inskränkningen medför rätt till digital exemplarframställning och digital överföring till allmänheten. Promemorians bedömning är dock att 13 § upphovsrättslagen bör utformas så att inskränkningen omfattar alla former av tillgängliggörande samt såväl analog som digital användning. Till stöd för denna betydligt mer omfattande inskränkning anförs bland annat att förslaget är förenligt med tidigare direktiv på upphovsrättens område (s. 70). Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är det långt ifrån självklart att det förhåller sig så. Detta gäller särskilt med beaktande av den oklara gränsen mellan offentligt framförande och överföring till allmänheten som även promemorian tar upp och av att det endast är EU-domstolen som slutligt kan avgöra var den gränsen går (jfr s. 69).

Det förhållandet att 13 § upphovsrättslagen går längre än artikel 5.1 ger vidare upphov till vissa betänkligheter i fråga om tillämpningen av den till inskränkningen hörande ursprungslandsprincipen i artikel 5.3. Av den nya bestämmelse i 61 c § upphovsrättslagen som föreslås genomföra principen följer att denna är tillämplig när ”användningen sker i enlighet med de bestämmelser som genomför artikel 5”. Denna utformning kan uppfattas som att ursprungslandsprincipen enligt svensk rätt blir tillämplig vid all användning som sker med stöd av 13 §. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen framstår det som tveksamt att tanken med direktivets princip skulle vara att den även ska träffa delar där nationella genomföranden – som exempelvis 13 § – går längre än direktivet. Frågan skulle av allt att döma vid majoriteten av fallen av användning enligt 13 § aldrig ställas på sin spets men det finns ändå flera tänkbara situationer. Det skulle till exempel kunna handla om ett muntligt framförande under en skolresa till en annan medlemsstat eller att fysiska kopior skickas ut per post till elever över medlemsstaters gränser.

Mot denna bakgrund bör frågan om förslaget i denna del ligga inom ramarna för såväl det aktuella direktivet som tidigare direktiv på området analyseras och hanteras närmare i den fortsatta beredningen av lagstiftningsprojektet.

7. Framställning av exemplar för bevarandeändamål

Promemorian utgår från att inskränkningen i 16 § upphovsrättslagen, genom sitt krav på bevarandeändamål, framför allt är tänkt att ge rätt till kopiering av material som redan finns permanent i den egna samlingen hos ett arkiv eller ett bibliotek (se s. 79 f.). Patent- och marknadsöverdomstolen vill i det sammanhanget framhålla att en annan uppfattning nyligen kommit till uttryck i betänkandet ”Papper poddar och...” (SOU 2021:32 s. 187–188). Inom två pågående lagstiftningsprojekt har alltså två olika uppfattningar om tillämpningsområdet för den nuvarande bestämmelsen i 16 § förts fram. Det är därmed tydligt att det behövs en klagörande lagändring i upphovsrättslagen för att syftena med det angivna betänkandet ska kunna uppnås beträffande insamling av pliktexemplar (jfr Patent- och marknadsöverdomstolens yttrande den 15 oktober 2021 i U2021/02459).

8. Kulturarvsinstitutioners användning av verk som inte finns i handeln

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i promemorians bedömningar när det gäller begreppet ”utgångna verk” i artikel 8 i den svenska språkversionen av direktivet (se s. 84). Begreppet framstår därmed som en klar felöversättning och domstolen delar även bedömningen att begreppet ”verk som inte finns i handeln” bättre fångar vad som avses.

Av artikel 8.2.a i direktivet följer att källangivelse ska ske ”om inte detta visar sig omöjligt”. Den föreslagna bestämmelsen om källangivelse i 16 e § upphovsrättslagen anger i stället att sådan ska ske ”när det är möjligt”. I avsaknad av motivering till denna skillnad anser Patent- och marknadsöverdomstolen att den svenska bestämmelsen bör utformas enligt direktivets ordalydelse. Som angetts ovan innebär bestämmelsen om källangivelse i 16 e § dessutom en avvikelse i förhållande till 13 §. Båda bestämmelserna finns i upphovsrättslagens kapitel om inskränkningar och de bör utformas konsekvent.

9. Fri återgivning av bildkonstverk

I promemorian redogörs för de osäkerheter som finns kring begreppet ”bildkonstverk” när det gäller den föreslagna bestämmelsen i 49 a § upphovsrättslagen (se s. 109). Som framhålls där är det oklart hur begreppet förhåller sig till de begrepp och avgränsningar som i dagsläget finns i 1 § upphovsrättslagen. Med hänsyn till utformningen av den bestämmelsen bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att det vore svårt att tolka begreppet ”bildkonstverk” direktivkonformt, även om det skulle komma klagörande praxis från EU-domstolen. Av det skälet vore det bättre att i genomförandet använda ett bredare uttrycksätt som även omfattar byggnadskonst och brukskonst.

10. En ny rättighet för utgivare av presspublikationer

I frågan om vilken användning som den nya ensamrätten ska avse delar Patent- och marknadsöverdomstolen inte promemorians bedömning att begreppet ”onlineanvändning” i artikel 15.1 måste förstås som ”användning

på internet” (se s. 118). Enligt domstolen finns det inga hållbara skäl för att i 48 b § upphovsrättslagen avvika från artikeltexten i denna del. Tvärtom kan det konstateras att begreppen ”online” och ”onlinetjänster” förekommer i det förslagna 6 b kap. upphovsrättslagen. Även vikten av ett konsekvent genomförande talar alltså för begreppet ”onlineanvändning”.

När det gäller skyddstiden instämmer Patent- och marknadsöverdomstolen i bedömningen att det i genomförandet inte går att koppla denna till ”dagen för utgivandet” (se promemorian s. 122). Med hänsyn till den engelska språkversionen och till upphovsrättslagens bestämmelse om när ett verk ska anses utgivet framstår det aktuella begreppet snarast som ännu en felöversättning (jfr 8 § andra stycket upphovsrättslagen). Under dessa förhållanden finns det skäl att i stället lägga sig så nära andra språkversioner som möjligt. Den engelska versionen utgår i det aktuella sammanhanget från dagen som presspublikationen ”publicerades” (is published). Enligt domstolen framstår det som ett bättre uttrycksätt än förslagets ”offentliggjordes”.

11. Upphovsrättsligt ansvar för vissa leverantörer av onlinetjänster

11.1 Vilka tjänster som ska omfattas av det nya regelverket

Med tanke på det långtgående ansvar tjänsteleverantörerna åläggs genom det nya regelverket är det, som framhålls i promemorian, önskvärt och angeläget med en så tydlig och förutsebar reglering som möjligt (s. 137). Patent- och marknadsöverdomstolen ser därför positivt på att det i den föreslagna bestämmelsen i 52 i § upphovsrättslagen även förs in förtydligande delar från direktivets skäl. Även med dessa förtydliganden återstår dock en stor osäkerhet kring vilka tjänster som är avsedda att omfattas av de nya reglerna. Domstolen är väl medveten om att bindande vägledning endast kommer att kunna ges av EU-domstolen men anser att det ändå vore av stort värde om regeringen i det fortsatta beredningsarbetet i så stor utsträckning som möjligt kunde ge insyn i vad som tydligt kommit fram i EU-förhandlingarna i denna del. En sådan redogörelse skulle underlätta förståelsen av bestämmelsernas sammanhang och avsedda tillämpningsområde.

11.2 Rättigheten för framställare av fotografiska bilder

Genom bestämmelsen i 52 t § upphovsrättslagen föreslås det nya regelverket även bli tillämpligt på den närstående rättigheten för framställare av fotografiska bilder. I den korta motiveringen till denna reglering nämns bland annat att direktivet inte torde förbjuda en sådan tillämpning av bestämmelserna (se s. 143). Patent- och marknadsöverdomstolen ifrågasätter denna bedömning.

Som framhållits ovan innebär direktivet i denna del att ett nytt och långtgående ansvar för vissa tjänsteleverantörer införs. Utrymmet för att i ett nationellt genomförande utöka detta ansvar, med bindande verkan inom den harmoniserade digitala inre marknaden som direktivet är avsett att uppnå, bedömer domstolen som närmast obefintligt. Det vore till exempel knappast möjligt att med hänvisning till det svenska genomförandet förelägga en tjänsteleverantör att hindra tillgång till en intrångsgörande fotografisk bild inom hela EU, om sådana bilder inte omfattas av regelverket även i övriga medlemsstater (jfr 52 s § upphovsrättslagen). Ett sådant genomförande riskerar med andra ord att komma i konflikt med andra medlemsstaters genomföranden och skulle strida mot EU-rätten på området. Domstolen

förordar därför starkt att det nya regelverket inte ges vidare tillämpningsområde än vad som följer av direktivet.

11.3 Regleringen av tjänsteleverantörens upphovsrättsliga ansvar

När det gäller frågan om när en tjänsteleverantör är ansvarig för en otillåten överföring föreslås artikel 17.4 genomföras genom 52 j § och 52 l § upphovsrättslagen. Patent- och marknadsöverdomstolen har inget emot konstruktionen med två separata paragrafer i sig. Däremot kan domstolen konstatera att den föreslagna bestämmelsen i 52 l § till sin utformning och innebörd avviker från artikel 17.4.a–c.

Den aktuella artikeltexten anger att en tjänsteleverantör för att undvika ansvar alltid måste kunna visa att leverantören före den aktuella överföringen har agerat så att den har uppfyllt artikel 17.4.a–b. Därutöver måste leverantören, för det fall att den i det enskilda fallet har mottagit en sådan underrättelse som avses i artikel 17.4.c, kunna visa att den även har agerat i enlighet med artikel 17.4.c.

52 l § inleds med det moment som ligger sist i artikel 17.4, det vill säga in casu-bedömningen i fall med så kallade varningsbrev och som tar sikte på pågående intrång. Därefter följer i första stycket 1–2 de krav som också måste vara uppfyllda i fråga om att hindra framtida intrång och som ligger sist i artikel 17.4. Förutom att i detta avseende vara ologisk är utformningen av paragrafens första stycke ägnad att ge det felaktiga intrycket av att det i alla situationer är en förutsättning för ansvarsfrihet att tjänsteleverantören har erhållit ett varningsbrev som den har att agera på. Den föreslagna lagtexten kan alltså uppfattas så att ansvarsfrihet inte kan komma i fråga om rättighetshavaren inte har skickat något varningsbrev, vilket inte motsvarar direktivets reglering.

Mot denna bakgrund avstyrker Patent och marknadsöverdomstolen förslaget i denna del och anser att det, för att stämma överens med direktivets artikeltext, bör ges en annan utformning.

När det sedan gäller nivån på vissa av de ansträngningar som leverantörerna ska göra för att komma i åtnjutande av ansvarsfrihet anger direktivet att leverantörerna ska ha "gjort vad de har kunnat" (artikel 17.3). Enligt 52 l § upphovsrättslagen ska de i stället ha gjort "det som skäligen kan krävas". Denna skillnad motiveras med att det valda uttryckssättet ger bättre vägledning i fråga om den helhetsbedömning som ska göras (se s. 151). Som nämns i promemorian framgår det dock klart och tydligt av direktivet att en proportionalitetsbedömning ska göras inom det begrepp som direktivet använder (se s. 151). Det finns därmed enligt domstolen inte skäl att avvika från artikeltexten i denna del.

11.4 Ansvar för tillgången till lovligt material

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i att det trots ordalydelsen i artikel 17.7 inte kan vara på något annat sätt än att ansvaret för att inte hindra lagliga överföringar åvilar enbart tjänsteleverantörerna (se promemorian s. 160). Domstolen har därmed inget emot utformningen av 52 o § första stycket första meningen upphovsrättslagen i den delen.

Däremot kan konstateras att det aktuella ansvaret i 52 o § första stycket första meningen är begränsat till att säkerställa att de åtgärder som vidtas för att hindra tillgång till olovligt material inte hindrar lagliga överföringar i

”någon påtaglig omfattning”. Denna begränsning saknar motsvarighet i direktivets artikeltext och enligt Patent- och marknadsöverdomstolen bör den intressebalans som begränsningen är avsedd att signalera lämnas till EU-domstolen att utveckla inom ramarna för direktivet (jfr promemorian s. 160). Domstolen förordar därför i denna del en så direktivnära utformning som möjligt.

11.5 Automatisk blockering

Även bestämmelsen om automatisk blockering i 52 o § första stycket andra meningen upphovsrättslagen saknar motsvarighet i direktivets artikeltext (jfr artikel 17.7). Patent- och marknadsöverdomstolen delar promemorians uppfattning att det behövs förtydliganden i frågan om hur olika metoder för blockering får användas men konstaterar att det endast är EU-domstolen som kan klargöra detta (jfr s. 160 f.). Att under sådana förhållanden införa en nationell reglering om automatisk blockering, som dessutom avviker från den bedömning som såväl EU-kommissionen som generaladvokaten gjort, framstår som direkt olämpligt.

Därtill kommer att det varken av förslaget eller promemorian framgår hur det i det allmänna språkbruket breda begreppet ”automatisk” ska förstås i sammanhanget (jfr s. 160 f.). Bestämmelsen synes inte heller ta hänsyn till den pågående teknikutvecklingen, inte minst inom artificiell intelligens. Tekniska lösningar inom intrångsidentifiering kan inom en snar framtid komma att bli mer precisa än vad vi i dag kan förutse.

Mot denna bakgrund avstyrker Patent- och marknadsöverdomstolen förslaget i denna del. Det ska samtidigt framhållas att om huvudregeln i 52 o § första stycket första meningen ges den utformning som domstolen förordar i föregående avsnitt skulle regleringen om automatisk blockering över huvud taget inte behövas enligt domstolens mening. Sådan användning skulle i sådant fall kunna hanteras inom den teknikneutrala huvudregeln, vars närmare gränser ytterst får fastställas av EU-domstolen.

11.6 Inskränkning för användning i karikatyr-, parodi- och pastischsyfte

Som framgått ovan avstyrker Patent- och marknadsöverdomstolen att det endast införs en fragmentarisk inskränkning för användning av verk i bland annat parodierande syfte.

11.7 Klagomålshantering

Av artikel 17.9 i direktivet framgår att sådana klagomål som tjänsteleverantörerna tar emot inom ramen för direktivets klagomålsmekanism ska behandlas ”utan otillbörligt dröjsmål”. Direktivet innehåller inga närmare anvisningar i denna del. Den föreslagna bestämmelsen i 52 q § upphovsrättslagen anger att klagomål ska avgöras ”skyndsamt och senast inom sju dagar”. Som skäl för detta anges att en yttre tidsgräns bör anges och att det framstår som rimligt att fastställa denna till sju dagar (se promemorian s. 170). Frågan om vad som utgör ett otillbörligt dröjsmål måste – som också framhålls i promemorian – bedömas från fall till fall. Fristen kan med andra ord variera beroende på vilken tjänst, vilket innehåll och vilken omfattning det är fråga om. Under dessa förhållanden framstår det inte som lämpligt att införa en yttre tidsgräns. Även i denna del bör förslaget i stället utformas i så nära anslutning till artikeltexten som möjligt.

Den föreslagna bestämmelsen i 52 q § anger också att ett beslut om att inte återställa tillgången till innehållet ska föregås av en "fysisk granskning". Det valda uttryckssättet kan ge intryck av att det digitala materialet måste skrivas ut inför granskningen. Det är förstås inte avsikten med den bakomliggande bestämmelsen i artikel 17.9 som talar om "mänsklig granskning" ("human review" i den engelska språkversionen). Med hänsyn till detta bör ett annat uttryckssätt, som bättre fångar direktivets innebörd om att granskningen ska göras manuellt, användas i lagtexten.

11.8 Skadeståndssanktion

När det gäller den föreslagna bestämmelsen i 52 r § upphovsrättslagen har Patent- och marknadsöverdomstolen stor förståelse för de anförda skälen om att skapa balans i regleringen och motverka att tjänsteleverantörer blockerar mer än tillåtet för att minimera de egna ekonomiska riskerna (se promemorian s. 176 f.). Varken detta eller det förhållande att EU-kommissionen har ställt sig positiv till nationella sanktioner av aktuellt slag förändrar dock det faktum att bestämmelsen utgör en sanktion som direkt knyter an till direktivet utan att ha stöd i det. Domstolen ifrågasätter därför huruvida den föreslagna bestämmelsen är förenlig med direktivet.

12. Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt

12.1 Skälig ersättning

Artikel 18.1 i direktivet talar om "lämplig och proportionell ersättning". Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i bedömningen att detta framstår som en felöversättning och att begreppet "skälig ersättning", som används i den föreslagna bestämmelsen i 29 § upphovsrättslagen, bättre fångar det som avses (se promemorian s. 188 ff.).

Vidare anser Patent- och marknadsöverdomstolen att det inte finns skäl att utan stöd i direktivets artikeltext utesluta överlåtelser till privatpersoner från tillämpningsområdet för 29 § första stycket. Det följer av de därpå följande föreslagna bestämmelserna att förvärvaren måste ha haft intäkter från utnyttjandet av verket för att omfattas av bestämmelserna om ytterligare skälig ersättning och informationsskyldighet (se 29 § andra stycket och 29 a–c §). Med hänsyn till detta bör det föreslagna kravet på förvärvssyfte i 29 § första stycket utgå.

Därutöver bör bestämmelsen på ett tydligare sätt återspegla att den endast är tillämplig när en upphovsman överlåter den egna upphovsrätten. Detta kan uppnås genom att "sin" förs in i lagtexten så att lydelsen blir "...överlåter sin upphovsrätt...".

12.2 Förvärvarens informationsskyldighet

Som framhållits i inledningen är det Patent- och marknadsöverdomstolens utgångspunkt att direktivet bör genomföras i så nära anslutning till artikeltexten som möjligt, bland annat för att undvika att lagtexten måste ändras när det kommer klagor från EU-domstolen. Beträffande artikel 19 är emellertid ordalydelsen i artikeltexten så otydlig att det, enligt domstolen, från rättssäkerhetssynpunkt behövs klagor från EU-domstolen. Detta gäller inte minst med tanke på att den aktuella informationsskyldigheten framstår som långtgående och omfattande. Domstolen har därmed stor förståelse för svårigheterna med att genomföra direktivet.

Med detta sagt framstår dock även den föreslagna regleringen i 29 a § upphovsrättslagen som otillfredsställande. De förtydliganden som har förts in i förhållande till direktivet förenklar inte förståelsen av tillämpningsområdet i någon större mån (jfr promemorian s. 204 ff.). Det finns flera sammanhang för vilka det är oklart hur bestämmelsen är tänkt att tillämpas. Detta gäller bland annat i fråga om pågående anställningsavtal med upphovsmän, exempelvis illustratörer, fotografer och skrivande journalister inom tidsningsbranschen som alla bidrar upphovsrättsligt till den färdiga tidningen. Inom teaterbranschen bidrar bland annat manusförfattare, regissörer, scenografer, kompositörer och kostymörer på motsvarande sätt till teaterföreställningar. Populära teaterföreställningar sätts ofta upp under lång tid och även för sådana situationer behöver tillämpningsområdet tydliggöras.

Mot denna bakgrund bör tillämpningsområdet för 29 a § förtydligas ytterligare i det fortsatta beredningsarbetet och åtminstone bör klargörande tillämpningsexempel föras in i lagkommentaren. För att ge en bättre förståelse för bestämmelsen och det aktuella reformbehovet vore det dessutom även i denna del av stort värde om regeringen i den fortsatta beredningen i så stor utsträckning som möjligt kunde redogöra för vad som tydligt kommit fram i de föregående EU-förhandlingarna.

Vidare framstår det som att det finns ett syftningsfel i den föreslagna bestämmelsen i 29 c § sista meningen upphovsrättslagen. Eftersom det är fråga om en ny mening uppfattas ”dennes” i förslaget snarast som en hänvisning till förvärvaren själv.

12.3 Frist inför hävning

Patent- och marknadsöverdomstolen har förståelse för promemorians överväganden i fråga om längden på den tidsfrist inom vilken förvärvaren måste börja utnyttja verket efter upphovsmannens uppmaning därom (se s. 218). För att avvikelser i förhållande till ordalydelsen i artikel 19.3 ändå inte ska bli allt för stora bör 29 d § första stycket 2 ange ”sex månader eller den längre tidsfrist som upphovsmannen godtar”.

13. Konsekvenser för domstolarna

Som konstaterats inledningsvis är det fråga om ny lagstiftning inom om ett redan svårtillgängligt lagstiftningsområde som dessutom griper in och ska samspela med viktiga grundläggande principer om till exempel informations- och yttrandefrihet. Förslaget innebär bland annat att nya ensamrätter och inskränkningar skapas. Det ger därmed upphov till ett antal nya tvistekområden och en ökad målinströmning till patent- och marknadsdomstolarna är att räkna med. Detta gäller inte minst med tanke på de inneboende otydligheterna i direktivet som med nödvändighet kommer att behöva klarläggas genom domstolspraxis och ytterst av EU-domstolen. Även om det inte går att förutse den närmare omfattningen bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen, till skillnad från promemorian, att det inte endast kommer att handla om ett försumbart antal mål (jfr s. 236). Med hänsyn till detta bör patent- och marknadsdomstolarna tillföras ytterligare medel om utvecklingen visar att den nya lagstiftningen påverkar målinflödet till domstolarna. Särskilt eftersom det kan antas bli fråga om komplicerade tvister även om antalet nya tvister inte skulle bli omfattande.

I handläggningen av detta ärende har deltagit hovrättslagmannen Christine Lager, hovrättsrådet Ulrika Ihrfelt och tf. hovrättsassessorn Bror Aili, föredragande.

Christine Lager

Bror Aili