

SFIR
Svenska Föreningen för Immaterialrätt

Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt
103 33 Stockholm

”En ny upphovsrättslag”. Slutbetänkande av Upphovsrättsutredningen (SOU 2011:32)

Svenska Föreningen för Immaterialt Rättskydd (SFIR) har getts tillfälle att svara på remiss avseende SOU 2011:32 (En ny upphovsrättslag. Slutbetänkande av Upphovsrättsutredningen). Föreningen anför följande:

Allmänt

SFIR vill inledningsvis framhålla vikten av den redaktionella översyn som Upphovsrättsutredningen har förslagit. De många ändringar och uppdateringar som nuvarande lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk har undergått sedan dess tillkomst i början av 1960-talet har gjort lagen mycket svårtillgänglig.

SFIR har några såväl materiella, redaktionella som språkliga synpunkter. Synpunkterna avser följande områden:

- Begreppen ”verkshöjd” och ”originalitet”
- Ändringsrätten
- Begreppen ”verk” och ”uttryck”
- Begreppet ”närliggande rättigheter”
- Skydd för framställare av databaser
- Begreppen ”begränsningar” och ”inskränkningar”
- Begreppet ”återge”
- Inskränkningen till förmån för avbildning av byggnader
- Hänvisningar i bestämmelserna om närliggande rättigheter till bestämmelser om inskränkningar
- Bestämmelserna om avtalslicenser
- Vissa mindre språkliga ändringsförslag

Materiella (och redaktionella) synpunkter

Begreppen ”verkshöjd” och ”originalitet”

SFIR ställer sig kritisk till Upphovsrättsutredningens användning av begreppet ”verkshöjd” som förutsättning för upphovsrättsligt skydd. Begreppet förekommer på flera

SFIR

ställen i betänkandet (se t.ex. ss. 116, 129 ff. och 212). Genom EU-harmonisering av lagstiftningen på områdena avseende datorprogram, fotografier och databaser har det, som en förutsättning för upphovsrätt införts ett krav på att ett verk ska vara originellt i den meningen att det är ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” och angetts att ”inga andra bedömningsgrunder ska tillämpas” (se artikel 1.3 i direktiv 2009/24/EG, artikel 6 i direktiv 2006/116/EG och artikel 3.1 i direktiv 96/9/EG). Genom rättspraxis från EU-domstolen (EUD) har det slagits fast att de aktuella direktivens originalitetskriterium ska tillämpas även i fråga om andra verkskategorier (se punkterna 35–37 i mål C-5/08 och punkterna 45–46 i mål C-393/09). Att det harmoniserade originalitetskriteriet ska tillämpas även med avseende på andra kategorier av verk än dem som direkt omfattas av direktivens tillämpningsområde har också framhållits i den juridiska litteraturen, särskilt efter EUDs domar (se t.ex. Levin, *Lärobok i immaterialrätt* (10:e uppl. 2011) s. 86, Axhamn i NIR 2010 s. 339 ff. och Nordell i NIR 2010 s. 559). Det är en annan sak att svensk rättspraxis uttryckt att det harmoniserade verksbegreppet endast är ”begränsat till vissa särskilt angivna alster” och att det därmed inte finns anledning att ”gå in på frågan vad som ligger i den i direktiven angivna förutsättningen om originalitet” (se NJA 2004 s. 149 och NJA 2009 s. 159). Eftersom svenska domstolar visat sig ovilliga att tolka det harmoniserade originalitetskriteriet och skrivningar i betänkandet som ger stöd för ett sådant förhållningssätt kan återkomma i lagrådsremiss och proposition vill SFIR framhålla att utredningens resonemang om förutsättningen för upphovsrättsligt skydd endast leder till rättsosäkerhet. Det bör således av motiven klart framgå att det i Norden länge tillämpade s.k. verkshöjdsbegreppet generellt bör ersättas med det harmoniserade originalitetskriteriet. Det gäller även om någon ändring av skyddskvalifikationerna inte är avsedda i sak (jfr Karnell i NIR 1998 s. 157 ff.).

Ändringsrätten

SFIR avstyrker förslaget att ändringsrätten går från att vara en del av ensamrätten (nuvarande 2 § första stycket URL, föreslagen 2 kap. 1 §) till att utgöra en del av verksbeskrivningen (nuvarande 1 §, föreslagen 2 kap. 2 §). Det förefaller mer konsekvent – bland annat i förhållande till internationella bestämmelser om bearbetningsrätt (eng. ”*adaptation right*”) – att ensamrätten även fortsättningsvis omfattar rätten att förfoga över verket ”i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konststart eller i annan teknik” (se t.ex. SOU 1956:25 s. 98 ff. och artikel 12 i Bernkonventionen).

Begreppen ”verk” och ”uttryck”

Eftersom skrivningar i betänkandet kan återkomma i lagrådsremiss och proposition, vill SFIR framhålla att det i betänkandet förs ett föga stringent resonemang om att en ”prestation” kan ”rymma två olika verk” (s. 146). En mer adekvat beskrivning är att ett och samma verk kan komma till uttryck i skilda verkskategorier. Även den föreslagna bestämmelsen i 2 kap. 2 § första stycket bör ändras på så sätt att det framgår att ett (och samma) verk kan komma till såväl litterärt som konstnärligt uttryck (se härom SOU 1956:25 s. 64 ff.). I konsekvens härmed bör även 2 § andra och tredje styckena ändras så att det framgår att ett verk kan komma till ”Litterära uttryck...” respektive ”Konstnärliga uttryck...”.

SFIR

Även användningen av ordet ”framförande” i 2 § tredje stycket är missvisande och uttrycket bör kompletteras med ordet ”överföring”.

Begreppet ”närstående rättigheter”

SFIR avstyrker att begreppet ”närstående rättigheter” utmönstras ur den svenska lagen. Begreppet är väl etablerat såväl nationellt som internationellt. SFIR föreslår att nuvarande rubrik till 5 kap. URL, ”Vissa upphovsrätten närstående rättigheter” förs över till den nya lagen och ersätter den föreslagna rubriken till 3 kap: ”Rättigheter för utövande konstnärer, producenter, fotografer m.fl.” alternativt att rubriken förtydligas genom ett tillägg av ”Rättigheter som står upphovsrätten nära” – ett uttryck som har använts i tidigare förarbeten, se t.ex. prop. 1985/86:79 s. 1 och 12. SFIR:s förslag skulle innebära följändringar i den föreslagna 1 kap. 1 §.

Skydd för framställare av databaser

Även om Upphovsrättsutredningen primärt haft i uppdrag att se över lagen i ”redaktionellt och språkligt hänseende” bedömer SFIR att det inom ramen för den översynen hade varit möjligt att föreslå en ändring av skyddet för framställare av databaser till att motsvara det skydd som föreskrivs i artikel 7 i direktiv 96/9/EG. Brister i det svenska genomförandet databasdirektivet har flitigt framhållits i den juridiska litteraturen (se t.ex. Karnell i NIR 1999 s. 54 ff.; Koktvedgaard i *Festskrift till Karnell* (1999) s. 342 ff.; Axhamn, *Sui generis-skydd för databaser* (2006) och Axhamn i NIR 2009 s. 144 ff.). Enligt SFIR:s bedömning hade det varit naturligt att vid en redaktionell översyn även föreslå sådana ändringar som är nödvändiga för att den svenska lagen ska överensstämma med EU:s normer och den av EUD tillämpade terminologin.

En grundläggande felaktighet vid det svenska genomförandet av databasdirektivet är att den svenska lagen – trots att direktivet i denna del måste anses innebära en totalharmonisering av medlemsstaternas lagstiftning – ger skydd för arbeten som enbart är resultatet av att ett stort antal uppgifter har sammanställts.

En lika stor brist vid Sveriges genomförande av direktivet är att direktivets begrepp ”utdrag” och ”återanvändning” inte används i den svenska lagtexten. Där används i stället de traditionella upphovsrättsliga begreppen ”exemplarframställning” och ”tillgängliggörande för allmänheten”. I lagförarbetena till ändringarna för det svenska genomförandet av direktivet gjordes bedömningen att de upphovsrättsliga begreppen gav ett mer omfattande skydd än vad som skulle ges vid användningen av de begrepp som föreskrivs i direktivets artikel 7 (se prop. 1996/97:111 s. 41 f.). Men när EUD tolkat begreppen ”utdrag” och ”återanvändning” har de getts en helt annan innebörd än de upphovsrättsliga förfoganderätterna. Enligt EUD avser begreppen ”utdrag” och ”återanvändning” förfoganden över innehållet i en databas och reglerna syftar till att skydda investeringar i, anskaffning, granskning och presentation av ett sådant innehåll i en databas. Till skillnad från vad som gäller enligt den traditionella upphovsrättsliga ensamrätten avser bestämmelsen om *sui generis*-skydd inte att skydda strukturen hos skyddsobjektet (en databas; se t.ex. punkterna 39 och 40 i mål C-304/07 och punkten 47 i mål C-545/07). Det är en väsentlig skillnad mellan upphovsrätten till strukturen och rätten *sui generis* till investeringen i anskaffning, granskning och presentation av

SFIR

innehållet i en databas. Bristerna i genomförandet blir problematiska för svensk rättstillämpning, eftersom svenska domstolar riskerar att inte tolka lagtextens begrepp i ljuset av den innebörd som EUD har gett begreppen ”utdrag” och ”återanvändning” (se t.ex. Svea hovrätts dom den 14 april 2008 i mål T-359-07). Nuvarande utformning av databasskyddet i svensk rätt medför en rättsosäkerhet, som här enkelt hade kunnat elimineras. Även om EUD:s tolkning ska vara bindande för medlemsstaterna, så uppstår det uppenbara tolkningssvårigheter när lagtexten säger en sak och den tolkning som EUD gett artikel 7 i direktiv 96/9/EG säger en annan.

Begreppen ”begränsningar” och ”inskränkningar”

SFIR avstyrker att begreppet ”inskränkningar” ersätts med begreppet ”begränsningar”. Begreppet ”inskränkningar” är väl etablerat i svensk upphovsrätt.

I betänkandet görs vidare bedömningen att begreppet ”*limitations*” förekommer i engelsk terminologi som uttryck för bestämmelser om ”inskränkningar” enligt svensk upphovsrätt och att det även av det skälet passar (språkligt) bättre med ordet ”begränsning”. SFIR ställer sig kritiskt till en sådan beskrivning. Eftersom skrivningar i betänkandet kan återkomma i lagrådsremiss och proposition vill föreningen framhålla att även om det inte råder någon internationell konsensus om vad begreppet ”*limitation*” omfattar, så är uppfattningen i den ledande litteraturen att ”*limitations*” avser bestämmelser enligt vilka nyttjande får ske av upphovsrättsligt skyddat material *utan rättighetshavarens samtycke* men där rättighetshavaren *kompenseras ekonomiskt* för det nyttjande som sker. I svensk rätt skulle begreppet ”*limitations*” således avse bestämmelser om tvångslicens, kassettersättning och möjligtvis också avtalslicens. Om ett utnyttjande får ske utan samtycke från rättighetshavaren, dvs. det som i svensk upphovsrätt traditionellt benämns ”ren inskränkning” eller ett undantag, används på engelska i stället uttrycket ”*exception*” (se härom t.ex. von Lewinski, *International Copyright Law and Policy* (2008) avsnitt 5.150 och Ficsor, *The law of copyright and the Internet* (2002) avsnitt 5.04). En översättning till svenska av det engelska begreppet för bestämmelser om rena inskränkningar skulle såldes vara ”undantag”. Eftersom begreppet ”undantag” har en klar, tydlig och etablerad innebörd enligt svensk upphovsrätt, jfr resonemanget i samband med införandet av 11 a § i URL, skulle det vara vilseledande att införa detta begrepp för de bestämmelser som nu benämns rena inskränkningar. Utöver att begreppet ”begränsningar” kan ge felaktiga associationer, finns det således inte något underlag för att begreppet ”begränsningar” har stöd i etablerad internationell terminologi.

Begreppet ”återge”

SFIR tillstyrker att det införs en definition av begreppet ”återge” i den föreslagna bestämmelsen i 4 kap. 1 § andra stycket. För att förenkla lagtexten bör ordet ”offentligt” strykas i första stycket i bestämmelsen och i stället ersättas av att orden ”för allmänheten” efter ”tillgängliggörande” i andra stycket. Eftersom begreppen exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten ges uttömmande definitioner i det föreslagna 2 kap., kan orden ”oavsett tillvägagångssätt eller teknik” strykas i samma stycke.

SFIR

Inskränkningen till förmån för avbildning av byggnader

Enligt den föreslagna bestämmelsen i 4 kap. 14 § andra stycket gäller att "[b]ygnader får fritt avbildas". Bestämmelsen motsvarar nuvarande 24 § URL. Det föreslås också att det klargörs att med *avbildning* avses endast exemplarframställning i planet, inte spridning av exemplaren (s. 172 i betänkandet). Enligt SFIR:s bedömning omfattar formuleringen "byggnader får fritt avbildas" även en inskränkning i rätten till tillgängliggörande för allmänheten, även om sådan användning inte uttryckligt framgår av bestämmelsens ordalydelse (jfr dock prop. 2004/05:110 s. 230). Enligt SFIRs bedömning hade det varit önskvärt om utredningen i lagtexten förtydligat att bestämmelsen även omfattar inskränkning i rätten till tillgängliggörande för allmänheten.

Hänvisningar i bestämmelserna om närstående rättigheter till bestämmelser om inskränkningar

I bestämmelserna om närstående rätter görs en rad hänvisningar till inskränkningar som ska få motsvarande tillämpning för sådana. Det är emellertid oklart om varje sådan hänvisning avser en inskränkingsbestämmelse i dess helhet eller endast delar av inskränkningen, t.ex. för det fall att en inskränkning eller delar av den endast avser vissa kategorier av verk (se t.ex. Nordell, Rätten till det visuella (1997) s. 270). Enligt SFIR:s bedömning hade det varit önskvärt om utredningen hade förtydligat tillämpningen av inskränkingsbestämmelserna med avseende på närstående rätt.

Bestämmelserna om avtalslicenser

I betänkandet föreslås att de grundläggande förutsättningarna för avtalslicens anges i en ny paragraf (s. 181 ff. i betänkandet). Föreningen vill framhålla att nuvarande avtalslicensbestämmelse för utsändning i ljudradio eller television (42 e § URL) skiljer sig från övriga bestämmelser om avtalslicenser. Det kommer tydligast till uttryck på så sätt att de generella bestämmelserna om avtalslicenser (nuvarande 42 a fjärde stycket URL) inte hänvisar till 42 e §. Det betyder bland annat att det kollektiva avtalet (formellt sett) *inte* ges utsträckt verkan till att omfatta även utomstående verk eller andra prestationer. Dessutom gäller full fordringsrättslig preskriptionstid (dvs. tio i stället för tre år). Vidare omfattas 42 e § URL av de särskilda bestämmelserna om behörig domstol (se 58 § URL) och bestämmelsen undantas från medlingslagens tillämpningsområde (se 1 § lagen om medling i vissa upphovsrättstvister (SFS 1980:612).

I förarbetena till avtalslicensbestämmelsen om fotokopiering i undervisningsverksamhet förklarades att avtalslicensbestämmelsen om utsändning i ljudradio och television inte ger "utsträckt verkan" av ett kollektivt avtal: "Det bör anmärkas att ett system som utformats efter nu angivna riktlinjer kommer att avvika från det system som följer av de bestämmelser om avtalslicens som enligt 22 § URL gäller i fråga om utsändning av skyddade verk i radio och TV. Dessa senare bestämmelser anger bl.a. inte att villkoren i det kollektiva avtalet om utsändning är tillämpliga vid utsändning av utomstående upphovsmäns verk." (Se Upphovsrätt I – Fotokopiering inom undervisningsverksamhet, SOU 1978:69; betänkandet återges som bilaga till proposition 1979/80:132 s. 78 och ett liknande resonemang som det som framgår av det citerade avsnittet finns i Nordisk utredningsserie 21/73, Upphovsrätt 1. Fotokopiering och bandinspelning – särskilt inom undervisningsverksamhet.)

SFIR

Även om det kan finnas sakliga skäl till de materiella ändringar av bestämmelserna om avtalslicenser som Upphovsrättsutredningen föreslår, så bedömer SFIR att sådana ändringar bör föregås av en mer grundlig utredning.

Språkliga synpunkter

Utöver ovan nämnda materiella synpunkter har SFIR följande språkliga synpunkter:

- 1 kap. 1 §: ”~~Där~~ Här finns också...”
- 3 kap. 5 § andra stycket: ”... har de utövande konstnärer ~~vars~~ vilkas framförande...”
- 3 kap. 9 § andra stycket första punkten: ”... vidta andra ~~jämförliga~~ jämförbara rättshandlingar...”
- 3 kap. 11 § första stycket: ”... har med de ~~begränsningar~~ begränsningar...”
- 5 kap. 11 § andra meningen: ”Efter beställarens död ~~ger är det dennes~~ efterlevande make eller maka och arvingar ~~som ger~~ sådant tillstånd.”
- 5 kap. 12 § första stycket andra meningen: ”~~Avträds boet till förvaltning av~~ Boutredningsman; får ~~denne~~ inte utan dödsbodelägarnas samtycke använda verket på annat sätt än som förut har skett.”
- 10 kap. 8 § första stycket andra punkten: ”vilka föremål och handlingar som ~~det~~ får eftersökas efter, och”
- 11 kap. 1 § tredje stycket: ”... ska hänsyn ~~tas~~ även tas till den skadelidande partens ~~hans eller hennes~~ intresse...”. (Juridisk person är inte hon eller han).
- 11 kap. 4 § andra stycket: ”Upphovsmannens efterlevande make eller maka, släktingar...”
- 12 kap. 6 §: ”... ljudupptagningar ~~vars~~ vilkas producent...”

SFIR vill avslutningsvis påminna om de synpunkter som föreningen lämnade på Upphovsrättsutredningens delbetänkande, *Avtalad upphovsrätt* (SOU 2010:24).

Detta remissvar har utformats inom SFIR:s upphovsrättsgrupp under ledning av doktorand Johan Axhamn. I remissgruppen har ingått advokat Karin Cederlund, professor Per Jonas Nordell och advokat Hanna Tilus. Svaret har cirkulerats inom SFIR:s styrelse för kommentarer. Det expedieras av SFIR:s sekreterare, jur. kand. Erik Sandgren.

Stockholm den 17 oktober 2011

Marianne Levin
Prof. jur. dr, fil. dr *h.c.*
Ordf. SFIR

Erik Sandgren
Skr. SFIR