

Till Justitiedepartementet

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 26 juni 2003 beretts tillfälle att avge yttrande över departementspromemorian ”Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.”, Ds 2003:35. Med anledning härav anför Advokatsamfundet följande.

ALLMÄNNA PÅPEKANDEN OCH SAMMANFATTNING

Advokatsamfundet tillstyrker i huvudsak förslaget med undantag för de synpunkter som redogörs för nedan.

Advokatsamfundet vill dock särskilt framhålla att införandet av nya *avtalslicenser* inom såväl den offentliga verksamheten som det privata näringslivet är en kontroversiell och mycket komplicerad fråga och att samfundet inte anser det lämpligt att i en situation – där Sverige nu snabbt måste anpassa sin lagstiftning till direktivet – införa nya avtalslicenser utan att någon närmare, mer långtgående utredning har vidtagits om effekterna av ett sådant införande och hur vissa därtill knutna frågeställningar ska lösas. Det är av stor vikt att det behålls en okomplicerad rätt till kopiering för enskilt eller privat bruk, inklusive rätten att göra digitala kopior. Advokatsamfundet anser att lagstiftaren i denna del bör överväga någon form av samordnad ersättning till innehavarna av upphovsrätt.

AVSNITT 6 ENSAMRÄTTIGHETER

6.1 Exemplarframställning

Advokatsamfundet är positivt till den ändring av bestämmelsen i 2 § andra stycket URL som föreslås för att harmonisera bestämmelsen med direktivet. Ändringen gör texten betydligt enklare och mer lättbegriplig och synes inte ändra något i sak.

6.2 Tillgängliggörande för allmänheten

Advokatsamfundet är positivt till de ändringar av bestämmelsen i 2 § tredje stycket URL som föreslås. Ändringarna tydliggör vad som skall anses utgöra tillgängliggörande för allmänheten. Särskilt är Advokatsamfundet positivt till införandet av ensamrätt till *överföring till allmänheten*.

AVSNITT 7 INSKRÄNKNINGAR I ENSAMRÄTTIGHETERNA

7.3 Framställning av tillfälliga exemplar

Advokatsamfundet anser att förslaget i promemorian är godtagbart. Advokatsamfundet är också ense med förslaget i promemorian att begreppet ”tillfälliga exemplar” är ett tydligt och användbart begrepp för den typ av exemplar som bestämmelsen avser att täcka.

7.4 Framställning av exemplar för privat bruk

Advokatsamfundet delar uppfattningen i promemorian att omfattningen av 12 § URL är oklar och att det finns goda skäl för att klargöra omfånget. Vad gäller frågan om särställning för litterära verk återkommer samfundet med sin inställning till denna fråga i avsnittet om avtalslicenser särskilt avsnitt 8. Samfundet ser positivt på att det nu klargörs att bestämmelsen om privatkopiering endast omfattar kopiering från *lovliga förlagor*.

7.6 Ersättning enligt 54 § första stycket upphovsrättslagen vid framställning av exemplar för privat bruk trots att förlagan är olovlig

Advokatsamfundet delar inte uppfattningen i promemorian att skälig ersättning för nyttjande inte skall utgå vid överträdelser av 12 § fjärde stycket URL. De ersättningar som kommer att bli aktuella kommer sannolikt att vara relativt låga och det faktum att allmänheten görs medveten om att sådan ersättning kan komma att utgå oavsett uppsåt eller oaktsamhet kommer sannolikt att få en allmänpreventiv effekt av stor betydelse. Vidare är det rimligt att upphovsmannen faktiskt erhåller ersättning för det utnyttjande av hans verk som sker.

7.9 Framställning av exemplar inom bibliotek och arkiv

Ändringen av lagstiftningen så att bibliotek och arkiv fortsättningsvis får framställa exemplar med valfri teknik samt införandet av möjligheten att tillhandahålla lånesökanden exemplar i såväl analog som digital form av exempelvis artiklar ser Advokatsamfundet som en naturlig utveckling i tiden. Det är emellertid viktigt att minimera risken för att upphovsrättsligt skyddat material som exempelvis överförs via e-post vidareutnyttjas och att den för det ändamålet föreslagna avtalslicensen nogsam utreds så att det åstadkoms ett system som i realiteten fungerar och där upphovsmannen erhåller korrekt ersättning för utnyttjandet av dennes verk.

7.11 Spridning av exemplar

Med hänsyn till den rättsutveckling som har skett inom övriga immaterialrättsområden, har Advokatsamfundet full förståelse för förslaget om införandet av en generell princip om regional konsumtion för upphovsrätten så att samma regel gäller för samtliga immateriella rättigheter. Advokatsamfundet tillstyrker därtill undantaget såvitt gäller upphovs-

mannens ensamrätt till uthyrning och utlåning av filmverk. Det senare undantaget torde i hög grad även kunna motiveras av de kostnader som är förenade med framställandet av filmverk, varför upphovsmannen även fortsättningsvis bör ges en möjlighet att hämta tillbaka de investeringar som har gjorts i samband med framställningen av filmverket.

7.12 Visning av exemplar m.m.

Advokatsamfundet har noterat att till följd av den föreslagna ändringen av visningsrättens innehåll genom införandet av det nya begreppet ”överföring till allmänheten”, kommer bestämmelsen om konsumtion av visningsrätten inte att kunna åberopas avseende alla typer av förfoganden som tidigare har kunnat ske med stöd av bestämmelsen. Härigenom kommer numera förmedling av utseendet på fysiska exemplar av ett verk genom distansöverföring, t.ex. via Internet eller med hjälp av tekniska hjälpmedel, såsom exempelvis diabilidsförevisning eller förevisning inför publik av ett konstverk via dator, bedömas som offentligt framförande eller som överföring till allmänheten. Eftersom direktivet inte harmoniserar rätten till offentligt framförande, påpekas i förslaget att det i den delen kan göras inskränkningar utan hinder av direktivet och att det därför skulle vara möjligt att införa en bestämmelse som tillåter att exempelvis diabilider av konstverk förevisas för allmänheten. Utredningen finner dock flera skäl i promemorian mot ett införande av en sådan inskränkning och föreslår därför att det inte införs.

Advokatsamfundet anser det dock vara fel att betrakta en sådan inskränkning som skulle göra det möjligt att även fortsättningsvis tillåta sådan visning som en *avsevärd* inskränkning i upphovsmännens rättigheter, framförallt bildkonstnärerna. Tvärtom anser Advokatsamfundet att detta kommer att minska konstnärernas möjligheter att nå ut till allmänheten. Det kan i många fall vara förenat med stora svårigheter för den som vill förevisa ett konstverk på nämnda sätt att rent faktiskt nå upphovsmannen, varför resultatet istället kan bli det att någon visning över huvudtaget inte sker. Det är i sin tur snarare till men för den uppmärksamhet som genom visning av verken skapas runt upphovsmannen och av vilken upphovsmannen kan vara beroende för sin fortsatta verksamhet. Genom att inte tillförsäkra även en fortsatt möjlighet att genom tekniska hjälpmedel ta del av ett konstverk, kan det komma att ske en oönskad begränsning av det kulturliv som tar plats bland allmänheten men som exempelvis försiggår vid sidan av museernas konstföreläsningar. Museerna har på ett helt annat sätt en möjlighet att kontakta bildkonstnärerna för att klarera rättigheterna till exemplarframställningen än t.ex. lokala ideella konst-, kultur- och intresseföreningar som vänder sig till allmänheten men där syftet med visningen huvudsakligen inte är av kommersiell karaktär.

7.15.2 Återgivning av konstverk i samband med redogörelse för dagshändelse

Advokatsamfundet vill anmärka att vare sig begreppet dagshändelse eller begreppet nyhetsrapportering oundgängligen fordrar att den inträffade händelsen skall ha varit nylig. Begreppet nyhetsrapportering är enligt Advokatsamfundets mening en mera adekvat term än dagshändelse eftersom den förra termen tydligare anknyter till villkoren för massmedieföretagens nyhetsrapportering. Sålunda kan en händelse vara en nyhet också om den inträffat för länge sedan, om den har varit obekant för en bredare allmänhet. Ett exempel kan vara bekantgörandet av en så långt okänd uppgift om den svenska regeringens agerande under andra världskriget i fråga om konst som tagits som krigsbyte. Vad som i

ett sådant fall gör händelsen till en nyhet är att förhållandet så långt har varit okänt. Att den omskrivna händelsen inte inträffade nyligen saknar således betydelse i det fallet. Ett förtydligande av begreppsapparaten är viktig eftersom det i annat fall finns en risk att möjligheten att tillgodose det informationssyfte som uppbär bestämmelsen blir alltför begränsad.

Även om det finns skäl anta att beskrivningen i promemorian inte är uttömmande förordar Advokatsamfundet att begreppet dagshändelse i 23 § första stycket 3 ersätts med ”nyhetsrapportering”. Bestämmelsen, i denna del kunde i så fall lyda ”3. i en tidning eller tidskrift i samband med nyhetsrapportering, dock inte om...”

7.16.2 Avbildning av konstverk som ställs ut, är till salu eller ingår i en samling

Uttrycket i den föreslagna 24 § första stycket 2, ”för att främja utställningen eller försäljningen”, och som baseras på uttrycket ”främja” i direktivet, ger måhända uppfattningen att bestämmelsen är mera tillåtande än vad som tycks vara fallet. Av författningskommentaren framgår att den nya lydelsen uttrycker något som tidigare gällt, nämligen att det inte är tillåtet att med stöd av bestämmelsen producera mer marknadsföringsmaterial än vad som motiveras av det informationssyfte produkten skall tjäna. Om bestämmelsen läses i ett sådant perspektiv vore det ur lagteknisk synvinkel lämpligare att ersätta eller komplettera termen ”främja” med ett annat uttryck, exempelvis ”för att främja utställningen eller försäljningen och endast i den omfattning som motiveras av ändamålet”.

AVSNITT 8 AVTALSLICENSER

Direktivet i sig föranleder inte införandet av nya avtalslicenser och innehåller heller inga hinder mot införandet av sådana. I förslaget anförs att det nu finns ett behov att skapa ett mer överskådligt system för avtalslicenserna och härtill kommer att det mot bakgrund av den begränsning som nu föreslås beträffande 12 § URL när det gäller arbetsplatskopiering finns skäl för att införa regler om avtalslicens för exemplarframställning inom offentlig och privat förvärvsverksamhet.

Advokatsamfundet anser att införandet av avtalslicenser inom såväl den offentliga verksamheten som det privata näringslivet för en reglering av den arbetsplatskopiering som sker som en naturlig del i utförande av arbetsuppgifter – en kopiering vilken för övrigt är ett sätt att utnyttja något som är publicerat – är en kontroversiell och mycket komplicerad fråga. Det är oerhört viktigt att det efter införandet av en sådan avtalslicens också finns ett system som fullt ut möjliggör att reglerna kan efterlevas till undvikande av ofrivilliga intrång i någons upphovsrätt. Systemet med de avtalslicenser som finns idag inom det upphovsrättsliga området visar att det är ett komplicerat system som orsakar såväl konkurrensrättsliga spörsmål som problematik såvitt avser utnyttjande av utländska upphovsmäns alster.

Advokatsamfundet förordar därför att frågan om införande av avtalslicenser inom den offentliga verksamheten och i det privata näringslivet skall bli föremål för en särskild utredning med beaktande även av konkurrensrättsliga frågeställningar och hantering av utländska upphovsmäns rättigheter samt där tillfälle också ges att utreda formerna för hantering och kontroll av avtalslicenserna samt deras införlivande.

Att i ett skede där Sverige snabbt måste anpassa sin lagstiftning till direktivet införa nya avtalslicenser och någon djupare utredning om de effekter ett sådant införande av avtalslicenser skulle kunna medföra, är inte lämpligt utan förefaller snarare förhastat.

AVSNITT 9 NÄRSTÅENDE RÄTTIGHETER

9.1.2 Exklusiva ensamrätter för närstående rättighetsinnehavare

Enligt Advokatsamfundets mening är det ett felaktigt synsätt att betrakta den förbuds rätt, som idag är innebörden av de närstående rättigheterna, som något principiellt annat än den ensamrätt som anses följa av 2 § URL. Den senare ensamrätten vare sig kan eller bör i teoretisk mening betraktas som något annat än en förbuds rätt.

Skälet till att 2 § URL har formulerats som en positivt angiven ensamrätt följer av det numera övergivna synsätt som präglade Auktorrättskommitténs majoritet (SOU 1956:25). Rättsvetenskapen har genom den under flera decennier bedrivna nordiska verksdebatten i stort sett samfällt funnit att det är sakligt sett oriktigt att betrakta upphovsrätt som något immanent, som kan utgöra föremål för rättsliga dispositioner. Flera författare har under åren kritiserat utformningen av 2 §.

Upphovsrätten är i likhet med vad som gäller för alla andra typer av immateriella rättigheter en i teorin och i praktiken negativ ensamrätt. Mot den bakgrunden bör det betraktas som mindre lämpligt att utvidga den förvirrande och kritiserade lagtekniska modell som kommer till uttryck i 2 § URL att omfatta även de närstående rättigheterna. Det är dessutom knappast korrekt att betrakta den föreslagna ändringen som en materiell utvidgning av de närstående rättigheterna, när det i själva verket är hänvisningarna till förbud mot bearbetning, efterlikning o. dyl. som är de materiellt verkande bestämmelserna.

Att fastslå en positiv ensamrätt kan naturligtvis också ge upphov till praktiska problem. En så formulerad ensamrätt kan nämligen komma i konflikt med den allmänna handlingsfriheten och utövandet av äganderätt till fysisk egendom. Genom att positivt ange vilka förfoganden som tillkommer rättighetshavaren bestäms genom ett motsatsslut vilka förfoganden som återstår på grund av äganderätt eller allmän handlingsfrihet. Om intresset av äganderätt och allmän handlingsfrihet inte beaktas fullt ut i lagen finns risken att de närstående rättigheterna oförutsett utsträcks till att omfatta förfoganden som inte varit menade att förbehållas rättighetshavaren. (Se för det sagda bl.a. Ebersteins reservation i SOU 1956:25 s. 502, Strömholm, Upphovsrättens verksbegrepp, Stockholm 1970, s. 208 f., Karnell, NIR 1971 s. 372 och Bergström, Uteslutande rätt att förfoga över verket, Uppsala universitets Årsskrift 1954:8, s. 143.)

Systematiskt borde det vara tillräckligt att tillerkänna de närstående rättighetshavarna en negativt bestämd ensamrätt med de anpassningar som följer av direktivet. Advokatsamfundet förordar därför en lagteknisk lösning för 45, 46 och 48 §§ som istället för de föreslagna formuleringarna om en ”uteslutande rätt att förfoga...” nyttjar en lokution som bygger i princip på att det ”inte är tillåtet att utan samtycke från den som är rättighetsinnehavare (utövande konstnär/framställare av upptagningar etc.) framställa exemplar, ta upp framförandet...”. Ingenting i direktivet tycks vara hinder för valet av en sådan lagteknisk lösning.

9.2.2 Inskränkningar; överväganden

Advokatsamfundet instämmer i intresset att inte utvidga de närstående rättigheterna mera än vad direktivet oundgängligen kräver.

Advokatsamfundet har inga erinringar mot förslagen.

AVSNITT 11 DIREKTIVETS ARTIKEL 8 OM SANKTIONER OCH MÖJLIGHETER ATT VIDTA RÄTTSLIGA ÅTGÄRDER

Behörig domstol i upphovsrättsliga mål

Advokatsamfundet anser att alla allmänna mål och ärenden – sålunda inte enbart de som anges i 58 § i förslaget – rörande upphovsrätt skall koncentreras till en tingsrätt, förslagsvis Stockholms tingsrätt.

Frågan om en koncentration av samtliga mål som rör det industriella rättsskyddet har väckts i flera skilda sammanhang. När det gäller patent är redan Stockholms tingsrätt exklusivt forum och detsamma gäller frågor rörande gemenskapsvarumärken. I utredningen om formskydd föreslås en koncentration av sådana mål till en domstol. Likväl har förslaget om koncentration av samtliga varumärkesmål framställts i samband med Varumärkeskommitténs slutbetänkande *Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen* (SOU 2001:26). Koncentration av målen har mot bakgrund av utvecklingen inom EU fått en ökad aktualitet, där det nu även diskuteras en gemensam domstol avseende patenttvister.

Processen inom upphovsrätten – och för övrigt inom hela immaterialrättsområdet – kräver särskild kunskap och erfarenhet. Tvisterna kan vara mycket komplicerade och varierande till sitt innehåll. Visserligen kan detta hävdas även såvitt gäller andra rättsområden, men det begränsade antal upphovsrättsprocesser som förekommer i domstolarna i landet ger inget underlag för att skapa och upprätthålla kompetens hos mer än ett fåtal domstolar. En koncentration av målen till en domstol medför också en snabbare handläggning och en mer effektiv användning av domstolarnas resurser. Som det är nu, måste en domare utan specifik erfarenhet sätta sig in i ett rättsområde, där internationell praxis numera spelar en stor roll, enbart för att ta ställning i en måltyp som de sannolikt endast kommer att hantera någon enstaka gång under sin verksamma tid som domare.

En ytterligare aspekt är att med olika forumregler kan den situationen uppstå att en rättsinnehavare som i en process vill göra gällande flera rättigheter blir tvingad att stämma vid flera domstolar, vilket i sin tur leder till komplikationer bl.a. med avseende på skadeståndsberäkningen. Det har vidare visat sig svårt att i önskvärd utsträckning tillämpa reglerna angående förening av mål i RB vid återopande av olika rättigheter gentemot en intrångsgörare.

Inom immaterialrätten har vi redan nu en koncentration av patentprocessen. Utvecklingen inom EU leder även till nödvändiga anpassningar av inställningen till exklusiva forum. En koncentration av målen bör dock också leda till en ökad specialisering och kunskap hos domarna. Det leder i sin tur till en snabbare handläggning, lägre kostnader samt större rättsäkerhet för den enskilde när det gäller förutsebarhet och utveckling av praxis.

Sammanfattningsvis finns därför övervägande skäl som talar för en koncentration av samtliga mål som rör det immateriella rättsskyddet till en och samma tingsrätt. I vart fall skall en regel om fakultativt forum kunna införas, för att tillförsäkra möjlighet att i en talan göra gällande flera rättigheter mot en intrångsgörare.

Bl.a. vid import av piratkopior i form av gods i transit, där intrångsgöraren inte har hemvist i Sverige, har det rätt osäkerhet om vad som är laga domstol. Detta skulle kunna lösas genom att 58 § i författningsförslaget formuleras på så sätt att det anges att om det enligt rättegångsbalken inte finns någon behörig domstol för en talan enligt upphovsrättslagen skall talan väckas vid Stockholms tingsrätt, om inte exklusivt alternativt fakultativt forum införs.

AVSNITT 12 ETT SVENSKT TILLTRÄDE TILL WIPO-FÖRDRAGEN

Advokatsamfundet har inga särskilda erinringar mot förslagen. I de fall promemorian hänvisar till förslag som redovisas under andra avsnitt skall de synpunkter Advokatsamfundet framför i anslutning till sådant avsnitt i motsvarande mån gälla även här.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Axel Calissendorff

Anne Ramberg