

Stockholm den 13 december 2021

R-2021/2164

Till Justitiedepartementet

Ju2021/03517

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 8 oktober 2021 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30).

Sammanfattning

I promemorian lämnas förslag till hur Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG (nedan direktivet) ska genomföras i svensk rätt.

Advokatsamfundet konstaterar att direktivet i hög grad begränsar Sveriges, som medlemsstat i den Europeiska unionen, handlingsfrihet i fråga om utformning av de framlagda förslagen. Sett till bredden i ämnet för direktivet framstår det emellertid inte som självklart att i så hög grad som nu föreslås föra in samtliga bestämmelser i upphovsrättslagen. Denna synpunkt gäller framförallt bestämmelserna om ansvarsbegränsning för tjänsteleverantörer. Sett till reglernas karaktär skulle det kunna övervägas om det vore lämpligt att implementera dessa i lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen), snarare än i upphovsrättslagen.



Ytterligare en övergripande synpunkt är att Advokatsamfundet anser det angeläget att i största möjliga utsträckning avstå från den retroaktiva tillämpning av ingångna avtal som följer av vissa förslag. Att i det avseendet gå längre än vad som direkt föranleds av direktivet vore ett mycket omfattande ingrepp i avtalsfriheten och förutsebarheten vad gäller konsekvenserna av redan ingångna avtal.

I övrigt lämnar Advokatsamfundet följande synpunkter.

Synpunkter

En ny rättighet för utgivare av presspublikationer

Advokatsamfundet instämmer i den uppfattning som kommer till uttryck i promemorian (s. 117) om att artikel 15.2 i direktivet anvisar den nationella lagstiftaren att den nya närstående rättigheten ska utformas som en ensamrätt för mångfaldigande och tillgängliggörande i vissa sammanhang.

Vad gäller frågan om ersättning till de ursprungliga upphovsmännen i det hänseendet delar Advokatsamfundet uppfattningen att rätten bör underställas en kollektiv förvaltning. Det framstår som antagligt att ersättningsnivåerna för en enskild upphovsman är låga samtidigt som transaktionskostnaderna är höga och att intresset att undvika onödiga tvister är stort.

Skyddat innehåll som används av onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll

Advokatsamfundet vill fästa uppmärksamheten på att det komplicerade regelverk avseende ansvarsbegränsning för vissa onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll som har sitt upphov i direktivets artikel 17 som alternativ skulle kunna införas som kompletteringar av e-handelslagen snarare än i upphovsrättslagen.

Skälet för detta är delvis lagtekniskt. De regler om förutsättningar för ansvarsfrihet som stadgas i artikel 17 berör nämligen tillämpningen av den regel om ansvarsfrihet som anges i artikel 14 i det så kallade e-handelsdirektivet¹, se exempelvis direktivets artikel 17.3. Vidare kan bestämmelser i direktivets artikel 17, och särskilt artikel 17.4, sägas ange förutsättningar för ansvarsfrihet med hänvisningar till en begreppsapparat som i viktiga hänseenden har sin grund i e-handelsdirektivet snarare än i

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden.



upphovsrättslagstiftningen. Vidare är den, enligt Advokatsamfundet, både korrekta och rimliga ståndpunkten (s. 156) om att användarnas intresse av att lovligt material inte hindras ska sättas före kravet på att hindra lovligt material ett förhållande som visar att placeringen av ansvarsbegränsningsregeln i artikel 17 i upphovsrättslagen är långt ifrån självklar. De av yttrande- och informationsfrihetsskäl principiella reglerna om att användare kan väcka talan mot en tjänsteleverantör som hindrar lagliga överföringar genom blockering talar i samma riktning. Advokatsamfundet vill också i yttrande- och informationsfrihetens intresse peka på behovet av alternativa tvistlösningsförfaranden till en begränsad kostnad.

Advokatsamfundet instämmer i den uppfattning som uttrycks i promemorian (s. 149) att det kan förekomma situationer där en tjänsteleverantör anses ansvara för en överföring till allmänheten samtidigt som förutsättningarna för ansvarsfrihet enligt e-handelsdirektivet föreligger. Detta samband mellan frågan om ansvarsfrihet enligt e-handelsdirektivet och ansvar för upphovsrättsintrång är, som påpekas i promemorian, bekräftat av EU-domstolen. Promemorian innehåller ett förslag som innebär att upphovsrättslagen får en ny bestämmelse som stadgar undantag från regeln om ansvarsfrihet i 18 § e-handelslagen. Den begränsning från straffansvar som anges i 19 § samma lag berörs dock inte av förslaget. Det betyder att straffansvaret för upphovsrättsintrång enligt upphovsrättslagen i vissa fall inskränks av 19 § e-handelslagen (s. 150). Advokatsamfundet – som inte har någon synpunkt på den uppkomna skillnaden i rättsligt hänseende – vill uppmärksamma att reglernas utformning i denna del medför att de blir svåra att ta till sig och svårtillämpade.

Ansvarsbegränsningsbestämmelser av det komplicerade och mångfacetterade slag som reglerna utgör skulle således möjligen vinna på att i högre grad hållas samman i en och samma rättsakt. Advokatsamfundet anser därför sammanfattningsvis att det bör övervägas om bestämmelserna om ansvarsbegränsning och användarnas rättigheter m.m. i artikel 17 skulle kunna läggas till grund för kompletteringar av e-handelslagen för att göra regelverket mer överskådligt.

Advokatsamfundet inser emellertid samtidigt att detta skulle kunna leda till nya frågeställningar exempelvis vad avser domstolsbehörighet, eftersom e-handelslagen inte omfattas av Patent- och marknadsdomstolarnas jurisdiktion, och därmed ytterligare tidsutdräkt vad gäller implementeringen av direktivet.



Överlåtelse av upphovsrätt

Begreppsbildningen

Advokatsamfundet konstaterar att promemorian använder begreppet överlåtelse på ett sätt som inte är tydligt. Överlåtelse på förmögenhetsrättens område innebär att en förvärvare av den överlåtna egendomen inträder i överlåtarens ställe. Den till vilken överlåtelse sker kan därefter utöva de rättigheter som tillkom överlåtaren, vars rättigheter till egendomen upphör. Upplåtelse, eller licens, innebär att parterna genom sin överenskommelse stiftar en ny rätt till förmån för den till vilken upplåtelsen sker.

Upphovsrätt kan inte överlåtas i den mening som anges här. Det beror på den ideella rätt som lagen stadgar och som enbart tillkommer upphovsmannen (se 3 § upphovsrättslagen). Den ekonomiska rätt som anges i 2 § upphovsrättslagen kan å andra sidan överlåtas i förmögenhetsrättslig mening. I vissa branscher, exempelvis i förlagsbranschen, förekommer såväl överlåtelser av detta slag (t.ex. i stor utsträckning beträffande andra än författare), som upplåtelse (förlagsavtal med författare). I andra branscher är överlåtelser det vanliga. Exempelvis överlåts den ekonomiska upphovsrätten till datorprogram ofta i dess helhet.

Det ovanstående torde ha sin grund i att terminologin i upphovsrättslagen avviker från den som används på förmögenhetsrättens område, vilket ibland ger upphov till missförstånd. Upphovsrätt, såvitt avser den ekonomiska rätten, kan naturligtvis överlåtas och upplåtas med den innebörd som begreppen har på förmögenhetsrättens område, men uttrycket överlåtelse i upphovsrättslagen innebär ofta stiftandet av en exklusiv upplåtelse i förmögenhetsrättslig mening. Det måste konstateras att direktivets begreppsapparat inte följer den som finns i upphovsrättslagen.

I promemorian är begreppsbildningen inte klar, se exempelvis s. 183, där det talas om fullständiga respektive delvisa överlåtelser. Av promemorian, *ibid*, framgår att den senare termen avser en upplåtelse, ”*en licens att utnyttja verket på visst sätt*”.

En annan otydlighet är att det i promemorian inte klart anges att familjerättsliga fång inte utgör förmögenhetsrättsliga överlåtelser. Detsamma gäller för övrigt konkurs som inte alls adresseras i avsnittet, även om en konkursförvaltares dispositionsrätt över upphovsrätter som ingår i konkursen ofta är begränsad.



Det vore enligt Advokatsamfundets mening välkommet om begreppsapparaten i upphovsrättslagen gavs en översyn och anpassades till vad som gäller för förmögenhetsrätten i övrigt.

Retroaktivitet

Advokatsamfundet avstyrker en retroaktiv tillämpning av bestämmelserna om ersättning. Av direktivet framgår inte att det skulle fordras någon implementering på det sättet.

Det är för det ekonomiska livet, för avtalsfriheten och i rättssäkerhetens intresse grundläggande och angeläget att nya regler inte tillämpas när det gäller rättigheter som har förvärvats eller på annat sätt varit föremål för avtalsrättsliga dispositioner före ikraftträdandet av de nya reglerna. De praktiska negativa konsekvenserna av retroaktivitet skulle vara stora.

När upphovsmannen är avtalspart

Enligt Advokatsamfundets uppfattning bör det i klarhetens och rättssäkerhetens intresse inte införas en terminologi där begreppet överlåtelse används i en betydelse om upphovsmannen är part och i en annan betydelse om överlåtelse sker från förvärvaren till annan. I den mån avtal där upphovsmannen är part innebär att denne ska ges en särställning bör detta förhållande i stället komma till konsekvent uttryck genom användningen av begreppen upphovsman och överlåtelse, respektive upplåtelse eller licens i förmögenhetsrättslig mening. Risken i annat fall är att de rättigheter som ska tillkomma upphovsmannen utsträcks till annan. Exempelvis ger skrivningen i promemorian på s. 199 tredje stycket sken av att bestämmelsen om ytterligare ersättning skulle vara tillämplig på avtal där upphovsmannen inte är part. Det bör i det fortsatta lagstiftningsarbetet klargöras att så inte är fallet.

Rätt till information

Advokatsamfundet avstyrker de långtgående förslag om rätt till information som promemorian innehåller. Rätten till information bör kunna utformas på ett mer återhållsamt sätt än vad som nu är fallet utan att komma i konflikt med direktivets krav. Exempelvis ställer sig Advokatsamfundet frågande till om en överlåtelse, i förmögenhetsrättslig mening, mot en engångsersättning verkligen bör utlösa en rätt till information. I vissa branscher och segment av branscher är sådana överlåtelser vanliga.



Enligt Advokatsamfundets mening skulle den långtgående rätten till information ge upphov till betydande kostnader och administration.

En särskild reglering för företagshemligheter

Advokatsamfundet är inte övertygat att det kan införas en särskild reglering av företagshemligheter.

Enligt promemorian (s. 212) finns inget i direktivet som undantar företagshemligheter. Direktivets artikel 1.2 stadgar emellertid att, med undantag för vad som anges i artikel 24 (utan betydelse här), ”ska detta direktiv inte på något sätt påverka bestämmelser i de direktiv som nu är i kraft på området...”.

Lagen (2018:558) om företagshemligheter har sin grund i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs. Den reglering som föreslås i promemorian innebär en inskränkning av det skydd som följer av direktiv 2016/943. Direktivets skäl 76, till vilket promemorian hänvisar (s. 212), övertygar inte som rättsligt stöd för att införa ett undantag i en så viktig rättslig reglering som den om företagshemligheter.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander