



LUND UNIVERSITY

Remissyttrande: Synpunkter rörande genomförandet av artiklarna 13-16 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv

Nordberg, Ana; Lukoseviciene, Aurelija; Wennersten, Ulrika

2020

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Nordberg, A., Lukoseviciene, A., & Wennersten, U. (2020). Remissyttrande: Synpunkter rörande genomförandet av artiklarna 13-16 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv.

Total number of authors:
3

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Juridiska fakultetsstyrelsen
Bitr. universitetslektor Ana Nordberg

Justitiedepartementet

Remiss: Synpunkter rörande genomförandet av artiklarna 13-16 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv

Ju2019/01732/L3

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet har getts tillfälle att lämna synpunkter på Underlag för inhämtning av synpunkter rörande genomförandet av artikel 13-16 i EU:s nya upphovsdirektiv. Juridiska fakultetsstyrelsen, Lunds universitet önskar framföra följande synpunkter och kommentarer, som har utarbetats av bitr. universitetslektor Ana Nordberg, doktorand Aurelija Lukoseviciene och i samarbete med universitetslektor Ulrika Wennersten, Ekonomihögskolan, Lunds universitet.

Inledning

Juridiska fakultetsstyrelsen anser att införandet av direktivet i svensk lagtext i möjligaste genomförs i nära anslutning till direktivtexten. Vidare anser Juridiska fakultetsstyrelsen att direktivets beaktandesatser inte ska införas i svensk rätt eftersom dessa inte är bindande, utan endast ska tjäna som tolkningsunderlag av artiklarna. Vad gäller tolkningen av direktivets begrepp är det av vikt att denna lämnas till EU-domstolen.

Tillgång och tillgänglighet när det audiovisuella verk på plattformar för beställvideo; Förhandlingsmekanism (artikel 13)

Artikel 13 syftar till att säkerställa en bredare tillgång till innehåll (beaktandesats 3). Det handlar om avtal i syfte att tillgängliggöra audiovisuella verk via tjänster för beställvideo. Begreppet beställvideo (eng.: video-on-demand) är inte definierat i direktivet. En närmare tolkning av begreppet bör lämnas till EU-domstolen. Det kan inte anses vara självklart att begreppet motsvarar audiovisuell medietjänst på begäran (eng: on-demand audiovisual media service) i artikel 1.1g AV-direktivet (2010/13/EU) innan EU-domstolen angett att beställvideo motsvarar det begreppet. Medlemsstaterna ska enligt artikel 13 tillhandahålla en förhandlingsmekanism som gör det möjligt för parter som är villiga att förhandla fram ett avtal att ta hjälp (beaktandesats 52). Genomförande av artikel 13 i svensk rätt bör kunna ske genom lag (2017:322) om medling i vissa upphovsrättstvister, med vissa ändringar. Artikel 13 anger att möjligheten att förlita sig på hjälp av oberoende organ eller medlare ska föreligga om parterna möter svårighet i samband med licensiering av rättigheter när de försöker ingå avtal (eng. parties facing difficulties related to the licensing of rights when seeking to conclude an agreement). Den engelska texten torde således inte innefatta situationer där man begärt förhandling men fått förfrågan avvisad. Den svenska översättningen synes dock kunna innefatta en

sådan situation. Medlingslagen bör därmed inte kunna bli tillämplig i de fall som endast en av parterna önskar ingå ett avtal. Det innebär att 3 § 2 st. medlingslagen inte ska vara tillämplig.

Artikel 13 anger att ”medlarna ska bistå parterna vid deras förhandlingar och hjälpa dem att nå överenskommelser, inbegripet, när så är relevant, genom att lägga fram förslag för parterna”. Av 8 § medlingslagen framgår endast att medlingsförfarandet innebär att medlaren beslutar om förfarandet och att uppdraget ska utföras opartiskt, ändamålsenligt och snabbt. Enligt Juridiska fakultetsstyrelsen bör därmed medlarens uppdrag, i vart fall i relation till detta uppdrag, förtydligas i svensk lagtext.

Artikel 13 ska inte påverka parternas avtalsfrihet (se beaktandesats 52). Enligt 2 § medlingslagen tillämpas inte lagen om parterna har avtalat att medling inte ska äga rum. Denna paragraf bör därmed vara tillämplig. Av beaktandesats 52 framgår också att medlemsstaterna har möjlighet att besluta om förhandlingsmekanismens specifika funktion, bl.a. när och hur länge förhandlingshjälpen ska ges och vem som ska bära kostnaderna. Tidsfristerna som anges i 4 § 2 st. medlingslagen torde inte vara meningsfulla i detta fall. Vad gäller ersättningsfrågan ska det noteras att det i beaktandesats 52 anges att ”medlemsstaterna bör säkerställa att de administrativa och finansiella bördorna förblir proportionella för att garantera förhandlingsmekanismens effektivitet”. Detta medför att 16 § medlingslagen bör ändras för detta fall så att kostnaderna delas, om inte annat avtalas. 5 § medlingslagen om hur länge förhandlingshjälpen ska ges bör vara tillämplig i detta fall. Däremot bör inte 13 och 14 §§ om prolongering kunna bli tillämpliga. Det kan således konstateras att det är tämligen många bestämmelser som inte ska vara tillämpliga på denna typ av förhandlingsmekanism. Det finns därmed anledning att överväga alternativet att införa ett opartiskt organ som ska bistå med förhandlingshjälp.

Bildkonstverk som är fria för var och en att använda (artikel 14)

Artikel 14 avser bildkonstverk där skyddstiden har löpt ut och verket är fritt. Artikeln måste uppfattas som ett nytt undantag i relation till de närstående rättigheterna i 46 § och 49 a § URL. Artikeln innebär att man inte kan erhålla en närståenderättighet till icke-originell återgivning av ett fritt bildkonstverk (dvs när skyddstiden löpt ut till bildkonstverket). Det ska också noteras att direktivet anger att det för att ett material ska kvalificera för skydd ska det uppvisa ”originalitet i det avseende att det är upphovsmannens egna intellektuella skapelse”. Detta framgår av EU-praxis. Det är därmed korrekt att artikeln leder till den märkliga konsekvensen att ett fotografisk bild av ett fritt bildkonstverk inte kan skyddas enligt 49 a § upphovsrättslagen, men ett fotografisk bild av ett icke-originellt konstverk kan skyddas. Artikeln innebär också att allt material som härrör från ett mångfaldigande av ett originellt bildkonstverk upphör när skyddstiden för bildkonstverket löper ut, såvida inte detta material uppvisar originalitet.

Det ska i detta sammanhang noteras att mångfaldigande i artikel 2 infosoc-direktivet som inkluderar ”direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis” ska ges stor räckvidd (se C-5/08 Infopaq ECLI:EU:C:2009:465, p. 46 och C-145/10 Painer ECLI:EU:C:2011:798, p. 96) Det innebär att artikel 14 förbjuder upphovsrättslig skydd inte bara till icke-originella fotografier som efterbildar fria verket, utan också till alla andra efterbildningar av detta verk, t.ex. i film eller med annan teknik. Undantaget ska också gälla när ett fritt verk efterbildas delvis, men det ska påpekas att en sådan efterbildning kan anses originell. Detta beror på att valet av

delen/arna som efterbildas kan medföra att kravet på ”fria kreativa val” blir uppnått.(C-5/08 Infopaq ECLI:EU:C:2009:465, C-145/10 Painer ECLI:EU:C:2011:798).

En trogen återgivning av ett fritt bildkonstverk kan dock hindras genom en tillämpning av klassikerskyddet, se 51 § URL. Klassikerskyddet är en form av evig ideell rätt. Detta förutsätter dock att det fria bildkonstverket återges på ett sätt som kränker den andliga odlingen intresse. Klassikerskyddet är inte ett skydd för rättighetsinnehavaren, utan ett allmänt kulturintresse. Frågan är om den delen av klassikerskyddet som löper från skyddstidens slut och för evigt är förenligt med artikeln (vad gäller bildkonst). Samma problem kan förekomma i andra medlemsländerna där ideella rätten skyddas längre än upphovsmannens ekonomiska rättigheter.

I underlaget på s. 10 tredje stycket konstateras att direktivet inte innebär ett behov av ändringar beträffande upphovsrätten till nya verk som i viss utsträckning förhåller sig till ett tidigare verk (se 4 § upphovsrättslagen). Det ska dock noteras att EU-domstolen har angett att en medlemsstat inte får föreskriva andra undantag från eller inskränkningar än dem som är föreskrivna i artikel 5 i infosoc-direktivet (se C-476/17, Pelham ECLI:EU:C:2019:624) p. 65. Detta innebär naturligtvis inte att medlemsstaten inte ska införa de nya inskränkningarna i DSM-direktivet eller kommande EU-rättsliga direktiv.

Skydd av presspublikationer vid onlineanvändning (artikel 15)

I dag finns inget skydd för presspublikationer. En presspublikation består av olika verk, till exempel artiklar som journalisten har upphovsrätt till, fotografier som fotografen innehar rättigheterna och videoklipp som filmaren har skydd för. För att kunna göra presspublikationen har utgivaren genom avtal erhållit en rätt att använda dessa i den specifika presspublikationen. Genom rättigheten i artikel 15.1 erhåller nu utgivaren ett skydd för själva presspublikation. Detta är en ny rättighet som ges till utgivare av presspublikationer vid onlineanvändning och som motsvarar rättigheterna i artikel 2 och 3.2 infosoc-direktivet. Begreppet onlineanvändning är dock inte definierat. Den svenska lagstiftaren bör avvakta EU-domstolens tolkning av begreppet.

Skyddet innebär att hela och delar av presspublikationen är skyddad. Förhållandet till 49 § upphovsrättslagen om skydd för databaser bör därmed beaktas. Vad gäller delar av innehållet kan detta också skyddas. Till exempel är en del av en journalists artikel skyddad i enlighet med EU-domstolens förhandsavgörande i C-5/08 Infopaq. Fakta är dock aldrig skyddad av upphovsrätt. Skydd ges endast till alster som utgör upphovsmannens egna intellektuella skapelse, jfr även NJA 1996 s. 712 JAS. Skäl 57 får därmed endast anses tjäna som en påminnelse om att fakta är fritt. En annan tolkning skulle stå i strid med informationsfriheten och yttrandefriheten, men även den grundläggande uppfattningen om vad som kan ägas.

Syftet med 15 är således att införa en ny närstående rättighet och därmed underlätta för utgivare av presspublikationer att ingå licensavtal. Rättigheten tillkommer utgivare av presspublikationer. Begreppet utgivare är inte definierat i direktivet. Begreppet synes dock inte vara detsamma som i TF och YGL. Det är därför av vikt att man inte använder sig av detta erkända begrepp, utan väljer ett annat begrepp.

Skäl 55 anger att begreppet utgivare innefattar tjänsteleverantörer, till exempel nyhetsutgivare eller nyhetsbyråer, när det ger ut presspublikationer i enlighet med direktivet. Definitionen av presspublikationer i artikel 2.4 bör intas i svensk lagtext eftersom den anger den nya rättigheten. Det bör i sammanhanget också noteras att

den engelska texten skiljer sig från den svenska. Det bör särskilt noteras att även om presspublikationer för tankarna till nyheter är rättigheten inte begränsad till publikationer som har det syftet (jfr skäl 56).

Bestämmelsen i artikel 1.1b i direktiv (EU) 2015/1535 anger att med tjänst avses ”alla informationssamhällets tjänster, det vill säga tjänster som vanligtvis utförs mot ersättning på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare”. Detta betyder att alla informationssamhällets tjänster omfattas, men vanligtvis utförs dessa mot ersättning. Det finns därmed inte något krav på ersättning.

Den nya närstående rättigheten gäller inte för enskilda användares privata eller icke-kommersiella användning. Detta gäller både i relation till artikel 2 och artikel 3.2 i infosoc-direktivet. Den svenska och engelska texten skiljer sig dock åt (både i skäl 55 och artikel 15). I den engelska texten anges ”private or non-commercial uses of press publications by individual users”. I artikel 15 återfinns samma skrivning i den engelska versionen. Ordet ”individual users” kan inte anses begränsa tillämpningen till enbart fysiska personer. Inskränkningen i denna nya rättighet får således anses innebära att privat eller icke-kommersiell användning kan ske utan att det medför intrång.

Artikel 15.1 anger också att det skydd som ges i artikel 15.1 inte ska gälla för hyperlänkingsåtgärder. Juridiska fakultetsstyrelsen ställer sig frågande till att detta undantag, såsom anges i underlaget, skulle ta sikte på en annan aspekt av länkning (se s. 22 andra stycket). Länkning har tolkats av EU-domstolen i både C-466/12, Retriver, ECLI:EU:C:2014:76 och C-160/15, GS Media, ECLI:EU:C:2016:644. Möjligen kan detta vara ett undantag från denna nya närstående rättighet som tillkommer utgivare av presspublikationer. I så fall är det inte klart om den praxis som EU-domstolen formulerat blir tillämplig. Oavsett hur det förhåller sig med om det ifrågavarande undantaget tar sikte på en annan aspekt av länkning eller inte bör tolkning av begreppet hyperlänkingsåtgärder i relation till artikeln lämnas till EU-domstolen.

Artikel 15.1 gäller inte heller användning av enskilda ord i, eller mycket korta utdrag ur, en presspublikation. Vad som utgör mycket korta utdrag bör lämnas till EU-domstolen att tolka närmare. Viss vägledning har dock redan skett i C-5/08, Infopaq, ECLI:EU:C:2009:465 och C-476/17, Pelham ECLI:EU:C:2019:624.

Artikel 15.2 anger att de rättigheter som föreskrivs i artikel 15.1 inte på något sätt ska påverka de rättigheter som unionsrätten ger upphovsmän och andra rättighetshavare när det gäller de verk och andra alster som ingår i en presspublikation. Artikel 15.2 förtydligar att den nya närstående rättigheten inte ska inkräkta på redan gällande rättigheter för de som bidragit till innehållet. Reglerna 15.2 får därmed anses innebära i ett fall där till exempel rättighetsinnehavaren till ett fotografi inte givit utgivaren en exklusiv licens till fotografiet kan fotografen utan hinder av artikel 15.1 utnyttja sitt verk oberoende med stöd av artikel 15.2. Artikel 15.2 förtydligar också att utgivare genom denna nya rättighet inte kan förlänga det upphovsrättsliga skyddet när skyddstiden upphört. Utan denna artikel hade flera av innehållsskaparnas rättigheter kommit i konflikt med utgivarens rätt till presspublikationen. Undantaget i artikel 15.2 framstår således som allt annat än obehövligt.

Artikel 15.3 anger att artikel 5–8 i tillämpliga delar ska gälla i fråga om rättigheterna i artikel 15.1. Varför det sedan finns hänvisningar till artikel 15.1 i artikel 3–6 och 8 torde således då bero på att dessa artiklar anger inskränkningar i den nya närstående rättighet som ges åt utgivare av presspublikationer.

Artikel 15.5 får anses innebära att upphovsmän vars verk ingår i en presspublikation ska ha en lämplig andel av de intäkter som inkommer i anledning av denna nya rättighet.

Vad gäller förhållandet mellan artikel 15 och artikel 17 kan följande konstateras. Enligt artikel 17.7 får samarbetet mellan onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll och rättssinnehavare inte leda till att ”det inte går att få tillgång till verk eller andra alster som laddats upp av användare och som inte utgör intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter, inbegripet när sådana verk eller andra alster omfattas av ett undantag eller en inskränkning.” Detta torde innebära att om inskränkningen är tillämplig enligt artikel 15 så kan inte upphovsrättsligt ansvar uppkomma för plattformen. Artikel 15.1 anger att utgivare av presspublikationer erhåller de rättigheter som stadgas i artikel 2 och 3.2. Artikel 17.1 andra stycket anger att plattformarna ska erhålla tillstånd av ”de rättighetsinnehavare som avses i artikel 3.1 och 3.2” i infosoc-direktivet.

Vad gäller förhållandet till befintlig lagstiftning anser Juridiska fakultetsstyrelsen att man bör överväga om inte samtliga inskränkningar som anges i artikel 52. och 5.3 infosoc-direktivet bör införas i svensk rätt. Särskilt som EU-domstolen i C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, Spiegel Online, anger att ”även om artikel 5 i direktiv 2001/29 formellt sett har rubriken ”Undantag och inskränkningar”, konstaterar domstolen emellertid att undantagen och inskränkningarna själva innebär rättigheter till förmån för användarna av skyddade verk eller andra alster” (p.54). EU-domstolen angav i C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, Spiegel Online, att medlemsstaternas rätt att genomföra ett undantag från eller inskränkning av artikel 2 och 3 i infosoc-direktivet är strikt omgärdad av de krav som unionsrätten ställer upp (p. 32). Medlemsstaterna får endast föreskriva ett sådant undantag eller en sådan inskränkning som avses i artikel 5.2 och 5.3 i infosoc-direktivet om de iakttar samtliga rekvisit i bestämmelsen (p. 33).

Av samma avgörande framgår att de grundläggande rättigheterna i stadgan inte kan motivera undantag eller inskränkning i ensamrätten till mångfaldigande och överföring till allmänheten, utöver de undantag och inskränkningar som anges i artikel 5.2 och 5.3 i infosoc-direktivet (p. 41, 47 och 49). Mekanismerna för skälig avvägning finns således i infosoc-direktivet i artikel 2-4 och 5 (p. 43) Jfr även Pelham p. 58-60. Sammantaget får detta anses innebära att man i vart fall bör man överväga en språklig förändring av de inskränkningarna som redan finns i svensk rätt så att de motsvara den skrivning som återfinns i infosoc-direktivet. Vidare bör ett parodiundantag införas med hänsyn till EU-domstolens avgörande i C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132.

Krav på rimlig kompensation (artikel 16)

Juridiska fakultetsstyrelsen instämmer med vad som framförs i underlaget och finner inte heller något skäl till att Sverige skulle överväga lagstiftningsåtgärder i denna del.

Enligt delegation

Ana Norberg

Aurelija Lukoseviciene

Ulrika Wennersten