

SFIR
Svenska Föreningen för Immaterialrätt

Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt
103 33 Stockholm
ju.remissvar@regeringskansliet.se

Ju2024/00120

Betänkandet ”Inskränkningarna i upphovsrätten” (SOU 2024:4)

Svenska Föreningen för Immaterialrätt (SFIR) har getts tillfälle att svara på remiss avseende betänkandet ”Inskränkningarna i upphovsrätten” (SOU 2024:4). Föreningen önskar framföra följande. SFIR ska enligt sina stadgar bidra till en ändamålsenlig och enhetlig utveckling av lagstiftning och rättstillämpning på immaterialrättens område, såväl i Sverige som på det nordiska, europeiska och internationella planet. SFIR ska också främja intresset för och kunskapen om immateriellt rättsskydd. Med hänsyn till ändamålet med föreningen och dess verksamhet kommenterar SFIR det remitterade betänkandet.

A. Allmänt

Betänkandet rymmer en grundlig och detaljrik genomgång av de direktivbestämmelser, den domstolspraxis – från EU-domstolen och svenska domstolar – samt den lagstiftning och de lösningar som länder jämförbara med Sverige har i fråga om inskränkningar i upphovsrätten och som har bäring på frågan om vilka inskränkningar i ensamrätten som ska eller bör gälla enligt svensk rätt. Utredningen lämnar också en pedagogisk redogörelse för de skäl som ligger till grund för utredningens val och konkreta lagförslag. I stor utsträckning utgör utredningens förslag en anpassning till EU-rätten och utrymmet för en svensk lagstiftare att välja egna lösningar är i de fallen många gånger begränsat. I vissa fall innebär lagförslagen närmast en kodifiering av rättsliga lösningar som redan tillämpas och erkänns i praxis, och då innebär inte förslagen några reella eller kontroversiella förändringar av upphovsrätten i materiellt hänseende. I några fall syftar utredningens förslag enbart till att göra bestämmelser tydligare till sin innebörd och språkligt lättfattligare.

SFIR anser att utredningen i stort lyckats väl med den angivna föresatsen att göra inskränkingsbestämmelserna tydligare och modernare, bland annat för säkerställande av en god balans mellan rättighetshavare och användare/samhälle samt för att regelverket ska vara mer i samklang med teknikutvecklingen och nutida konsumtionsmönster. Föreningen tillstyrker därför i många fall de förslag till lagändringar och nya bestämmelser som utredningen lämnar. I några avseenden anser SFIR emellertid inte att utredningens förslag uppnår den eftersträvade tydligheten, i några andra att inskränkningarna i uphovspersonernas rättigheter blir alltför omfattande. I ytterligare några fall finner föreningen att utredningen genom

uttalanden i betänkandet begränsar inskränkningar i upphovsrätten på sätt som saknar stöd i EU-rättsliga direktiv eller i EU-domstolens praxis. I avsnitt B nedan följer föreningens närmare kommentarer till vissa av utredningens föreslagna lagändringar.

B. Särskilda kommentarer

Kapitel 5: Reglerna om namn- och källangivelse (3 § och 11 § m.fl. bestämmelser i 2 kapitlet upphovsrättslagen)

Namngivelse – 3 § upphovsrättslagen

SFIR förordar att den nuvarande bestämmelsen om namngivelse i 3 § upphovsrättslagen lämnas oförändrad.

Den del av den ideella rätten som avser rätten att bli namngiven när ett exemplar av ett verk framställs eller görs tillgängligt för allmänheten är av central betydelse för en upphovsman och bör i lagen vara tydligt angiven och klar till sin innebörd och omfattning. Enligt den nuvarande bestämmelsen i 3 § första stycket ska upphovsmannen anges "i den omfattning och på det sätt god sed kräver". Utredningens förslag till ändring av 3 § första stycket innebär att upphovsmannen ska anges "om det inte är praktiskt eller tekniskt omöjligt eller oförenligt med god sed". Ändringen i 3 § andra stycket syftar enligt utredningen till att "tydliggöra omfattningen av kravet på namngivelse" (s.18 betänkandet). Enligt utredningen kan ett krav på namngivelse utformat i enlighet med förslaget sägas "väl motsvara vad som egentligen redan gäller i svensk rätt" – genom förslaget blir detta emellertid tydligt även i lagtext (s. 118).

Enligt föreningen uppfyller nuvarande lydelse av namngivningsrätten i 3 § kravet på tydlighet. Rätten uttrycks som en ovillkorlig och positiv rätt i den meningen att utgångspunkten är en rätt att anges som upphovsman. Bestämmelsen är väl förankrad i svensk rätt och har inte, såvitt föreningen känner till, gett upphov till några tillämpningssvårigheter. Bestämmelsen innebär i praktiken att upphovsmannens namn ska anges, förutsatt att det inte är praktiskt eller tekniskt omöjligt eller i strid med etablerad sedvänja inom det verks- eller användningsområde som är föremål för prövning. De explicita referenserna till praktisk och teknisk omöjlighet i den föreslagna lydelsen av 3 § tillsammans med "god sed" som motiv *mot* en namngivelse ger intryck av att namngivningsrätten är villkorad av ett antal samverkande faktorer och detta skapar en otydlighet.

Mot denna bakgrund förordar SFIR att den nuvarande bestämmelsen i 3 § upphovsrättslagen lämnas oförändrad. Om/När en allmän översyn görs av upphovsrättslagen kan övervägas om bestämmelsen i 3 § ska ges en annan lydelse.

Källangivelse – 11 § m. fl. bestämmelser i 2 kapitlet upphovsrättslagen

Föreningen tillstyrker utredningens förslag att det allmänna kravet på källangivelse vid användning med stöd av en inskränkingsbestämmelse tas bort ur 11 § och att krav på namn- och källangivelse i tillämpliga fall i stället anges i de separata inskränkingsbestämmelserna, samt att angivelse av källa/uphovsmannens namn därvid ska ske, "om det inte är omöjligt".

Av nuvarande 11 § andra stycket, upphovsrättslagen framgår att när ett verk återges offentligt med stöd av en inskränkingsbestämmelse ska källan anges "i den omfattning och på det sätt god sed kräver...". Som skäl för sitt ändringsförslag anger utredningen att flera EU-direktiv uppställer krav på att källa ska anges om inte detta visar sig vara omöjligt och att en grundläggande utgångspunkt är att de svenska reglerna ska vara förenliga med EU-rättens krav (s. 112 f. betänkandet).

SFIR delar utredningens uppfattning att de svenska reglerna bör leva upp till EU-rättens krav. Kravet på källhänvisning "om det inte är omöjligt" är ett strängare krav än det som framgår av den nuvarande bestämmelsen i 11 § andra stycket. Föreningen anser att den exakta lydelsen i de EU-direktiv där kravet på källhänvisning återfinns bör användas.

Mot denna bakgrund tillstyrker SFIR utredningens förslag till ändringar i 11 § andra stycket och i de inskränkingsbestämmelser i lagens 2 kap. där krav på källhänvisning anges.

Kapitel 6: 11 §, första stycket - Trestegsregeln

SFIR avstår från att förorda eller motsätta sig någon bestämd lösning i fråga om införande av en uttrycklig lagreglering av den s.k. trestegsregeln.

En av de särskilda frågor som utredningen enligt direktivet ska överväga är om en uttrycklig reglering motsvarande den EU-rättsliga trestegsregeln bör införas i upphovsrättslagen. Regeln framgår av flera EU-direktiv, däribland av artikel 5.5 i infösocdirektivet; en motsvarighet finns även – sedan lång tid tillbaka – i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk. Trestegsregeln åberopas och tillämpas direkt och indirekt i det praktiska rättslivet, inte minst i domstolsprocesser. Det konstateras också i betänkandet att någon uttrycklig sådan regel inte krävs för att säkerställa EU-rättens genomslag i svensk upphovsrätt; trestegsregeln äger redan tillämpning. För att "betänkandet ska utgöra ett fullgott underlag i det fortsatta lagstiftningsarbetet" lämnar utredningen ändå ett förslag till text i 11 § första stycket, som återger trestegsregeln.

Utredningen redogör i betänkandet utförligt och övertygande för såväl de skäl som talar för ett införande av en uttrycklig trestegsregel i upphovsrättslagen som skälen emot ett införande av en sådan reglering. SFIR anser att båda ståndpunkterna har skäl för sig och väljer som sagt – mot bakgrund av att en uttrycklig reglering inte ändrar något i sak – att avstå från att förorda någotdera alternativet.

För det fall trestegsregeln skulle införas i upphovsrättslagen bör den språkliga utformningen av bestämmelsen ånyo övervägas. Den lydelse som utredningen nu föreslår är lite "otymplig". Den andra meningen i första stycket skulle exempelvis kunna lyda: "*Vid tillämpning av inskränkingsbestämmelserna ska beaktas att användningen av ett verk inte får strida mot det normala utnyttjandet av verket eller oskäligt inkräkta på upphovsmannens legitima intressen.*"

Kapitel 7: Panorama - 22 a § – Verk placerade vid offentlig plats och byggnader

SFIR bifaller i huvudsak utredningens förslag till bestämmelse i 22 a § upphovsrättslagen.

Bestämmelsen i 22 a § motsvaras närmast av nu gällande bestämmelse i 24 § första stycket 2 och andra stycket upphovsrättslagen. Att begränsa användning med stöd av inskränkingsbestämmelsen i fråga om framställningar där det återgivna verket utgör ett centralt motiv har tidigare övervägts av den svenska lagstiftaren och är vanligt förekommande begränsning i andra länder. Att inskränkningen i ensamrätten vidgas från att avse endast avbildning till att nu avse även tvådimensionell exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten är naturligt med hänsyn till de ursprungliga motiven till lagen, teknikutveckling och ändrade användarmönster. Det tydliggör också bestämmelsens tillämpningsområde, vilket är påkallat med hänsyn till de oklarheter kring dess omfattning som kan anses ha uppkommit genom NJA 2016 s. 212 (Wikimedia).

Enligt den föreslagna bestämmelsen får framställning där det återgivna verket utgör ett centralt motiv inte användas i *förvärvssyfte*. I sammanhanget vill SFIR påpeka en generell oklarhet i fråga om lagens terminologi. Ordet *förvärvssyfte* förekommer i 15, 16 e, 17, 17 a, 17 e §, 21, 23 §, 41 i, 48 b, 52 e, 52 k, 57 a §§ upphovsrättslagen. I 52 e § förekommer begreppen *förvärvssynpunkt* och *förvärvsmässigt användningsområde*. Ordet *förvärvsverksamhet* förekommer i 2 och 29 §§ upphovsrättslagen och ordet *näringsverksamhet* förekommer i 53 §. Även om ett syfte förvisso kan antas vara vidare än den *faktiska verksamhet* som bedrivs, så har dessa termer enligt SFIR:s uppfattning i praktiken huvudsakligen samma innebörd. Terminologin bör därför justeras och ett gemensamt begrepp användas konsekvent i lagen.

Kapitel 8: Nyhetsrapportering – 25 § upphovsrättslagen

SFIR bifaller det förslag till lagregel i 25 § som utredningen lämnar. Föreningen har dock några synpunkter på vissa uttalanden avseende tolkningen av bestämmelsen i betänkandet.

Som anges i rättsfallet Funke Medien (CJEU C-469/17) syftar infosocdirektivets artikel 5.3 c) om nyhetsrapportering ("reporting of current events") "specifikt till att främja yttrandefriheten för användare av skyddade verk samt pressfriheten framför upphovsmannens intresse av att kunna invända mot användningen av verket". Det specifika syftet med artikel 5.3 c) kommenteras i utredningens förslag.

Det andra ledet i artikel 5.3 c) föreskriver en rätt till användning av verk eller andra alster "i samband med nyhetsrapportering, *i den utsträckning som är motiverad med hänsyn till informationssyftet ...*". Bestämmelsen har därmed samma uppbyggnad som artikel 5.3 d) om användning av verk för citat etc, där lovlig användning begränsas till att avse sådant som sker "i enlighet med god sed samt *i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet*" (vår kursivering).

För att uppfylla det angivna syftet med artikel 5.3 c) uppställs – till skillnad från vad som gäller artikel 5.3 d) rörande citat – inte något krav på att verk som används med stöd av inskränkingsbestämmelsen måste vara lagligen offentliggjorda.

Mot den bakgrunden framstår det som följdriktigt och i överensstämmelse med direktivet och EU-domstolens tolkning av artikel 5.3 c) när utredningen fastslår att det är "mest ändamålsenligt att inte införa några särskilda krav i fråga om offentliggörande" vid genomförandet av artikel 5.3 c) i svensk rätt (s.191). Utredningens konstaterande därefter väcker däremot frågor: "[s]om huvudregel kan det dock inte vara motiverat att offentliggöra verk i nyhetsrapportering..." och "[a]nvändning av verk som inte har offentliggjorts enligt § 8 torde som huvudregel sträcka sig utöver vad som är motiverat med hänsyn till informationsintresset" (s. 191; vår kursivering).

I rättsfallet Spiegel Online (CJEU C-516/17) sökte den hänskjutande tyska domstolen bl.a. klarhet i om det andra alternativet i artikel 5.3 c) skulle tolkas så att bestämmelsen utgör hinder för en nationell regel som begränsar tillämpningen av inskränkningen i ensamrätten till fall där det saknas rimlig möjlighet att begära förhandssamtycke att använda ett skyddat verk för nyhetsrapporteringsändamål. EU-domstolen, som besvarade frågan jakande och ansåg att hinder förelåg för en sådan nationell regel, konstaterade inledningsvis att det framgår av lydelsen i artikel 5.3 c) andra alternativet att den bestämmelsen inte innehåller något krav på samtycke från rättsinnehavaren innan ett mångfaldigande eller en överföring till allmänheten av ett skyddat verk sker, och att "[i]nträffandet av en nyhetshändelse kräver som huvudregel, och i synnerhet i informationssamhället, att information om händelsen kan kommuniceras snabbt, något som är svårt att förena med kravet på att upphovsmannen på förhand ska lämna sitt samtycke, eftersom ett sådant krav skulle kunna göra det orimligt svårt att tillhandahålla allmänheten relevant information i tid, eller till och med hindra detta."

EU-domstolen slog vidare fast att det av lokutionen i artikel 5.3 c) framgår att användning med stöd av bestämmelsen "inte får överskrida de gränser som är nödvändiga för att uppnå informationssyftet", samt att det utöver iakttagande av krav på källhänvisning endast krävs att det rör sig om användning av ett verk "i samband med nyhetsrapportering" för att bestämmelsen ska vara tillämplig.

Vår slutsats av domen i Spiegel Online är att det inte är förenligt med infocodirektivet att i nationell rätt – låt vara enbart genom uttalanden i förarbetena – som huvudregel uppställa att ett verk måste vara lagligen offentliggjort för att inskränkningen i artikel 5.3 c) ska vara tillämplig. Det skulle nämligen innebära ett krav på samtycke som EU-domstolen uttryckligen konstaterat är otillåtet.

Kapitel 9: Karikatyrer, parodier och pastischer – 24 a §

SFIR bifaller i huvudsak utredningens förslag till en ny bestämmelse i 24 a § upphovsrättslagen och borttagandet av den del av bestämmelsen i 52 p § som avser användning i karikatyr-, parodi- och pastischsyfte.

I Deckmyn-avgörandet slog EU-domstolen fast att det unionsrättsliga begreppet "parodi" inte uppställer något krav på egen originalitet hos parodin. Efter EU-domstolens klarlägganden i Deckmyn och inskränkningar i upphovsrätt baserade på yttrandefrihetsrättsliga aspekter prövats av svensk domstol i några fall har frågan om en möjlig normkonflikt mellan EU-rättens synsätt på parodier m.m. och det sätt som parodier och travestier traditionellt har behandlats på i svensk rätt diskuterats mer ingående (s. 206 betänkandet). En uppfattning har varit att Sverige uppställer fler och

alltför höga krav på parodier (och andra uttryck av liknande slag) för att de ska vara tillåtna och att Sverige därmed har regler som strider mot den harmoniserade upphovsrätten såsom den tolkats av EU-domstolen.

Mot den bakgrunden anser SFIR det vara påkallat att i upphovsrättslagen införa en allmän lagregel i linje med den som nu föreslås av utredningen. Enligt kommittédirektivet är utredarens uppdrag att ta ställning till hur en generell bestämmelse som ger utrymme att använda verk i karikatyr-, parodi- och pastischsyfte ska utformas (s. 447 betänkandet). Eftersom det anges att "uppdraget i viss mån anses innefatta en analys av den ordning som finns i dag samt överväganden kring fördelar och risker med olika lösningar" (s. 212), bör det finnas visst utrymme även för remissinstanserna att lämna synpunkter i detta avseende. Den bestämmelse som utredningen föreslår i 24 a § upphovsrättslagen innebär en generell inskränkning i upphovsrätten när verk används i karikatyr-, parodi- och pastischsyfte, när det nya alstret inte uppfyller de krav på originalitet som uppställs för upphovsrättsligt skydd. Bestämmelsen aktualiseras inte när en karikatyr, parodi eller pastisch utgör ett nytt, självständigt verk (s. 420 betänkandet). Det konstateras att en ordning där det kan sägas finnas två olika parodiundantag i svensk rätt inte framstår som lämplig (s. 214). Föreningen uppfattar den föreslagna lösningen som att man i realiteten/praktiken behåller ett system med två parodiundantag: alster som anspelar på ett existerande verk och som kan anses utgöra en karikatyr, parodi eller pastisch, men inte uppfyller kraven för ett verk kan vara tillåtna med stöd av bestämmelsen i 24 a §, medan alster som tagits fram i fri anslutning till och anspelar på existerande verk och som uppvisar en högre grad av självständighet och originalitet även fortsättningsvis kan tillåtas som nya, självständiga verk enligt EU-rättens och upphovsrättslagens allmänna skyddsförutsättningar för ett "verk" (jfr 1 § och 4§, andra stycket, upphovsrättslagen). SFIR ser inte från rättsliga utgångspunkter något hinder mot förekomst av två alternativa skydd för parodier och liknande uttryck – en genom de normala bestämmelserna om "verk" och en genom en inskränkning i ensamrätt till existerande verk - men uppfattar att utredningen anser sig föreslå en ordning där det endast finns *en* lovlig form av parodier mm. Utredaren kommer fram till att den inskränkingsbestämmelse som föreslås i 24 a § upphovsrättslagen i fråga om specifika begrepp/företeelser ordagrant bör omfatta de begrepp/företeelser som uttryckligen omfattas av artikel 5.3 k) i infocodirektivet – karikatyr, parodi och pastisch (s. 216 ff. betänkandet). Generellt är SFIR av uppfattningen att lagtext grundad på EU-direktiv bör ligga så nära ordalydelsen i direktivbestämmelserna som möjligt – så även i fråga om artikel 5.3.k) i infocodirektivet. De begrepp/företeelser som enligt svensk rätt åtnjuter något slags undantagsposition har varit parodi, travesti och satir. SFIR delar utredningens uppfattning att i vart fall travesti och satir – utifrån begreppens normala språkliga innebörd - kan antas rymmas i begreppen karikatyr och parodi – i synnerhet som inskränkingsbestämmelsen har sin grund i och bör tolkas utifrån yttrandefrihetsrättsliga överväganden. I fråga om begreppet/företeelsen "pastisch" delar SFIR den uppfattning som uppenbarligen framförts under utredningsarbetet att begreppet/företeelsen – utifrån begreppets normala språkliga innebörd – inte av yttrandefrihetsrättsliga skäl förtjänar samma skydd som "karikatyr" och "parodi". Föreningen noterar att EU-domstolen har fått en tolkningsfråga i ämnet, se C-590/23 (*Pelham*, 25 september 2023), som bör avvaktas inför lagändringar.

Den användning av skyddade verk i karikatyr-, parodi- och pastischsyfte som är tillåten enligt bestämmelsen i 24 a § i upphovsrättslagen är begränsad till användning ”i den utsträckning som motiveras av syftet”. Motsvarande begränsning återfinns inte i artikel 5.3 k) i infocodirektivet. Det konstateras i betänkandet att EU-domstolen i Deckmyn-avgörandet slår fast en begränsning som inte framgår av ordalydelsen i artikel 5.3 k) i infocodirektivet – nämligen att tillämpningen av parodiundantaget i det konkreta fallet ska iaktta en skälig avvägning mellan å ena sidan intressena och rättigheterna för rättsinnehavarna och å andra sidan yttrandefriheten för en användare. Vid denna avvägning ska alla omständigheter i det aktuella fallet beaktas (s. 221 betänkandet). Uttalandet ger, enligt utredaren, utrymme för en begränsning av det användande som tillåts enligt parodiundantaget. I upphovsrättslagens bestämmelser om citat (22 §) och nyhetsrapportering (25 §) finns inbyggda begränsningar av liknande slag. Det föreligger dock skillnader mellan arten av den användning av skyddade verk som aktualiseras när någon citerar ur ett verk eller återger ett verk vid nyhetsrapportering respektive använder ett verk i parodisyfte (m.m.). Den användning som är tillåten med stöd av bestämmelsen i 24 a § är av friare konstnärlig natur än när någon citerar eller använder verk vid nyhetsrapportering – hur avgörs när användning kan anses motiverad av det parodierande syftet? I författningskommentaren anges att om en karikatyr, parodi eller pastisch används i kommersiellt syfte, så kan yttrandefrihetsintresset framstå som mindre angeläget eller helt hamna i bakgrunden. Om den kommersiella användningen innebär konkurrens med upphovsmannens egen rätt att ekonomiskt exploatera verket bör användningen typiskt sett anses gå utöver vad som är motiverat för att uppnå syftet med inskränkningen (s. 421 f. betänkandet).

SFIR bedömer att situationer av det slag som anges skulle bli föremål för prövning enligt trestegsregeln i den föreslagna 11 § upphovsrättslagen och därför inte vara tillåtna. Skriven eller oskriven ska ju trestegsregeln alltid beaktas, och resultatet av en prövning kommer att skifta beroende på vilken inskränkingsbestämmelse det är fråga om. Den föreslagna begränsningen till användning ”i den utsträckning som motiveras av syftet” i 24 a § skapar därmed oklarhet i sig, och i förhållande till trestegsregeln. Det vore under alla omständigheter önskvärt med några andra exempel på användning som går utöver det tillåtna syftet.

Av den föreslagna bestämmelsen i 11 § framgår att upphovsmannens ideella rätt enligt 3 § gäller vid återgivning av verk enligt inskränkingsbestämmelserna. Något uttryckligt krav på käll- eller namngivelse återfinns inte i förslaget till 24 a §. Rätten till skydd mot kränkande ändringar och rätten till namngivelse enligt 3 § gäller emellertid oförändrat (s. 223 betänkandet). SFIR är av uppfattningen att relationen mellan den nya generella inskränkningen för parodi, karikatyr och pastisch och den ideella rätten förtjänar en mer utvecklad diskussion än den som redovisas i betänkandet. Den nya inskränkingsbestämmelsen i 24 a § och bestämmelsen om ideell rätt i 3 § kan förväntas bli föremål för överväganden i fråga om samma förfoganden i parodierande/karikerande syfte. Oklarhet föreligger t.ex. i fråga om under vilka omständigheter användning av ett verk i parodi-, karikatyr- eller pastischsyfte kan anses strida mot respekträtten (jfr uttalandet i SOU 1956:25 s. 124) särskilt i ljuset av Deckmyn-domens uttalande om upphovsmannen respektive användarens konkurrerande fundamentala intressen. Oklarhet föreligger också i fråga om krav på namngivelse av originalverk vid användning av verk för parodi-, karikatyr- eller pastischsyfte och hur ett sådant krav förhåller sig till god sed i den mening som avses i 3 §.

Kapitel 9: 4 §, andra stycket, upphovsrättslagen

SFIR motsätter sig den föreslagna ändringen av 4 § andra stycket, upphovsrättslagen, och förordar att nu gällande bestämmelse om verk tillkomna i fri anslutning till ett existerande verk tills vidare lämnas oförändrad.

Innebörden av bestämmelsen i 4 §, andra stycket – att ett nytt och självständigt verk som tillkommit i fri anslutning till ett existerande verk åtnjuter upphovsrätt i egen rätt – följer redan av bestämmelsen i 1 § upphovsrättslagen. Bestämmelsen i 4 § andra stycket har främst ansetts tjäna pedagogiska syften och har bland annat utgjort stöd för uppfattningen att parodier mm är tillåtna enligt svensk rätt.

I betänkandet anges att bestämmelsen i 4 §, andra stycket, bör kunna samexistera med den föreslagna inskränkingsbestämmelsen i 24 a § om användning av skyddade verk i karikatyr-, parodi- och pastischsyfte. Däremot anser utredningen att äldre svenska förarbeten avseende 4 § andra stycket skulle kunna tolkas som att det ska göras andra bedömningar avseende skyddsomfång för ett verk när det är en parodi eller liknande än i fråga om andra verk och att ett sådant synsätt riskerar att komma i konflikt med EU-domstolens definition av begreppen *parodi* och *verk*. Utredningens slutsats blir att en bestämmelse med samma innebörd som bestämmelsen i nuvarande 4 § andra stycket bör finnas i upplysningssyfte, men att bestämmelsen ska formuleras om. En omformulering skulle göra det möjligt att i en författningskommentar ange att verk som någon skapat i fri anslutning till andra verk inte har med det nya lagfästa parodiundantaget att göra. På så vis skulle äldre förarbeten till bestämmelsen förlora i betydelse (s. 226 betänkandet).

Innebörden av den föreslagna bestämmelsen i 4 § andra stycket är densamma som innebörden av den nuvarande bestämmelsen, men SFIR anser att lydelsen enligt förslaget är mindre tydlig än nu gällande lydelse. SFIR bedömer att det bör vara möjligt att i författningskommentaren till den föreslagna bestämmelsen i 24 a § upphovsrättslagen göra de förtydliganden om skyddsomfång och definitioner av *verk* och *parodi* mm som nu anses motivera en omformulering av bestämmelsen i 4 §, andra stycket.

Mot den bakgrunden är föreningen av uppfattningen att bestämmelsen i 4 § andra stycket tills vidare ska lämnas oförändrad. Om/När en allmän översyn görs av upphovsrättslagen kan det övervägas om bestämmelsen fortsatt tjänar sitt pedagogiska syfte eller om det kan finnas anledning att ta bort bestämmelsen. För närvarande bör inga andra ändringar göras än att ta bort ordet "han" och ändra den övriga meningen enligt följande: *"Har någon i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk, är upphovsrätten inte beroende av rätten till originalverket."*

Avsnitt 10.2: Borttagande av ändringsförbudet i 11 § upphovsrättslagen

SFIR bifaller utredningens förslag att ta bort ändringsförbudet i 11 § andra stycket upphovsrättslagen.

Skälet till att ändringsförbudet tillkom är att upphovsmannen vid fria utnyttjanden inte har möjlighet att bestämma på vilket sätt verket ska återges. Auktorrättskommittén påpekade att ändringsförbudet vid fria utnyttjanden enligt 11 § andra stycket i princip

innebar ett längre gående skydd för upphovsmannen än ändringsförbudet i 3 § andra stycket (SOU 1956:25 s. 269 - 272). Förbudet i 3 § tar sikte på respekträtten, dvs. ändringar som kan anses kränkande, medan ändringsförbudet i 11 § är mer extensivt och innefattar ändringar utöver vad som krävs för att användning ska kunna ske. I betänkandet beskrivs det som ett samspel mellan ändringsförbudet i 11 § och ändringsförbudet i 3 § andra stycket. Försvinner ändringsförbudet i 11 § andra stycket, är det troligt att det då kvarstående förbudet mot kränkande ändringar i 3 § andra stycket vid sidan av trestegsregeln, särskilt den del av regeln som avser användning som oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen, kan komma att få ökad betydelse.

SFIR anser att de skäl som utredningen anger för att föreslå ett borttagande av ändringsförbudet har fog för sig. Ett borttagande av regleringen kan dock motivera överväganden i fråga om kvarvarande bestämmelser och behov av att på annat vis förstärka upphovsmännens och andra rättighetshavarnas rättigheter i fråga om viss typ av användning.

Utredningens förslag om att ta bort ändringsförbudet i 11 §, andra stycket innebär att upphovsmän och rättighetshavare i första hand är hänvisade till respekträtten i 3 § när ändringar görs i ett verk vid användning med stöd av en inskränkings-bestämmelse i kapitel 2. Även om det finns flera domstolsavgöranden där respekträtten har belysts (bl.a. NJA 1971 s. 226 Rydbeckmålet; Stockholms rådhusrätts dom av den 16 november 1970 rörande användning av religiöst musikstycke i en kärleksfilm med sexuella inslag; NJA 1975 s. 679 Sveriges Flagga; NJA 2005 s. 905 Alfons Åberg; och NJA 2008 s. 309 Reklamavbrottsmålet), så kan rättsläget med visst fog sägas vara osäkert.

För att åstadkomma den eftersträvade balansen mellan upphovsmän/rättighetshavare och användare av verk som eftersträvas bör lagstiftaren, om borttagande av ändringsförbudet genomförs, överväga om upphovsmän och andra rättighetshavare med nuvarande bestämmelser har tillräckligt goda möjligheter att snabbt få stopp på kränkande användning av ett verk. Lagstiftaren bör särskilt överväga huruvida en skyndsam hantering av yrkanden av interimistiskt vitesförbud enligt 53 b § upphovsrättslagen säkerställs genom nuvarande bestämmelser och rättstillämpning.

Avsnitt 10.11 Konstverk som ingår i en film, ett tv-program eller en bild – 20 a § i upphovsrättslagen (nuvarande lydelse)

Artikel 5.3 i) infosocdirektivet medger inskränkningar i den upphovsrättsliga ensamrätten vid "inkluderande av underordnad betydelse av ett verk eller annat alster som del i ett annat material". Av 20 a § upphovsrättslagen följer att var och en får genom film eller televisionsprogram eller en bild förfoga över utgivna konstverk eller konstverk som överlåtit av upphovsmannen i situationer där de har underordnad betydelse. Bestämmelsen i 20 a § gäller även i fråga om fotografiska bilder (49 a § upphovsrättslagen).

Utredningen konstaterar att den svenska bestämmelsen i 20 a § är mer begränsad än sin EU-rättsliga motsvarighet både i fråga om vilken typ av verk som avses och i vilket material som verken får förekomma (s. 290).

Eftersom utredningens syfte är att harmonisera svensk lagstiftning med EU-rätten ifrågasätter SFIR hur utredningen, utan närmare förklaringar och analys, kommer fram till att behov saknas av att ändra den begränsade tillämpligheten av 20 a §. Hade det inte varit möjligt att istället konstatera att det inte föreligger hinder mot att vidga tillämpningsområdet för den svenska inskränkingsbestämmelsen? En mer utvecklad diskussion i fråga om beslutet att inte föreslå en ändring av 20 a § hade varit önskvärd.

Avsnitt 10.14: Återgivning av konstverk – 23–24 §§ i upphovsrättslagen

SFIR är av uppfattningen att bestämmelserna om återgivning av konstverk i 23–24 §§ upphovsrättslagen bör ändras så att inskränkingsbestämmelserna även omfattar förfoganden i digital form.

Den strävan efter balans mellan rättighetshavarnas och det övriga samhällets intressen, inte minst i fråga om upphovsrättslagens skärningspunkter till andra grundläggande fri- och rättigheter, till exempel press-, yttrande- och informationsfriheterna som anges i utredningsdirektivet har inte iakttagits vad gäller inskränkningen i 23 § första stycket 2 upphovsrättslagen rörande rätten att återge offentliggjorda konstverk i anslutning till texten i en kritisk framställning. I betänkandet görs det inte någon närmare analys av den aktuella inskränkningens betydelse idag eller hur en rimlig balans mellan intressen uppnås. Det hänvisas blott till vad som anfördes i frågan vid genomförande av infocodirektivet, då man gjorde bedömningen att inskränkningen endast kunna behållas med tillämpning av direktivets artikel 5.3 o), som uteslöt digitala nyttjanden.

Till följd av den bedömning som gjordes för snart tjugo år sedan, då inskränkingsbestämmelsen begränsades till att omfatta endast analoga nyttjanden, är det idag inte tillåtet att i kritiskt granskande journalistik digitalt återge en bild som granskningen avser, om rättighetshavaren invänder mot det. Ur yttrande- och informationsfrihetssynpunkt är det olämpligt att på detta sätt lägga hinder i vägen för en granskning som kan vara av stort samhällsintresse.

Med hänsyn direktiven för utredningen bör en inskränkning för återgivande av konstverk i såväl analog som digital form nu övervägas utifrån direktivets artikel 5.3 d), som hänför sig till "quotations for purposes such as criticism or review, provided that they relate to a work or subject-matter which has already been lawfully made available to the public".

Artikel 5.3 d) innehåller inte någon begränsning med avseende på vilka slags verk den omfattar. Begreppet "quotations" exkluderar – till skillnad från vad som i upphovsrättslagen avses med citat – i princip inte en tillämpning på konstverk. Tolkningen av beteckningen "quotations" måste rimligtvis göras mot bakgrund bl.a. av begreppet "fair dealing" i brittisk rätt och annan europeisk rättstradition på området. I rättsfallet Painer (mål C-145/10, dom den 1 december 2011) gällande porträttbilder som hade använts i medier vid rapportering om en nyhet, hade den nationella domstolen ställt vissa frågor till EU-domstolen med utgångspunkt i antagandet att bilderna, som utgjorde fotografiska verk, omfattades av tillämpningsområdet för just citatregeln i artikel 5.3 d). EU-domstolen påpekade särskilt att den hänskjutande domstolen utgick från detta antagande samt att det inte hade bestritts av dem som yttrat sig i målet. EU-domstolen tog därmed i sitt svar av tolkningsfrågorna som

utgångspunkt att bilderna hade använts i citatsyfte (p. 122, "used for the purpose of quotation").

Vid införandet av infocodirektivet i övriga nordiska länder – vars upphovsrättslagar samtliga innehåller den aktuella inskränkningen – gjordes inte någon insnävning av bestämmelsens räckvidd till att utesluta återgivanden i digital form. Tolkningen att inskränkningen inte kunde behållas med avseende på digitala nyttjanden gjordes således endast av den svenska lagstiftaren.

Mot bakgrund av utvecklingen av digitala medier – inte minst den stora mängden publiceringar i s.k. sociala medier – där enskilda intressen med stor framgång kan sprida falska beskrivningar av händelser, ofta med följd bl.a. av en total polarisering av hur vi uppfattar verkligheten, är det av mycket stor vikt att man i granskande journalistik kan i bild visa vad man hävdar faktiskt har skett. Den som är hänvisad till att istället endast i ord referera ett bildinnehåll som grund för sitt påstående riskerar att inte bli trodd när den kritiserade "blånekar" och har en följarskara som kan stötta lögnen.

Det bör även vara tillåtet att digitalt återge konstverk i konstkritik. Den nu föreslagna inskränkningen för användning i nyhetsrapportering, omfattar inte återgivande vid kritisk granskning eller i kritiska framställningar som saknar samband med nyhetsrapportering.

Återgivning i digital form av konstverk är visserligen tillåten enligt 52 p § upphovsrättslagen för "citat, kritik och recensioner" m.m., men alltså inte "i en kritisk eller vetenskaplig framställning i anslutning till texten" enligt 23 § första stycket 2, en inkonsekvens som inte motiveras i betänkandet.

Med hänvisning till vad som angetts ovan bör en omprövning ske av hur rätten att återge konstverk i kritiska framställningar bör utformas, varvid artikel 5.3 d) infocodirektivet särskilt beaktas.

Det här remissyttrandet har utformats av en grupp inom SFIR:s medlemskrets och underställts föreningens styrelse för synpunkter. Yttrandet expedieras av föreningens sekreterare Måns Svennem Lundberg.

Stockholm den 27 maj 2024

Måns Svennem Lundberg