



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Wilhelm Stenvall

När medier publicerar upphovsrättsligt skyddade alster

En utredning om konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering

JURMO2 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten

Termin för examen: period 1 VT 2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Terminologi	10
1.3 Syfte och frågeställningar	11
1.4 Avgränsningar	11
1.5 Metod och material	13
1.5.1 Rättsdogmatisk metod	13
1.5.2 Särskilt om Europakonventionen	15
1.5.3 Särskilt om EU-rättslig metod	16
1.5.4 Material	18
1.6 Forskningsläge	19
1.7 Disposition	20
2 UPPHOVSRÄTT	22
2.1 Bakgrund	22
2.2 Status som grundläggande rättighet	23
2.3 Skyddsobjekt	24
2.4 Ekonomisk ensamrätt	25
2.5 Inskränkningar	26
2.5.1 Allmänt	26
2.5.2 Inskränkningar vid nyhetsrapportering	26
2.5.2.1 Infosocdirektivet	26
2.5.2.2 Pressens lånerätt	27
2.5.2.3 Reportagerätten	30
2.6 Sanktioner	31
3 YTTRANDE- OCH INFORMATIONSFRIHET	32

3.1	Yttrandefrihet	32
3.2	Informationsfrihet	32
3.3	Tillämplighet <i>ratione personae</i>	33
3.4	Relativa friheter	35
3.5	Medier – en grundval för demokratin	36
4	KONFLIKTEN OCH AVVÄGNINGEN VID NYHETSRAPPORTERING	39
4.1	Allmänt	39
4.2	Äldre rättspraxis	40
4.2.1	Manifestmålet	40
4.2.2	Ashby-fallet	41
4.3	Ny rättspraxis	42
4.3.1	Spiegel Online och Funke Medien	42
4.3.1.1	Bakgrund	42
4.3.1.2	Harmoniseringsgrad och skönsmässigt utrymme	43
4.3.1.3	Kan artikel 11 EU-stadgan medge inskränkningar av ensamrätten?	44
4.3.1.4	EU-stadgans betydelse för inskränkningens räckvidd	45
4.3.1.5	Förhandssamtycke	46
4.3.1.6	Kommentar	47
4.3.2	Mobilfilmen	48
4.3.2.1	Bakgrund	48
4.3.2.2	Patent- och marknadsöverdomstolen	49
4.3.2.3	Högsta domstolen	49
4.3.2.4	Kommentar	51
4.4	Implementeringen av infocoddirektivet i ljuset av ny rättspraxis	53
4.4.1	Allmänt om implementering av EU-direktiv	53
4.4.2	Skillnaden mellan pressens lånerätt och reportagerätten	54
4.4.3	Offentliggöranderekvisitet	55
4.4.4	Ändamålskravet och informationssyftet	57
4.4.5	Nyhetsrapportering och olika medier	58
4.4.6	Konstverk och vissa närstående rättigheter	60
4.4.7	Skälig avvägning mellan olika intressen	61
4.4.8	Sammanfattning	63
4.5	Betydelsen av grundläggande fri- och rättigheter i ljuset av ny rättspraxis	64
4.5.1	Regeringsformen	64
4.5.1.1	Kort tillbakablick	64
4.5.1.2	Yttrande- och informationsfrihet och grundlagskonform tolkning	64
4.5.2	Unionsrätten	66
4.5.2.1	EU-stadgans betydelse	66
4.5.2.2	Unionsrättsliga krav på tillämpning av nationella normer	67
4.5.3	Europakonventionen	68
4.5.3.1	Presumtionen om unionsrättens konformitet	68
4.5.3.2	Indirekt horisontell effekt	70
4.5.3.3	Bedömningsmarginalen	71
4.5.3.4	Journalistisk verksamhet och politiska sammanhang	72
4.5.4	Sammanfattning	74

5	AVSLUTANDE REFLEKTIONER OCH SLUTSATSER	76
5.1	Allmänt om konflikten	76
5.2	Avvägningens rättsliga hantering	77
5.2.1	Detaljerade bestämmelser äventyrar implementeringen av infosocdirektivet	77
5.2.2	Grundläggande fri- och rättigheter beaktas i bakgrunden	78
5.3	Kvarstående frågor	79
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	81
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	88

Summary

Media usage of copyright protected material creates an interesting and versatile legal problem. On the one hand, right holders have an exclusive right to the usage of their work. On the other hand, the importance of media freedom in a democratic society cannot be overstated. Journalists have a right and duty to inform on matters of public interests, especially political ones. Consequently, there are limitations to right holders' exclusive right which allows dissemination of their material during reporting of news (current events). Fundamental freedoms such as freedom of expression and information also apply since copyright is a limitation to these rights. The purpose of this essay is to inquire the law regarding the conflict and balance between copyright and freedom of expression and information in connection with news reporting. The questions asked are under what circumstances can protected material be used in news reporting, whether the limitation in the infoc directive is correctly implemented, and what importance fundamental rights and freedoms have.

Copyright limitations regarding news services have existed since the initial enactment of the copyright act. When implementing the infoc directive, the Swedish government considered the statues providing these limitations to be in conformity with the corresponding statute in the directive, making a change of the copyright act unnecessary in that regard. However, the Swedish statues contain conditions that are absent from the directive's provision. In the light of new precedents from the European Court of Justice, the Swedish legislation could be viewed to jeopardize the harmonization and unity of EU law. Therefore, the implementation of the relevant limitation in the directive could be erroneous. However, his is not certain, especially since the directive's provision does not constitute a full harmonization, leaving significant discretion to the member states when striking a fair balance between these competing interests. A clear answer cannot be given until the Swedish legislation has been put under the scrutiny of the European Court of Justice.

Freedom of expression and information are two sides of the same coin, and fundamental for democracy. These freedoms protect the media especially, yet they are not absolute. Copyright regulation restricts these freedoms, and so far, the courts have been reluctant on dismissing copyright-based claims when the defendant invokes freedom of expression or limitation, both in civil and criminal trials. The fundamental rights protected by EU law cannot justify a derogation from the author's exclusive rights. The Swedish constitution does not seem to enable such a derogation either. The balance between these competing interests has mainly been a matter of limitations in copyright law.

Precedents from the European Court of Human Rights complicate things, though. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms requires that the nature of speech or information at issue is taken into account. Although the states as a starting point enjoy a particularly wide margin of appreciation, that does not seem to be the case when a contribution to a debate of general interest has been made. This distinction has not impacted Swedish law. The case law regarding the Convention is not completely fleshed out, though. Despite several cases establishing the fundamental importance of media freedom, there is only one precedent about the conflict and balance between copyright and freedom of expression and information. It is not entirely clear exactly how wide or small the margin of appreciation would be in a journalistic context, nor what criteria should be used when striking a fair balance between these competing interests. Moreover, the extent to which freedom of expression and information can be used in a civil copyright dispute is also uncertain. Several questions remain unanswered by the European Court of Human rights. As previously stated, so are some questions regarding the Swedish implementation of the infococ directive. Consequently, the development of this legal problem has yet to be finalized.

Sammanfattning

När medier publicerar upphovsrättsligt skyddat material uppstår ett intressant och mångsidigt juridiskt problem. Upphovsinnehavaren har å ena sidan ensamrätt på hur alstret får utnyttjas. Media är å andra sidan ett kontrollorgan med uppgiften att informera allmänheten, särskilt i politiska sammanhang. Följaktligen har det införts upphovsrättsliga inskränkningar som i vissa fall ger medier rätt att återge skyddade alster. Yttrande- och informationsfriheten som grundläggande fri- och rättigheter aktualiseras också, då upphovsrätten inskränker dessa friheter. Denna uppsats syftar till att utreda rättsläget angående konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering. Frågorna som ställs är under vilka förutsättningar skyddade alster kan användas vid nyhetsrapportering, om inskränkingsregeln i infosocdirektivet är korrekt implementerad i svensk lag samt vilken betydelse grundläggande fri- och rättigheter har.

De upphovsrättsliga inskränkningarna har funnits sedan den nu gällande lagstiftningens tillkomst. Vid implementeringen av infosocdirektivet ansågs dessa bestämmelser vara förenliga med motsvarande regel i direktivet, varför de förblev oförändrade. Direktivets inskränkning vid nyhetsrapportering saknar dock ett flertal rekvisit som den svenska lagstiftningen innehåller. I ljuset av ny praxis från EU-domstolen kan det hävdas att den svenska lagstiftningens detaljerade utformning riskerar att underminera en enhetlig tillämpning inom unionen, vilket kan tala för att implementeringen är felaktig. Med tanke på att direktivets bestämmelse lämnar ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet är det emellertid inte självklart. Något entydigt svar kan inte ges förrän EU-domstolen har prövat den svenska lagstiftningen.

Yttrande- och informationsfriheten är varandras spegelbilder och oundgängliga för demokratin. Särskilt mediernas verksamhet skyddas av dessa friheter. De är emellertid inte absoluta. Upphovsrätten är en inskränkning, och

domstolarna har hittills aldrig ogillat ett upphovsrättsligt anspråk med hänvisning till dessa grundläggande friheter, varken i tvistemål eller brottmål. De grundläggande fri- och rättigheterna inom EU kan inte medge fler inskränkningar från ensamrätten än vad som följer av direktivet. Svensk grundlag verkar inte heller kunna leda till detta. Avvägningen har huvudsakligen hanterats inom det upphovsrättsliga regelverket.

Europadomstolens praxis problematiserar dock denna ordning. Europakonventionen tycks kräva att en distinktion mellan kommersiella och politiska sammanhang görs. I det förra åtnjuter konventionsstaterna en betydande bedömningsmarginal. I det senare är bedömningsmarginalen inte lika stor, och den politiska kontexten ska beaktas. Detta har inte fått genomslag i svensk rättstillämpning. Rättsläget avseende Europakonventionens betydelse för ämnet är dock något oklart. Trots en ganska riklig praxis från Europadomstolen om mediernas vikt för demokratin, finns bara ett prejudikat om konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet. Det är osäkert hur stor bedömningsmarginalen är i ett medialt sammanhang. Vidare är det oklart vilka kriterier som avvägningen ska utgå ifrån, samt i vilken utsträckning konventionsstaterna har en positiv förpliktelse att tillförsäkra yttrande- och informationsfriheten mellan enskilda vid konflikten med upphovsrätt. Frågorna är ännu obesvarade av Europadomstolen. Som tidigare nämnt är inte heller samtliga frågor om implementeringen av infosocdirektivet besvarade. Rättslägets utveckling är således ännu inte avslutad.

Förord

Då var det slutligen dags för mig att ta examen. Även om det sker ett år senare än vad som hade varit möjligt ångrar jag ingenting, då utbytesåret som försenade examen gav ett äventyr jag aldrig kommer glömma. Jag lämnar denna anrika fakultet med viss ambivalens. Vemod över att studentlivet är slut. Entusiasm över vad yrkeslivet har att erbjuda.

Beträffande tackningar finns ett flertal personer som särskilt bör nämnas. För det första min familj, som alltid stöttat och peppat mig på bästa tänkbara sätt. Mamma, pappa, Ella och Martin – stor kärlek till er!

För det andra är grabbarna så självklara att det nästan känns överflödigt att nämna er. Tack för över fem fantastiska år som förgyllt studenttiden och gjort den till livets hittills bästa period.

För det tredje vill jag rikta ett tack till Tom, lägenhetskamrat och mångårig vän. Att du till slut kom till Lund var en avsevärd förbättring på studenttidens sista år.

För det fjärde vill jag rikta ett stort tack till min handledare, Ulrika Wennersten. Utan dig hade denna uppsats varit betydligt sämre.

Om några till sist skulle känna sig glömda vill jag försäkra er om att ni inte är det. Ni kommer för övrigt ändå inte läsa denna uppsats.

Wilhelm Stenvall

Lund, 26 maj 2020

Förkortningar

Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
Ds	Departementsserien
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GA	Generaladvokat
HD	Högsta domstolen
Infosocdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PMD-lagen	Lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
Prop.	Regeringens proposition
RF	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform
Sanktionsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om

	säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I november 2012 publicerade tidningen *Expressen* en film inspelad med en mobiltelefon där bl.a. tre företrädare för ett svenskt politiskt parti figurerar. Vid denna tidpunkt var personen som filmat riksdagsledamot. Händelsen kom att benämnas ”järnrörsskandalen”¹ och filmen har visats av ett flertal medier, däribland *Göteborgs-Posten* (GP), *Dagens Media* och *Sveriges Television* (SVT). Riksdagsledamoten har sedermera med framgång väckt talan mot dessa medier avseende upphovsrättsintrång i flera rättegångar.² Ett av målen har nyligen prövats av Högsta domstolen (HD).³

Denna typ av tvist väcker frågor om konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering. Konflikten är av flera skäl intressant att undersöka juridiskt. Upphovsrätten anses å ena sidan vara viktig för att säkerställa rättsinnehavares rätt till sina verk och främja det konstnärliga skapandet. Skyddet tillgodoser behovet av ekonomisk vinst och utgör en drivkraft för ytterligare skapande.⁴ Yttrande- och informationsfriheten är å andra sidan två grundpelare i det demokratiska samhället, och har central betydelse för mediernas nyhetsförmedling och granskning av makthavare. Således kan yttrande- och informationsintressen göra sig särskilt starkt gällande i mediala sammanhang.⁵ Intressekonflikten har vidare blivit mer aktuell på sistone, eftersom det kommit flera prejudikat

¹ Funcke (2019) s. 420; *Expressen*, *Almqvist och Ekeröth beväpnar sig med järnrör*, <<https://www.expressen.se/nyheter/almqvist-och-ekeroth-bevapnar-sig-med-jarnror/>>, besökt 2020-01-28; *Dagens Nyheter*, *Järnrörsskandalen*, <<https://www.dn.se/om/jarnrorsskandalen/?offset=12>>, besökt 2020-02-28; Wikipedia, *Järnrörsskandalen*, <<https://sv.wikipedia.org/wiki/J%C3%A4rnr%C3%B6rsskandalen>>, besökt 2020-01-28.

² Se Svea hovrätts mål nr PMT 1473–18, Hovrätten för Västra Sverige mål nr FT 2348–15 och Lunds tingsrätts mål nr FT 1046–14.

³ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen).

⁴ SOU 1956:25 s. 34 f och s. 45; Olsson (2018) s. 41; jfr Bernitz m.fl. (2017) s. 7 f; Juno, *Norstedts Juridik*, lagkommentar till URL, 2018-12-01.

⁵ Jfr t.ex. *Jersild v. Denmark* p. 31 och *Oberschlick v. Austria* p. 58.

(se avsnitt 4.3). Detta juridiska problem är följaktligen högaktuellt, och det finns ett stort behov av att utreda och analysera rättsläget.

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) innehåller två bestämmelser som under vissa förutsättningar inskränker rättsinnehavarens rätt vid nyhetsförmedling, nämligen 23 och 25 §§ (se avsnitt 2.5.2). Vidare behandlas konflikten i Europeiska unionen (EU) inom ramen för Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (infosocdirektivet). Bestämmelserna i URL har ansetts korrekt implementera motsvarande regel i infosocdirektivet, närmare bestämt artikel 5.3 c).⁶ Ny praxis från EU-domstolen ger dock anledning att fundera över om denna regel verkligen är korrekt implementerad i svensk lagstiftning.⁷

Grundläggande fri- och rättigheter som framgår av svensk grundlag, Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan) aktualiseras också, eftersom både upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet skyddas av dessa rättighetskataloger.⁸ Ny rättspraxis har även fört dessa reglers betydelse för ämnet i nytt ljus.⁹ Till detta kommer en förhållandevis riklig praxis från Europeiska domstolen om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (Europadomstolen) om medias väsentliga funktion för det demokratiska samhället.¹⁰ Vid ett tillfälle har domstolen även prövat konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet.¹¹

⁶ Jfr Ds 2003:35 s. 242 och prop. 2004/05:110 s. 223 f.

⁷ Jfr C-516/17 (Spiegel Online) och C-469/17 (Funke Medien).

⁸ Jfr Dernell m.fl. (2016) s. 340 f och 429; Lebeck (2016) s. 324 och 370; Danelius (2015) s. 457 och 572.

⁹ Jfr C-516/17 (Spiegel Online) och HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen).

¹⁰ Jfr Axel Springer AG v. Germany, Jersild v. Denmark och Observer and Guardian v. The United Kingdom.

¹¹ Jfr Ashby Donald and Others v. France.

1.2 Terminologi

Som angavs i avsnitt 1.1 berör denna uppsats grundläggande fri- och rättigheter. Med *grundläggande fri- och rättigheter* avses upphovsrätt samt yttrande- och informationsfrihet, inte övriga fri- och rättigheter. Vidare åsyftas bestämmelserna härom i svensk grundlag, Europakonventionen och EU-stadgan. Det handlar alltså om regler i en *konstitutionell* kontext, inte rättigheter som kan uppstå i t.ex. civilrätten.¹² Begreppet kan ges ett flertal benämningar. 2 kap. kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (RF) nämner uttryckligen *grundläggande fri- och rättigheter*. Europakonventionen nämner *mänskliga rättigheter* och *grundläggande friheter*. EU-stadgan nämner *grundläggande rättigheter*. I doktrinen används båda begreppen, dock *rättigheter* oftare än *friheter*.¹³ Jag har valt begreppet *grundläggande fri- och rättigheter* som ett samlingsbegrepp för reglerna i 2 kap. RF, Europakonventionen och EU-stadgan.¹⁴

Uppsatsens handlar bl.a. om upphovsrättsligt skydd. Som kommer framgå görs en distinktion i lagstiftningen mellan *verk* som åtnjuter upphovsrättsligt skydd och material som inte skyddas som upphovsrättsligt verk, utan istället som s.k. *närstående rättighet*. Vad som skiljer dessa kommer förklaras närmare i avsnitt 2.3. Jag vill dock tydliggöra att när det talas allmänt om upphovsrätt i denna uppsats avses inte enbart upphovsrättsligt skyddade verk utan även alster som skyddas av reglerna om närstående rättigheter, eftersom båda skyddas av den upphovsrättsliga lagstiftningen. Begreppet *alster* används därmed som ett samlingsbegrepp för både verk och närstående rättigheter.

I denna uppsats har termen *yttrande- och informationsfrihet* medvetet valts framför *pressfrihet*. Begreppet *pressfrihet* förekommer inte uttryckligen i vare sig grundlag eller lag. Vidare är begreppet *press* mindre lämpat när även digitala medier åsyftas. I praxis är det vidare främst yttrande- och

¹² Jfr Dernell m.fl. (2016) s. 254.

¹³ Jfr Dernell m.fl. (2016) s. 253–258; Åhman (2019) s. 26.

¹⁴ Jfr Åhman (2019) s. 37.

informationsfriheten som nämns, även när det handlar om tryckta medier. *Pressen* förekommer dock emellanåt i förarbeten,¹⁵ och *pressfrihet* förekommer visserligen i EU- och Europadomstolens praxis.¹⁶ Artikel 11 EU-stadgan nämner uttryckligen *mediernas frihet*. När det talas om *mediefrihet* i denna uppsats används det synonymt med yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsförmedling. Yttrande- och informationsfrihetens respektive innebörd behandlas i avsnitt 3.1. *Nyhetsrapportering* definieras i avsnitt 2.5.2. *Media, massmedia* och *journalism* definieras i avsnitt 3.5.

1.3 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda rättsläget gällande konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering. För att uppfylla syftet ställs följande frågeställningar:

- Under vilka förutsättningar kan skyddade alster användas vid nyhetsrapportering enligt infocodirektivet och URL?
- Är inskränkningen av upphovsrätten vid nyhetsrapportering i infocodirektivet, d.v.s. artikel 5.3 c), korrekt implementerad i URL?
- Vilken betydelse har grundläggande fri- och rättigheter vid konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering?

1.4 Avgränsningar

Som framgår av syftet är uppsatsen avgränsad till att endast behandla upphovsrätt, inte övriga immateriella rättigheter. För att konflikten mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet överhuvudtaget ska aktualiseras förutsätts att alstret i fråga har uppnått skydd. Frågor om skyddsförutsättningar, skyddssubjekt och skyddstid kommer således inte att

¹⁵ Jfr t.ex. prop. 1960:17 s. 121 f.

¹⁶ Se t.ex. *Observer and Guardian v. The United Kingdom* och C-516/17 (*Spiegel Online*).

behandlas.¹⁷ Uppsatsen innehåller däremot en översiktlig beskrivning av andra upphovsrättsliga regler som är relevanta för uppsatsens ämne. Dessa är regler om skyddsobjekt, ekonomisk ensamrätt och sanktioner. Skyddsobjekt är relevant eftersom URL:s inskränkningar vid nyhetsrapportering endast gäller vissa, inte samtliga, alster. Sanktioner är relevanta eftersom enligt HD:s praxis är avvägningen annorlunda i brottmål och tvistemål.¹⁸ Sanktionerna är dessutom till viss del harmoniserade inom EU. Den ekonomiska ensamrätten är relevant eftersom inskränkningarna vid nyhetsrapportering samt yttrande- och informationsfriheten endast prövats gentemot den ekonomiska ensamrätten i rättspraxis.¹⁹ Av detta skäl, i förening med att den inte är harmoniserad inom EU (jfr skäl 19 infosocdirektivet), har jag valt att avgränsa mig ifrån den ideella rätten (jfr 3 § URL).

Uppsatsen är avgränsad till att enbart beröra konflikten mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid *nyhetsrapportering*. Således tar utredningen inte sikte på konflikten mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet i andra sammanhang.²⁰ Trots inriktningen mot nyhetsrapportering har jag valt att avgränsa mig från mediegrundlagarna, d.v.s. tryckfrihetsförordningen (1949:105) (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469) (YGL). Skälet till detta är att genom de s.k. delegationsbestämmelserna är upphovsrätten undantagen från mediegrundlagarnas tillämpningsområde (jfr 1 kap. 11 § TF och 1 kap. 18 § YGL). Detta innebär att upphovsrätten kan regleras i lag utan hinder av mediegrundlagarna.²¹ Som redan framgått är konflikten och avvägningen mellan rättsinnehavares och mediers intressen behandlad i URL. Mediegrundlagarna har vidare inte tillämpats i den rättspraxis som behandlas i uppsatsen.

¹⁷ Jfr Levin & Hellstadius (2019) s. 84, C-5/08 (Infopaq) p. 37 och NJA 2015 s. 1097.

¹⁸ HD mål nr 4412–19 (Mobilfilmen).

¹⁹ Jfr a.a.

²⁰ Jfr t.ex. Bengtsson (2016) s. 123.

²¹ Axberger (2019) s. 74 ff.

Jag har valt att avgränsa mig ifrån citaträtten, trots att den kan bli relevant vid nyhetsförmedling.²² Skälen bakom detta är dels uppsatsens begränsade omfång, dels för att citaträttens tillämpningsområde är bredare än enbart nyhetsförmedling (jfr 22 § URL). Jag kommer således endast behandla upphovsrättsliga inskränkningar som endast gäller nyhetsrapportering.

1.5 Metod och material

1.5.1 Rättsdogmatisk metod

Denna uppsats använder den *rättsdogmatiska* metoden. Metoden används för att fastställa gällande rätt genom användning av de allmänt vedertagna rättskällorna (*de lege lata*).²³ Med *rättskällor* avses källor med juridisk auktoritet.²⁴ Vilka källor som är rättskällor och deras inbördes hierarki framgår i sin tur av *rättskällevärdet*.²⁵ Rättsdogmatiken används dels för att tolka och systematisera gällande rätt, dels för att tillämpa den på verkliga situationer.²⁶ Ibland betecknas det sistnämnda som *juridisk metod*, som består av tillämpning av rättsregler på konkreta fakta (rättstillämpning).²⁷

Frågan är då vilka källor som betraktas som rättskällor. Peczenik gör en distinktion mellan rättskällor som *ska*, *bör* respektive *får* följas. Lagar, andra föreskrifter och viss sedvana är exempel på den första kategorin. Rättskällor som *bör* följas är prejudikat och förarbeten, medan doktrin (rättsvetenskaplig litteratur), myndigheters beslut och rekommendationer samt utländsk rätt *får* följas.²⁸ Dahlman motsäger sig emellertid en sådan uppdelning. Han menar att samtliga rättskällor ger *handlingsskäl* p.g.a. källans ursprung. Förutsatt att det saknas starkare *motskäl* ska rättskällan följas. Peczeniks distinktion ger det felaktiga intrycket att rättskällorna skiljer sig i graden hos handlingsskälet.

²² Jfr C-516/17 (Spiegel Online) och NJA 1996 s. 702.

²³ Sandgren (2018) s. 49.

²⁴ Dahlman (2019) s. 65 f.

²⁵ Sandgren (2018) s. 45.

²⁶ Peczenik (1995b) s. 33 f.

²⁷ Sandgren (2018) s. 46.

²⁸ Peczenik (1995b) s. 35.

Vad det istället handlar om är hur starka motskäl som krävs fört att åsidosätta handlingsskälet hos rättskällan i fråga.²⁹

Grundlag och lag som stiftas av riksdagen är rättskällor. Samma gäller förarbeten till lagar, även om det råder viss oenighet om vilka förarbeten som har denna status. Propositioner och offentliga utredningar utgör däremot tveklöst rättskällor. Prejudikat från HD är förvisso inte formellt bindande i svensk rätt men har likväl rättskällestatus, eftersom de är vägledande.³⁰ När det gäller underrättsavgöranden är det inte lika självklart. Vissa hävdar att de har rättskällestatus, andra inte.³¹ Vad gäller Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) får dess domar som huvudregel inte överklagas, såvida det inte är av vikt för ledning av rättstillämpningen att målet prövas av HD, jfr 1 kap. 3 § lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar (PMD-lagen). Domstolen kan följaktligen lämna en s.k. ventil i mål med prejudikatintresse.³² I förarbetena till nyss nämnda lag anges emellertid att PMÖD förutsätts få det huvudsakliga ansvaret för praxisbildningen på immaterialrättens område.³³ Ett av skälen bakom instiftandet av renodlade patent- och marknadsdomstolar var vidare en enhetlig prejudikatbildning.³⁴ I vilken utsträckning PMÖD kommer betraktas som prejudikatinstans samt hur ofta ventilen kommer användas får framtiden utvisa.³⁵

Doktrins, d.v.s. rättsvetenskaplig litteratur, rättskällestatus är något omdiskuterad. Peczenik ser doktrin som en rättskälla.³⁶ Litteraturen används visserligen regelbundet av både domare och andra jurister. Enligt Dahlman innebär detta dock inte att doktrin är en rättskälla. Det faktum att en domare anser viss ståndpunkt i doktrinen som användbar och därför tillämpar den har mer med argumentationen i sig att göra än dess ursprung. Det är således inget

²⁹ Dahlman (2019) s. 67.

³⁰ Dahlman (2019) s. 68 f; jfr även Peczenik (1995b) s. 35 f.

³¹ Dahlman (2019) s. 70.

³² Prop. 2015/16:57 s. 289 f.

³³ A.a. s. 164 ff.

³⁴ Se t.ex. a.a. s. 128.

³⁵ Jfr Bernitz m.fl. (2017) s. 28.

³⁶ Peczenik (1995b) s. 42 f.

handlingsskäl, eftersom ett motsatt synsätt också kan finnas i litteraturen. Endast om en domstol hänvisar till en regel som återfinns i doktrinen just för att den kommer från doktrinen kan det betraktas som en rättskälla.³⁷

Jag använder den rättsdogmatiska metoden eftersom besvarande av uppsatsens frågeställningar och därmed uppfyllelse av syftet uppnås genom användning av rättskällorna. Vad jag ska göra är att tolka, tillämpa och undersöka gällande rätt inom ett visst avgränsat ämne. Som redan framgått innefattar detta att utreda frågor angående unionsrätten och Europakonventionen. Unionsrätten och konventionen påverkar rättskälleläran,³⁸ varför metoden måste utvecklas något.

1.5.2 Särskilt om Europakonventionen

Enligt 2 kap. 19 § RF får varken lag eller annan föreskrift meddelas i strid med Europakonventionen. Konventionen är dessutom svensk lag.³⁹ Europakonventionens ställning i den svenska normhierarkin är något omdiskuterad.⁴⁰ Av Europadomstolens praxis framgår däremot att konventionen är ett konstitutionellt, rättsligt dokument för europeisk allmän ordning.⁴¹ Klart är att svenska lagregler kan förklaras oförenliga med konventionen och i den mån det är möjligt bör tolkas konventionskonformt.⁴² Vidare har HD uttryckligen angett att vad som framgår av svensk praxis och förarbeten kan behöva revideras med hänsyn till Europakonventionen.⁴³

Bernitz menar att i samband med europarättens genomslag har det skett något av ett paradigmskifte, där både normprövning och enskildas fri- och rättigheter på ett mer naturligt sätt än tidigare ingår i svensk

³⁷ Dahlman (2019) s. 71.

³⁸ Jfr Dahlman (2019) s. 70.

³⁹ Jfr lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.

⁴⁰ Bernitz (2012) s. 59 f.

⁴¹ *Bosphorus Airways v. Ireland* p. 156.

⁴² Jfr t.ex. NJA 2005 s. 805 och NJA 2013 s. 502.

⁴³ Jfr t.ex. NJA 2009 s. 463, NJA 2013 s. 502 och *Sergey Zolotukhin v. Russia*.

rättstillämpning.⁴⁴ Åhman har gjort samma iakttagelse.⁴⁵ Hon menar också att förarbeten fått mindre betydelse som rättskälla, medan prejudikat fått större betydelse.⁴⁶

Tolkningsmetoden av de ofta kortfattade materiella bestämmelserna i konventionen är dynamisk. Allmänna principer som exempelvis proportionalitetsprincipen och avvägningar mellan olika intressen präglar rättsbildningen på ett märkbart sätt. Vid tolkning och tillämpning av Europakonventionen åberopar och tillämpar Europadomstolen ofta äldre praxis. I övrigt använder domstolen en tolkning baserad på semantik, kontext och enhetlighet.⁴⁷ Bestämmelsernas ordalydelse ska tolkas i sitt sammanhang och i ljuset av deras ändamål. Särskild vikt fästs vid fri- och rättigheternas funktion i samhället, vilket innebär att deras innebörd kan komma att utvecklas i takt med samhällsutvecklingen.⁴⁸ Detta medför att konventionens förarbeten har relativt låg betydelse, eftersom de är gamla och tillkom i en miljö där merparten av de nutida konventionsstaterna inte var delaktiga.⁴⁹ Huruvida det finns en europeisk konsensus tillmäts också stor vikt. Konventionen ska få genomslag i praktiken och får inte vara illusorisk eller teoretisk.⁵⁰ Principen om staternas bedömningsmarginal behandlas i avsnitt 3.4.

1.5.3 Särskilt om EU-rättslig metod

Sverige är medlem i EU (jfr 1 kap. 10 § RF).⁵¹ Unionsrätten gör, till skillnad från Europakonventionen, anspråk på att vara överstatlig.⁵² Den utgör följaktligen en ” (...) egen, självständig och sammanhållen rättsordning”.⁵³

⁴⁴ Bernitz (2012) s. 76.

⁴⁵ Åhman (2019) s. 48.

⁴⁶ A.a. s. 22 f.

⁴⁷ Gerards (2019) s. 78.

⁴⁸ Danelius (2015) s. 55.

⁴⁹ Gerards (2019) s. 84 f.

⁵⁰ Åhman (2019) s. 98 f.

⁵¹ Jfr även lag (1994:500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

⁵² Bernitz (2012) s. 57.

⁵³ Bernitz & Kjellgren (2018) s. 184.

Den har en egen rättskällelära bestående av *primärrätt* och *sekundärrätt*. Primärrätten utgörs av fördraget om Europeiska unionen (FEU), fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och EU-stadgan, vilka tillsammans utgör unionens grundläggande rättskällor. Även vissa grundläggande principer har stark status i rättskälleläran och kompletterar primärrätten.⁵⁴ Precis som inom konventionsrätten har exempelvis proportionalitetsprincipen en framträdande roll inom EU.⁵⁵ Enskildas fri- och rättigheter har också en stark ställning.⁵⁶

Sekundärrätten befinner sig längre ner i normhierarkin och består av de unionsrättsliga normgivarnas regelverk, främst förordningar och direktiv (jfr artikel 288 FEUF).⁵⁷ Praxis från EU-domstolen är bindande enligt principen om *stare decisis*. Domstolen kan emellertid ändra sin egen praxis.⁵⁸ Domstolsavgöranden är särskilt betydelsefulla inom unionen då de bidrar till en enhetlig rättstillämpning och är ett starkt komplement till den kodifierade rätten. Domstolen använder en ändamålsinriktad tolkning av bestämmelser i syfte att säkerställa unionsrättens verkan och utveckling.⁵⁹ Denna teleologiska tolkningsmetod är dock inte den enda som används. Textens ordalydelse och sammanhang är också viktiga element vid tolkningen av unionsrättsliga bestämmelser. Eftersom unionsrätten finns på flera språk beaktas även texters olika lydelse i olika språkversioner.⁶⁰ Den semantiska innebörden fastställs vidare i ljuset av de allmänna rättsprinciperna, varför domstolen ofta försöker tolka föreskrifter i konformitet med de allmänna principerna.⁶¹ Hur EU-direktiv ska implementeras och tolkas av medlemsstaterna behandlas i avsnitt 4.4.1.

⁵⁴ Hettne & Otke Eriksson (2011) s. 40 ff.

⁵⁵ A.a. s. 62 f.

⁵⁶ Bernitz (2012) s. 76.

⁵⁷ Bernitz & Kjellgren s. 50 och 56 ff.

⁵⁸ Hettne & Otke Eriksson (2011) s. 40.

⁵⁹ A.a. s. 51.

⁶⁰ A.a. s. 159.

⁶¹ A.a. s. 163.

Unionsrätten har företrädare framför nationell rätt, något som EU-domstolen angett vid upprepade tillfällen.⁶² Exakt hur långt företrädet sträcker sig eller vad det innebär i detalj är emellertid omdiskuterat.⁶³ Unionsrätten utgör vidare en del av varje medlemsstats inhemska rättsordning.⁶⁴ Begrepp ska ges en autonom betydelse inom hela unionen oberoende av staternas egna definitioner.⁶⁵ Precis som Europakonventionen medför unionsrätten att svenska förarbeten och praxis kan behöva frångås.⁶⁶

1.5.4 Material

Med anledning av den rättsdogmatiska metoden består uppsatsens underlag av rättskällorna. Förutom svenska lagar, unionsrättsliga rättsakter och Europakonventionen används rättspraxis i särskilt stor utsträckning. Skälet till detta är främst att de frågeställningar som uppsatsen ämnar besvara ställs på sin spets i domstolsavgöranden (jfr avsnitt 4.2 och 4.3). Trots att Nationalencyklopedin inte är en rättskälla har den använts i den utsträckning det behövts för att förklara begrepp, exempelvis media, som saknar en rättslig definition.

De prejudikat som används är både svenska, unionsrättsliga och konventionsrättsliga. De har valts baserat på dess relevans för uppsatsens ämne. I princip alla prejudikat som kunnat hittas på området har använts i utredningen. Avgöranden som förvisso inte handlar specifikt om uppsatsens ämne har också använts i den mån de har gemensamma beröringspunkter. Jag vill påpeka att ett par avgöranden från Europadomstolen endast finns på franska. Jag har därför använt domstolens egen sammanfattning på engelska. I övrigt har jag försökt att använda storkammaravgöranden från Europadomstolen i så stor utsträckning som möjligt, eftersom dessa avgöranden syftar till att besvara principiellt viktiga frågor inom

⁶² Se t.ex. C-516/17 (Spiegel Online) p. 19 och C-399/11 (Melloni) p. 59.

⁶³ Se t.ex. Reichel (2013) s. 111 f.

⁶⁴ Hettne & Otke Eriksson (2011) s. 174.

⁶⁵ Bernitz & Kjellgren (2018) s. 210.

⁶⁶ Jfr prop. 2004/05:110 s. 56 och 71 samt Juno, Lexino, lagkommentar till 2 § URL, Olin, 2019-12-30 och C-466/12 (Svensson m.fl.).

konventionsrätten.⁶⁷ Med anledning av uppsatsens immaterialrättsliga inriktning används inte bara HD:s utan även PMÖD:s praxis. Vidare har ett förslag till avgörande från EU-domstolens generaladvokat används i syfte att fördjupa förståelsen av olika synsätt på unionsrättsliga problem. Avgränsningen till nyhetsförmedling innebär inte att rättsfall som förvisso inte har något med media att göra är irrelevanta. Sådana rättsfall ingår därför i uppsatsen.⁶⁸

Litteraturen utgör ett stort underlag för uppsatsen. Två författare som särskilt sticker ut är Bernitz och Rosén. Bernitz därför att han skrivit ett flertal böcker om både immaterialrätt och europarätt. Rosén därför att han skrivit ett par artiklar om just konflikten mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet. Roséns artiklar är dock lite äldre och tar således inte hänsyn till nya prejudikat på området. Majoriteten av artiklar har hittats genom sökning på juridiska databaser. I övrigt används doktrinen främst för att förklara och systematisera olika frågor som aktualiseras i uppsatsen.

1.6 Forskningsläge

Konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering är inte ett nytt rättsligt problem.⁶⁹ Som redan framgått är det inte heller ett problem enbart i Sverige utan även internationellt,⁷⁰ särskilt inom EU.⁷¹ Tills på sistone har konflikten emellertid inte varit ofta förekommande i rättspraxis. Med undantag för två svenska rättsfall innan millennieskiftet och ett från Europadomstolen 2013,⁷² är samtliga avgöranden från PMÖD, HD och EU-domstolen som direkt berör ämnet mindre än två år gamla. Diskussionen om ämnet i litteraturen är inte överväldigande, gissningsvis av just den anledningen att majoriteten av

⁶⁷ Jfr van Dijk m.fl. (2018) s. 90.

⁶⁸ Jfr t.ex. Ashby Donald and Others v. France.

⁶⁹ Jfr NJA 1985 s. 893 (Manifestmålet).

⁷⁰ Jfr t.ex. Bruun Andersen (2018) s. 15 f och Goldberg m.fl. (2009) s. 209 f.

⁷¹ Jfr C-516/17 (Spiegel Online) och C-469/17 (Funke Medien).

⁷² Jfr NJA 1985 s. 893 (Manifestmålet), NJA 1998 s. 838 och Ashby Donald and Others v. France.

prejudikaten är relativt nya. Det finns dock några artiklar som skrevs innan de nya rättsfallen meddelades. I ljuset av rättspraxis från 1980- och 1990-talet⁷³ ansåg Liv Bernitz att lagstiftningen brast i avvägningshänseende.⁷⁴ 2016 föreslog Bengtsson, med beaktande av EU-domstolens dåvarande praxis och Europadomstolens praxis, att domstolarna bör göra en nyanserad helhetsbedömning baserad på omständigheterna i det enskilda fallet.⁷⁵ Som angavs i föregående avsnitt har också Rosén visat intresse för ämnet, dock utan särskild inriktning mot medier.⁷⁶ Fallet med riksdagsledamoten som prövats av HD har översiktligt kommenterats i Nordiskt immateriellt rättsskydd (NIR).⁷⁷ Forskningsläget kommer inom den närmsta framtiden förmodligen påverkas påtagligt av ny rättspraxis på området (jfr avsnitt 4.3).

1.7 Disposition

I uppsatsens andra avsnitt redogörs för grundläggande upphovsrättsliga regler med urval för de som är relevant för uppsatsens ämne. Här ingår både infocodirektivets och URL:s inskränkningar vid nyhetsrapportering. Därefter beskrivs i avsnitt 3 yttrande- och informationsfrihetens reglering, inbegripet ett avsnitt om mediernas viktiga roll för det demokratiska samhället. Särskilt Europadomstolens praxis är framträdande i detta avseende. Efter att uppsatsens två grundpelare har behandlats, redogörs för relationen mellan dem i avsnitt 4. Först framförs en allmän beskrivning av konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet, följt av en översiktlig redogörelse för äldre praxis på området. Därefter refereras ny rättspraxis, varav två prejudikat från EU-domstolen och ett från HD. Sedan analyseras rättsläget i avsnitt 4.4. och 4.5 med utgångspunkt i uppsatsens

⁷³ Jfr NJA 1985 s. 893 (Manifestmålet) och NJA 1998 s. 838.

⁷⁴ Bernitz, *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision – Om upphovsrättsliga yttrandefrihetsbegränsningar och offentlighetsprincipens genomslag*. SvJT 2000 s. 358.

⁷⁵ Bengtsson (2016) s. 126 f.

⁷⁶ Jfr exempelvis Rosén, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*. NIR 2007 s. 1–10.

⁷⁷ Jfr Rosén, Jan, *Informationsfrihet eller respekt för upphovsrätten – järnrörsmålet redo för Högsta domstolens prövning*. NIR 2019 W14; Hammarén, *Järnrörsmålet i HD – yttrandefriheten får stå tillbaka för upphovsrätten*. NIR 2020 W 2.

frågeställningar och i ljuset av ny rättspraxis. Slutligen avslutas uppsatsen i avsnitt 5, där mina slutsatser och reflektioner kring rättsläget sammanfattas.

2 Upphovsrätt

2.1 Bakgrund

Författare och konstnärers rätt härrör från privilegier som grundades vid boktryckarkonstens uppkomst.⁷⁸ Upphovsrätten anses främja det konstnärliga och andliga skapandet och bidra till samhällets sociala, kulturella och ekonomiska utveckling. De rättigheter som skyddet tillför motiveras delvis av finansiella skäl, då de ekonomiska fördelarna som följer av ensamrätten både möjliggör och uppmuntrar investeringar och avkastning, vilka kräver ett effektivt rättsligt skydd. Utan möjlighet till ekonomisk ersättning för prestationer eller kontroll över alstrets utnyttjande försvinner drivkraften att skapa.⁷⁹ Upphovsrättsligt skydd är en oerhört viktig tillgång i vissa företag och branscher, t.ex. filmindustrin, och bidrar till samhällsekonomin på ett väsentligt sätt.⁸⁰ Detta gäller inte minst inom EU, där immateriella rättigheter har stor ekonomisk betydelse.⁸¹

Eftersom skyddade alster enkelt rör sig mellan staters gränser har upphovsrätten en påtaglig internationell prägel.⁸² Till följd av bl.a. infosocdirektivet är upphovsrätten till viss del harmoniserad inom unionsrätten.⁸³ Innan EU ingick dessutom en stor mängd stater samarbete genom t.ex. Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Bernkonventionen), som låg till grund för URL när den tillkom på 1960-talet.⁸⁴

⁷⁸ Prop. 1960:17 s. 28.

⁷⁹ SOU 1956:25 s. 34 f och s. 45; Olsson (2018) s. 41; jfr Bernitz m.fl. (2017) s. 7 f; Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till URL, 2018-12-01.

⁸⁰ Olsson (2018) s. 46 f; Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till URL, Adamsson m.fl., 2018-12-01.

⁸¹ Lebeck (2016) s. 372; jfr även skäl 10 i infosocdirektivet.

⁸² Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till URL, 2018-12-01.

⁸³ Juno, Lexino, lagkommentarerna till 1 och 2 §§ URL, Olin, 2019-12-30.

⁸⁴ Se SOU 1956:25 och prop. 1960:17.

2.2 Status som grundläggande rättighet

Det upphovsrättsliga skyddet är grundlagsstadgat genom 2 kap. 16 § RF som föreskriver att författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag. Upphovsrätten återfinns inte bland rättigheter som kan inskränkas i RF, men av ordalydelsen i paragrafen följer att rätten till verk föreligger ” (...) enligt bestämmelser som meddelas i lag”. Bestämmelsen anger således ingenting om upphovsrättens innehåll, utan endast att det ska finnas lagregler om upphovsinnehavares rätt.⁸⁵ Av förarbetena till RF framgår dessutom att upphovsrättens innehåll är dynamiskt och helt beroende av innehållet i relevanta rättsregler.⁸⁶ Ordet ”verk” i bestämmelsen har en mer extensiv innebörd än vad den har i upphovsrättslig lagstiftning, t.ex. omfattas fotografiska bilder.⁸⁷ Närstående rättigheter som innehas av fonogramframställare eller radioföretag omfattas dock inte av bestämmelsen.⁸⁸

Upphovsrätten omfattas även av skyddet för egendom i artikel 1 första tilläggsprotokollet till Europakonventionen.⁸⁹ Inom EU tillkommer skyddet genom artikel 17.2 EU-stadgan som föreskriver att immateriell egendom, inbegripen upphovsrätt, ska vara skyddad. Stadgandet har tolkats som att unionen har en skyldighet att stifta normer om immaterialrättsligt skydd. Som redan angetts är upphovsrätten i dag till stor del harmoniserad inom unionens sekundärrätt.⁹⁰

Mot bakgrund av att upphovsrättens innebörd i dessa rättighetskomplex är något vag, och till stor del bestäms av civilrättsliga regler, finns det en diskussion om den verkligen är en grundläggande rättighet. Kreativt skapande som skyddas av upphovsrätt kan t.ex. dels betraktas som ett sätt att utnyttja

⁸⁵ Juno, Lexino, lagkommentar till 2 kap. 16 § RF, Jermsten, 2018-01-01.

⁸⁶ Prop. 1975/76:209 s. 129.

⁸⁷A.a. s. 159.

⁸⁸ A.a. s. 129.

⁸⁹ Maunsbach & Wennersten (2018) s. 57; se även *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, *Melnychuk v. Ukraine* och *Ashby Donald and others v. France*.

⁹⁰ Lebeck (2016) s. 372 f.

yttrande- och informationsfriheten, dels som en inskränkning av dessa (jfr avsnitt 4.1).⁹¹ Vidare kan upphovsrätten ses som endast egendom. Diskussionen i doktrinen är ganska omfattande och ska inte utförligare redogöras för här.⁹²

2.3 Skyddsobjekt

Enligt 1 § första stycket URL har den som skapar ett litterärt eller konstnärligt verk upphovsrätt till verket. Skyddsobjektet kan vara skönlitterärt eller beskrivande verk, datorprogram, filmverk, fotografiskt verk, brukskonst o.s.v. Listan som ges i lagtexten är inte uttömmande, vilket följer av första stycket sjunde punkten. Så länge det är ett litterärt eller konstnärligt verk kan det vara skyddat. Det finns inte något krav på en viss nivå av estetik eller liknande.⁹³ Till *litterära* verk räknas böcker, artiklar, uppsatser, reportage, protokoll, datorprogram m.m. *Konstnärliga* verk är musik, filmer, konstverk så som t.ex. målningar och fotografier (bildkonst), sceniska framföranden o.s.v.⁹⁴ Vissa bestämmelser i URL gäller enbart vissa typer av verk. Vad som skyddas av upphovsrätten är alltså inte idéer eller motiv utan skaparens *individuella utformning av alstret*.⁹⁵

URL innehåller också bestämmelser om skydd till närstående rättigheter. Reglerna om närstående rättigheter är tillämpliga på alster som visserligen inte uppfyller förutsättningarna för upphovsrättsligt skydd men likväl anses vara skyddsvärda, eftersom samma intressen av att kunna kontrollera prestationerna aktualiseras.⁹⁶ De närstående rättigheterna är aningen svåröverskådliga och hur långtgående skyddet är varierar.⁹⁷ Exempel på närstående rättigheter är ljud- och bildupptagningar och fotografiska bilder (jfr 46 och 49 a §§ URL).

⁹¹ Jfr Wennersten (2014) s. 63 f; Rosén (2004) s. 357 f.

⁹² Jfr Wennersten (2014) s. 63–66.

⁹³ Levin & Hellstadius (2019) s. 72.

⁹⁴ Levin & Hellstadius (2019) s. 74; Bernitz m.fl. (2017) s. 52 f.

⁹⁵ Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 1 § URL, Olsson & Rosén, 2018-12-01.

⁹⁶ Olsson (2018) s. 321 f; Maunsbach & Wennersten (2018) s. 126.

⁹⁷ Jfr Levin & Hellstadius (2019) s. 107 ff.

2.4 Ekonomisk ensamrätt

Till skyddet kommer en ensamrätt som innebär att i princip ingen annan än rättsinnehavaren får utnyttja alstret utan dennes samtycke.⁹⁸ Av 2 § första stycket URL följer att ensamrätten innebär en uteslutande rätt för rättsinnehavaren att *framställa exemplar* av verket och göra verket *tillgängligt för allmänheten*, vilka utgör de centrala förfoganderätterna för upphovsrätten och benämns ofta den *ekonomiska* ensamrätten.⁹⁹ Skyddet är extensivt och betraktas som en förmögenhetsrätt.¹⁰⁰ Föremålet för ensamrätten är alltid skyddsobjektet.¹⁰¹ Åtgärder som faller utanför ensamrätten kräver inte rättsinnehavarens samtycke.¹⁰² Vad som är upphovsrättsintrång och inte bestäms av ensamrättens omfattning.¹⁰³

Av 2 § andra stycket URL följer att exemplarframställning innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar, oavsett i vilken form det sker eller vilken metod som används och oavsett om det skett helt eller delvis. Exemplarrätten innefattar således både kopior som görs i fysisk form och digitala kopior i en dator.¹⁰⁴ Av 2 § tredje stycket URL följer att verk kan göras tillgängligt för allmänheten på fyra sätt: överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning av exemplar till allmänheten. Med *allmänheten* avses en inte obestämd, ganska stor, krets av personer. Det ska alltså inte handla om en relativt liten eller obetydlig grupp. En helhetsbedömning ska göras i varje enskilt fall.¹⁰⁵

Bestämmelserna om ensamrätten för verk kan också vara tillämpliga på närstående rättigheter. Exempelvis anger 49 a § fjärde stycket URL, som föreskriver skydd för fotografiska bilder, att 2 § andra-fjärde styckena ska

⁹⁸ Bernitz m.fl. (2017) s. 73.

⁹⁹ Levin & Hellstadius (2019) s. 134 f; SOU 1956:25 s. 85 f; prop. 1960:17 s. 51 f; prop. 2004/05:100 s. 38.

¹⁰⁰ Levin & Hellstadius (2019) s. 140 f.

¹⁰¹ Prop. 1996/97:111 s. 17.

¹⁰² Juno, Lexino, lagkommentar till 2 § URL, Olin, 2019-12-30.

¹⁰³ Levin & Hellstadius (2019) s. 173 ff.

¹⁰⁴ Levin & Hellstadius (2019) s. 135.

¹⁰⁵ Juno, Lexino, lagkommentar till 2 § URL, Olin, 2019-12-30, jfr även NJA 2012 s. 975 p. 37–38, C-89/04 (Mediakabel) p. 30 och C-192/04 (Lagardère Active Broadcast) p. 31.

tillämpas avseende sådana alster. Vidare stadgar 46 § URL fjärde stycket, som reglerar skyddet för ljud- och bildupptagningar, att 2 § andra-fjärde styckena ska tillämpas även för dessa prestationer.

2.5 Inskränkningar

2.5.1 Allmänt

Det finns upphovsrättsliga inskränkningar som begränsar den ekonomiska ensamrätten. Inskränkningarna återspeglar en avvägning mellan rättsinnehavares intressen och motstående, betydande samhällsintressen.¹⁰⁶ Inskränkningsregler ska generellt sett tolkas restriktivt.¹⁰⁷ Skälet till detta är att ensamrätterna är förmögenhetsrätter som förtjänar ett starkt rättsligt skydd för att främja skapande och rättsinnehavarnas ekonomiska intressen.¹⁰⁸ Inskränkningarna i URL och infosocdirektivet är uttömmande.¹⁰⁹ Trots detta kan upphovsrätten i vissa fall begränsas av andra regler än upphovsrättsliga, exempelvis straffrättsliga grundsatser.¹¹⁰

2.5.2 Inskränkningar vid nyhetsrapportering

2.5.2.1 Infosocdirektivet

Av artikel 5.3 c) infosocdirektivet framgår en inskränkning av ensamrätten vid nyhetsrapportering. Bestämmelsens andra alternativ anger att medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar från ensamrätten vid användning av *verk eller andra alster i samband med nyhetsrapportering*, i den utsträckning som är *motiverad med hänsyn till informationssyftet* och förutsatt att *källan*, inbegripet upphovsmannens namn, anges, *om inte detta visar sig vara omöjligt*.

¹⁰⁶ Levin & Hellstadius (2019) s. 191; Bernitz m.fl. (2017) s. 102.

¹⁰⁷ NJA 1986 s. 702; SvJT 2000 s. 340; C-516/17 (Spiegel Online) punkt 53; jfr även Levin & Hellstadius (2019) s. 192 f.

¹⁰⁸ Prop. 1992/03:214 s. 41 f; prop. 2004/05:110 s. 83.

¹⁰⁹ Olsson (2018) s. 148; skäl 32 infosocdirektivet.

¹¹⁰ Jfr HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 19.

Det väsentliga rekvisitet för inskränkningens tillämpning är nyhetsrapportering. EU-domstolen har gett rekvisitet två komponenter. *Rapportering* är en handling som lämnar uppgifter om en nyhetsändelse. Ett tillkännagivande räcker inte för att det ska vara ”rapportering”, men en utförlig analys av händelsen krävs inte heller. *Nyhet* är en händelse som vid tidpunkten för rapportering är av informationsintresse för allmänheten.¹¹¹ Inskränkningen är sett till ordalydelsen fakultativ, d.v.s. medlemsstaterna får införliva bestämmelsen i sin lagstiftning.

Enligt EU-domstolen ska inskränkningar tolkas restriktivt, samtidigt som deras ändamålsenliga verkan måste säkerställas.¹¹² Artikel 5.5, den s.k. trestegsregeln, föreskriver att inskränkningarna endast får tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av alstret och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen. Regeln innebär att inskränkningar ska vara tydligt preciserade och avgränsade, samt inte konkurrera med rättsinnehavarens rätt att ekonomiskt exploatera sitt alster. Vidare ska inskränkningen i ensamrätten motiveras av ett starkare motstående intresse, där en proportionalitetsbedömning ska göras.¹¹³

2.5.2.2 Pressens lånerätt

En inskränkning med hänsyn till tidningars behov av att rapportera om nyheter har funnits sedan URL:s tillkomst 1960-talet och härrör från Bernkonventionen. Den benämns ofta *pressens lånerätt*.¹¹⁴ Regeln anses motsvara konstverkens citaträtt,¹¹⁵ och syftet är att tillgodose allmänhetens och pressens debatt- och informationsintresse. Den återfinns i 23 § första stycket tredje punkten URL och anses implementera artikel 5.3 c) infosöcdirektivet.¹¹⁶ Lagtexten föreskriver att *offentliggjorda konstverk* får

¹¹¹ C-516/17 (Spiegel Online) p. 64–67.

¹¹² C-145/10 (Painer) p. 133.

¹¹³ NJA 2016 s. 212 p. 12.

¹¹⁴ Jfr SOU 1956:25 s. 204–208 och Juno, Lexino, lagkommentar till 23 § URL, Olin, 2020-02-18.

¹¹⁵ Ds 2003:34 s. 242; SOU 1956:25 s. 204.

¹¹⁶ Ds 2003:35 s. 242; Prop. 2004/05:110 s. 217 och 223 f; Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 23 § URL, Olsson & Rosén, 2018-12-01.

återges i en *tidning* eller *tidskrift* i samband med en *redogörelse för en dagshändelse*, dock inte om verket har skapats för att återges i en sådan publikation. Enligt andra stycket får återgivningen endast ske i överensstämmelse med *god sed* och i den *omfattning som motiveras av ändamålet*. Bestämmelsens innehåll ansågs motsvara artikel 5.3 c) infosocdirektivet och behövde därför inte ändras.¹¹⁷

Till att börja med bör påpekas att även om bestämmelsen enligt ordalydelsen endast gäller konstverk så hänvisar ett flertal paragrafer om närstående rättigheter till 23 § URL, varför även sådana alster som förvisso inte är konstverk kan omfattas av inskränkningsregeln (jfr exempelvis 49 a § fjärde stycket URL). Detta gäller emellertid inte samtliga närstående rättigheter, exempelvis ljud- och bildupptagningar (jfr 46 § tredje stycket URL). Även om närstående rättigheter inte är helt harmoniserade genom infosocdirektivet följer det av PMÖD:s praxis att bestämmelser i URL som implementerar direktivets inskränkningar likväl ska tillämpas på närstående rättigheter.¹¹⁸

Kravet på offentliggörande hänför sig till 8 § första stycket URL, som anger att verket är offentliggjort när det lovligen gjorts tillgängligt för allmänheten. Med *lovligen* avses att det skett antingen av upphovsinnehavarens själv, med dennes samtycke eller med stöd av en inskränkingsregel i URL. *Tillgängliggjort för allmänheten* bestäms av 2 § URL.¹¹⁹ Rekviritet *återges* innefattar såväl exemplarframställning som tillgängliggörande för allmänheten (jfr avsnitt 2.4). Det är inte begränsat till tryckt form, utan även digitala återgivanden omfattas.¹²⁰

Med *tidning* eller *tidskrift* avses enligt förarbetena periodiska publikationer samt dess bilagor.¹²¹ Adamsson m.fl. menar att med *tidning* eller *tidskrift* torde avses periodiska skrifter enligt TF:s bestämmelser.¹²² I förarbetena

¹¹⁷ Ds 2003:35 s. 242 och prop. 2004/05:110 s. 223 f.

¹¹⁸ PMÖD mål nr PMT 722–17.

¹¹⁹ Prop. 1960:17 s. 86 f; SOU 1956:25 s. 162 f.

¹²⁰ Prop. 2004/05 :110 s. 217.

¹²¹ SOU 1956:25 s. 206 ; Prop. 2004/05:110 s. 218.

¹²² Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 23 § URL, Adamsson m.fl., 2018-07-01.

anges emellertid att TF:s regler inte ska tillämpas avseende dessa rekvisit,¹²³ vilket även PMÖD har konstaterat.¹²⁴ Det ska emellertid handla om en skrift som ges ut med viss periodicitet. Böcker omfattas alltså inte. Vid genomförandet av infocoddirektivet angavs att rekvisiten inte enbart omfattar skrifter i analog form, utan även digitala sådana omfattas.¹²⁵ Detta har upprätthållits i PMÖD:s praxis, som till och med inkluderat länkar via sociala medier som en förlängning av begreppet tidning. Syftet med rekvisitet är att begränsa regeln till någon form av journalistisk verksamhet.¹²⁶ För att tillgodose kravets syfte om en skälig balans mellan egendomsintresset och informationsintresset ska det enligt PMÖD göras en bedömning i varje enskilt fall huruvida ett återgivande är hänförligt till journalistisk verksamhet.¹²⁷

Rekvisitet *dagshändelse* är inte definierat i lagtexten. Förarbetena anger att det ska handla om *aktuella* händelser.¹²⁸ Händelsen som sådan behöver inte ha med konstverket att göra, utan regeln är generellt tillämplig på alla slags områden.¹²⁹ Med hänsyn till ändamålet bakom bestämmelsen ska informationsintresset beaktas vid tolkningen av rekvisitet. Av detta följer vidare att tidsaspekten får betydelse för vad som kan utgöra en aktuell händelse. Enligt PMÖD avser tidsaspekten den tidpunkt då händelsen fick ett informationsintresse, inte när den ägde rum.¹³⁰

Bestämmelsen är inte tänkt att tillämpas på nyhetsförmedling där ett konstverk används i rent illustrativt syfte. Det följer av kravet på god sed att det måste finnas en viss anknytning mellan verket och dagshändelsen i fråga.¹³¹ God sed förekommer även i 3 och 11 §§ URL. Enligt förarbetena ska rekvisitet både upprätthålla befintlig, godtagbar sedvänja samt bidra till

¹²³ Prop. 1960:17 s. 121 f; Prop. 2004/05:110 s. 218.

¹²⁴ PMÖD mål nr PMT 722–17.

¹²⁵ Prop. 2004/05:110 s. 224.

¹²⁶ SOU 1956:25 s. 207 f; prop. 1960:17 s. 122 f; PMÖD mål nr PMT 722–17; jfr även avsnitt 3.5 om begreppet *journalism*.

¹²⁷ PMÖD mål nr PMT 722–17.

¹²⁸ SOU 1956:25 s. 208; prop. 2004/05:110 s. 223.

¹²⁹ Prop. 2004/05:110 s. 218; prop. 1960:17 s. 123; PMÖD mål nr PMT 722–17.

¹³⁰ PMÖD mål nr PMT 722–17.

¹³¹ Prop. 1992/93: 214 s. 97; Juno, Lexino, lagkommentar till 23 § URL, Olin, 2019-12-30.

sedvanebildning om sådan saknas.¹³² Vad gäller kravet på att återgivningen får ske endast i den mån som motiveras av ändamålet anger förarbetena att rekvisitet avser *antalet* konstverk som får återges,¹³³ vilket upprätthållits i PMÖD:s praxis.¹³⁴

2.5.2.3 Reportagerätten

Utöver pressens lånerätt finns ytterligare en inskränkning som uttryckligen tar sikte på nyhetsrapportering. Bestämmelsen kallas *reportagerätten* och har precis som pressens lånerätt funnits sedan URL:s tillkomst.¹³⁵ Det återfinns i 25 § URL, som anger att *verk* som *syns eller hörs under en dagshändelse* får återges vid information om dagshändelsen genom *ljudradio, television, direkt överföring* eller *film*. Verken får dock återges endast i den omfattning som *motiveras av informationssyftet*.

Regeln skiljer sig från 23 § URL såtillvida att dels behöver alstret inte vara offentliggjort, dels är tillämpningsområdet i viss mån snävare, eftersom det handlar om alster som *syns eller hörs under* en dagshändelse. Vidare omfattas även fler medier än av pressens lånerätt.¹³⁶ Bestämmelsen ger tillåtelse att både spela in och visa verk, förutsatt att övriga rekvisit är uppfyllda. Regeln är dock inte tillämplig om visningen i sig utgör dagshändelsen.¹³⁷ Den är vidare tillämplig på *verk* i allmänhet. Vissa närstående rättigheter omfattas också, t.ex. ljud- och bildupptagningar och fotografiska bilder (jfr 46 § tredje stycket och 49 a § fjärde stycket URL). Rekvisitet om informationssyftet innebär i praktiken att endast korta avsnitt får återges.¹³⁸

Vid genomförandet av infocodirektivet ansågs 25 § URL inte behöva ändras med anledning av artikel 5.3 c).¹³⁹ Syftet med regeln är att underlätta för

¹³² Prop. 1992/93:214 s. 65 och 71.

¹³³ SOU 1990:30 s. 467, 484 och 593; Prop. 1992/93: 214 s. 97.

¹³⁴ Jfr PMÖD mål nr PMT 722–17.

¹³⁵ Jfr prop. 1960:17 s. 142 ff.

¹³⁶ Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 25 § URL, Olsson & Rosén, 2018-12-01.

¹³⁷ Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 25 § URL, Adamsson m.fl., 2018-07-01.

¹³⁸ A.a.

¹³⁹ Ds 2003:35 s. 256 f; prop. 2004/05:110 s. 230 ff.

nyhetsförmedlingen och främja informationsintressen, då det kan vara svårt att efterforska och klargöra samtliga upphovsrättsliga intressen som aktualiseras vid ett reportage. Rättsinnehavare torde dessutom inte ha något emot att deras alster utnyttjas på detta sätt. Regeln innehåller inte någon kvantitativ begränsning. Återgivandet får bara ske angående den dagshändelse som informationen avser och får inte heller ske i illustrativt syfte. Alstren måste synas eller höras under den ifrågavarande händelsen.¹⁴⁰

2.6 Sanktioner

Upphovsrättsintrång kan medföra flera sanktioner. Inom civilrätten har EU antagit Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (sanktionsdirektivet), vars bestämmelser har implementerats i svensk lag. De straffrättsliga sanktionerna är dock inte harmoniserade i unionsrätten (jfr skäl 28 och artikel 2.3 b) sanktionsdirektivet).¹⁴¹ Av 53 § URL följer att den som gör intrång kan dömas till brott. Av 54 § URL följer att ersättningskyldighet också aktualiseras. Detta gäller såväl verk som närstående rättigheter (jfr 57 § URL).

¹⁴⁰ Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 25 § URL, Olsson & Rosén, 2018-12-01; jfr HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 28.

¹⁴¹ Jfr lag 2009:109 och prop. 2008/09:67.

3 Yttrande- och informationsfrihet

3.1 Yttrandefrihet

Yttrandefriheten är okontroversiell och grundläggande för det demokratiska samhället.¹⁴² Den ger människor frihet att upplysa sig om allt ifrån idéer, information, personlig frihet, åsiktsbildning o.s.v. Yttrandefriheten bejaktar samhällets utveckling, och kan anses som den viktigaste av de grundläggande fri- och rättigheterna. Med tanke på dess bredd kommer emellertid yttrandefriheten enkelt i konflikt med andra rättigheter och intressen.¹⁴³

Yttrandefriheten framgår av 2 kap. 1 § första stycket första punkten RF. Där anges att var och en gentemot det allmänna är tillförsäkrad frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor. Att yttrandefriheten tillkommer var och en följer även av artikel 10.1 Europakonventionen. Konventionen stadgar att denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning. Lydelsen i artikel 11 EU-stadgan är i princip identisk med och motsvarar artikel 10 Europakonventionen.¹⁴⁴ EU-stadgan anger dock uttryckligen att mediernas frihet och mångfald ska respekteras.

3.2 Informationsfrihet

Informationsfriheten kan ses som yttrandefrihetens spegelbild, då friheterna korresponderar med varandra.¹⁴⁵ Enligt 2 kap. 1 § första stycket andra punkten RF är var och en gentemot det allmänna tillförsäkrad friheten att inhämta och ta emot upplysningar samt att i övrigt ta del av andras yttranden.

¹⁴² Jfr SOU 1972:15 s. 155 och prop. 1975/76:209 s. 108 f.

¹⁴³ Funcke (2019) s. 24.; Danelius (2015) s. 457 f; Handyside v. The United Kingdom p. 49.

¹⁴⁴ Jfr Lebeck (2016) s. 324.

¹⁴⁵ Prop. 1975/76:209 s. 110; Danelius (2015) s. 458.

Stadgandet anses tillförsäkra rätten att bereda sig tillgång till information på flera olika sätt, t.ex. genom radio, television och bibliotek. Informationsfriheten är en handlingsfrihet för den enskilde, inte en rätt att kräva prestation av ett offentligt organ.¹⁴⁶ Den innefattar inte rätten att inskaffa information genom en gärning som är straffbelagd, t.ex. inbrott.¹⁴⁷

Just begreppet *informationsfrihet* framgår inte uttryckligen av artikel 10.1 Europakonventionen men ingår likväl i bestämmelsen, då den uttryckligen stadgar en rätt att ta emot och sprida uppgifter.¹⁴⁸ I EU-stadgan förekommer dock begreppet uttryckligen i rubriken ovanför artikel 11. Det principiella synsättet om yttrande- och informationsfriheten som två sidor av samma mynt återfinns således i RF, Europakonventionen och EU-stadgan. Kärnan i informationsfriheten är rätten att ta emot och sprida uppgifter utan censur eller annan myndighetsinblandning.¹⁴⁹

3.3 Tillämplighet *ratione personae*

En viktig fråga är huruvida *var och en* i 2 kap. 1 § RF omfattar både fysiska och juridiska personer. Skyddet gäller i första hand fysiska personer. Enligt Derlén m.fl. omfattas även juridiska personer, förutsatt att rättigheten i fråga kan åtnjutas av dessa.¹⁵⁰ I förarbetena anges att reglerna i 2 kap. RF gäller juridiska personer när det med hänsyn till bestämmelsens innehåll ” (...) framstår som naturligt”, t.ex. vid ersättning för expropriation.¹⁵¹ Enligt Bull och Sterzel omfattas juridiska personer förutsatt att de rent faktiskt kan åtnjuta rättigheten i fråga.¹⁵² Åhman hävdar vidare att just yttrandefriheten omfattar

¹⁴⁶ Jfr prop. 1975/76:209 s. 110; SOU 1972:15 s. 156.

¹⁴⁷ Juno, Lexino, lagkommentar till 2 kap. 1 § RF, 2019-07-01; Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 2 kap. 1 §, 2019-01-01.

¹⁴⁸ Danelius (2015) s. 458 och s. 510; jfr även *Observer and Guardian v. The United Kingdom*.

¹⁴⁹ Jfr Lebeck (2016) s. 324.

¹⁵⁰ Derlén m.fl. (2016) s. 261 ff.

¹⁵¹ Prop. 1975/76:209 s. 141.

¹⁵² Bull & Sterzel (2019) s. 58.

sammanslutningar av enskilda.¹⁵³ Artikel 10 Europakonventionen skyddar precis som artikel 11 EU-stadgan även juridiska personer.¹⁵⁴

En annan fråga är vad som avses med det *allmänna* i 2 kap. 1 § RF.¹⁵⁵ Enligt förarbetena innefattar det allmänna de verkställande och normgivande organen, dock inte när dessa beslutar om civilrättsliga regler.¹⁵⁶ Denna hållning ifrågasätts av Derlén m.fl., eftersom även civilrättsliga regler kan innebära påtagliga inskränkningar av grundläggande fri- och rättigheter. Om t.ex. äganderätten (jfr 2 kap. 15 § RF) begränsas till följd av civilrätten framstår det som problematiskt att detta skulle falla utanför skyddets tillämpningsområde.¹⁵⁷ Bull och Sterzel menar emellertid att det allmänna inte torde omfatta stiftande och tillämpning av civilrättsliga regler.¹⁵⁸ Enligt Åhman bör den traditionella uppfattningen att 2 kap. RF inte kan tillämpas vid enskildas inbördes rättsförhållande överges med anledning av europarättens påverkan.¹⁵⁹

Europakonventionen utgör som utgångspunkt en plikt för konventionsstaterna att inte agera på ett visst sätt som kränker de grundläggande fri- och rättigheterna. Detta följer av att bestämmelserna utgör förbud som riktar sig till stater, inte enskilda. Konventionen stadgar alltså *negativa* skyldigheter. Vissa bestämmelser tilldelar emellertid en *positiv* skyldighet för staterna att agera på ett visst sätt, t.ex. att säkerställa att en viss frihet tillgodoses genom adekvat lagstiftning.¹⁶⁰ Konventionen kan således i vissa fall få *indirekt horisontell effekt (drittwirkung)*.¹⁶¹ Jag återkommer till detta i avsnitt 4.5.3.2. EU-stadgan är enligt artikel 51.1 endast tillämplig när

¹⁵³ Åhman (2019) s. 73 f.

¹⁵⁴ Jfr Dernell m.fl. (2016) s. 261 f.

¹⁵⁵ Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 2 kap. 1 § RF, 2019-01-01.

¹⁵⁶ Prop. 1975/76:209 s. 86.

¹⁵⁷ Dernell m.fl. (2016) s. 262 f.

¹⁵⁸ Bull & Sterzel (2019), s. 58 f.

¹⁵⁹ Åhman (2019) s. 74.

¹⁶⁰ Danelius (2015) s. 58 f.

¹⁶¹ Jfr t.ex. VgT Verein v. Switzerland och NJA 2015 s. 899 p. 16–17.

medlemsstaterna tillämpar unionsrätten och kan som huvudregel inte åberopas mellan enskilda.¹⁶²

3.4 Relativa friheter

Yttrande- och informationsfriheten är inte absoluta utan relativa friheter, innebärande att de under vissa förutsättningar kan inskränkas.¹⁶³ Av 2 kap. 20, 21 och 23 §§ RF följer att de får begränsas genom lag och endast för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till ändamålet och inte heller utgöra ett hot mot den fria åsiktsbildningen. Vidare anges att dessa friheter får begränsas under vissa angivna villkor, t.ex. enskildas anseende och friheten att yttra sig i näringsverksamhet. I övrigt får inskränkningar ske endast om särskilt viktiga skäl föranleder det, där upphovsrätten och närstående rättigheter anses ingå.¹⁶⁴ Enligt lagtexten ska största möjliga yttrande- och informationsfrihet i bl.a. politiska sammanhang särskilt beaktas vid inskränkningar. Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en grundlagsbestämmelse, ska föreskriften inte tillämpas (jfr 11 kap. 14 § RF).

I artikel 10.2 Europakonventionen anges också förutsättningar för att inskränka yttrande- och informationsfriheten. Det fastslås att begränsningar måste ske i lag och vara nödvändiga i ett demokratiskt samhälle för att skydda vissa samhällliga intressen, t.ex. förebyggande av brott eller andras rättigheter. Vid frågan om det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle krävs att inskränkningen i fråga är hänförlig till ett trängande samhälligt behov (*pressing social need*). Vidare tillämpas en proportionalitetsprincip där avvägningar görs mellan de motstående intressena. Vid proportionalitetsbedömningen har konventionsstaterna en bedömningsmarginal (*margin of appreciation*) vars storlek varierar från fall

¹⁶² Dernell m.fl. (2016) s. 262–266.

¹⁶³ Derlén m.fl. (2016) s. 259 f.

¹⁶⁴ Prop. 1975/76:209 s. 155.

till fall. Den innebär i korthet att konventionsstaterna ges ett slags tolkningsföreträde, där Europadomstolen är återhållsam med att göra en egen bedömning gällande nödvändighet och proportionalitet.¹⁶⁵ Beträffande artikel 10 har konventionsstaterna ofta en relativt stor bedömningsmarginal beroende på kontexten.¹⁶⁶

Artikel 52.1 EU-stadgan anger att begränsningar av fri- och rättigheter ska vara föreskrivna i lag och förenliga med det väsentliga innehållet i bestämmelsen, vilket innebär att inskränkningen måste bevara rättighetens kärna. Med *kärna* avses det skyddsområde vars inskränkning skulle leda till att fri- eller rättigheten i princip upphör att existera. Denna bedömning är svår och får göras från fall till fall.¹⁶⁷ Proportionalitetsprincipen kräver att inskränkningar ska vara nödvändiga och svara mot ändamål av allmänt samhällsintresse, exempelvis andras fri- och rättigheter. Just proportionaliteten är dominerande vid bedömningen. EU-domstolen har i sin praxis använt i princip samma kriterier som Europadomstolen, eftersom stadgan ska ha samma innebörd och räckvidd som konventionen (jfr art 52.3 EU-stadgan).¹⁶⁸ Någon motsvarighet till nationell bedömningsmarginal finns dock inte i unionsrätten.¹⁶⁹

3.5 Medier – en grundval för demokratin

Enligt Nationalencyklopedin är *medier* kanaler för förmedling av information och underhållning.¹⁷⁰ *Massmedier* definieras som tekniska medier och mediaorganisationer som förmedlar information eller underhållning till stor publik. Detta inkluderar tv, tidningar, tidskrifter, radio, internet etc.

¹⁶⁵ Danelius (2015) s. 465 f; Derlén m.fl. (2016) s. 290 f.

¹⁶⁶ Jfr t.ex. *Handyside v. The United Kingdom* och *Ashby Donald and others v. France*.

¹⁶⁷ Dernell m.fl. (2016) s. 270.

¹⁶⁸ Lebeck (2016) s. 150 f.

¹⁶⁹ A.a. s. 171.

¹⁷⁰ Nationalencyklopedin, *medier*,

<<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/medier>>, besökt 2020-02-26.

Gemensamt är att det handlar om en masskommunikationsprocess.¹⁷¹ Axberger definierar media som ” (...) innehållet i det flöde av nyhetsförmedling, debatt och allmän opinionsbildning som finns tillgängligt för alla att ta del av”.¹⁷² Samtliga av de ”traditionella” kommunikationsmedlen ingår i begreppet, både i analog och digital form. Gemensamt är att det ska röra sig om *journalistisk* verksamhet, vilket är ännu ett oklart begrepp. Det har hävdats att användningen av internet och sociala medier har försvårat definitionen av *journalism* ytterligare. I princip vem som helst kan vara journalist, och begränsningar i det avseendet anses vara problematiska ur yttrandefrihetssynpunkt.¹⁷³

Demokrati är ett också ett omdiskuterat och någorlunda vagt begrepp. I denna uppsats avses ett *politiskt statskick* där folkstyre är den väsentliga komponenten.¹⁷⁴ I detta ingår medborgarnas rätt att genom fria och allmänna val välja representanter för politiskt beslutsfattande.¹⁷⁵ Detta kan i sin tur härledas till fri åsiktsbildning och fri tillgång till information (yttrande- och informationsfrihet). För att ett statskick ska anses demokratiskt, måste makthavarna underkastas medborgarnas kontroll. Maktutövningen sker således under ansvarsutkrävande.¹⁷⁶

Europadomstolen har understrukit att yttrande- och informationsfriheten även skyddar uttalanden som kan kränka eller störa människor eller stater, eftersom utan pluralism kan inte det demokratiska samhället fungera.¹⁷⁷ Centrala för dessa rättigheter är medierna. Enligt Axberger utgör medier den *tredje statsmakten* och fyller en konstitutionell kontrollfunktion.¹⁷⁸ Det anses vara svårt för medborgare i ett demokratiskt samhälle att göra egna, välgrundade

¹⁷¹ Nationalencyklopedin, *massmedier*, <<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/massmedier>> besökt 2020-02-26.

¹⁷² Axberger (2019) s. 17 ff.

¹⁷³ Axberger (2019) s. 17 ff; Goldberg m.fl. (2009) s. 58 f; jfr även Westman (2016) s. 853–860.

¹⁷⁴ Peczenik (1995a) s. 64.

¹⁷⁵ A.a. s. 67 och 73.

¹⁷⁶ A.a. s. 88.

¹⁷⁷ Se särskilt *Oberschlick v. Austria* p. 57.

¹⁷⁸ Jfr Axberger (2019) s. 17 ff.

val utan tillgång till information.¹⁷⁹ Även HD har framfört mediernas vikt för demokratin. Enligt domstolen säkerställs yttrande- och informationsfriheten ” (...) genom att värna massmedias möjligheter att skaffa information för publicistiska syften. Det är angeläget att missförhållanden och andra ämnen av allmänt intresse kan belysas i tidningar och andra massmedia. Många gånger är det endast genom undersökande journalistik som allvarliga missförhållanden kan uppdagas”.¹⁸⁰ EU-domstolen har angett att medias vikt för demokratin gör att inga andra restriktioner av mediefriheten än de som är absolut nödvändiga bör införas.¹⁸¹

Europadomstolen har också betonat mediefrihetens, som ingår i yttrande- och informationsfriheten, ställning som en grundval i det demokratiska samhället. Även om massmedia förvisso har ett ansvar att t.ex. värna andras rättigheter, är de likväl skyldiga att kommunicera information och idéer av allmänintresse. Allmänheten har också rätt att ta emot sådan information, annars hade medias funktion som kontrollorgan i deras tjänst (*public watchdog*) omöjliggjorts.¹⁸² Detta gäller särskilt i politiska sammanhang. En fri nyhetsförmedling utgör ett av de bästa medlen för medborgarna att bilda sig en uppfattning om makthavare, något som understryks av att konventionstexten särskilt nämner friheten att ta emot och sprida uppgifter. Demokratin kräver pluralism, fri spridning av både åsikter och fakta samt granskning av politiker. Makthavare måste tåla att bli granskade och kritiserade, och när deras intressen vägs mot motstående intressen ska den politiska kontexten beaktas.¹⁸³

¹⁷⁹ Axberger (2019) s. 15 f.

¹⁸⁰ NJA 2015 s. 45 p. 12; jfr även NJA 1996 s. 712.

¹⁸¹ Jfr C-145/10 (Painer) p. 113.

¹⁸² Se t.ex. *Observer and Guardian v. The United Kingdom* p. 59 och *Axel Springer AG v. Germany* p. 79.

¹⁸³ *Oberschlick v. Austria* p. 58–59.

4 Konflikten och avvägningen vid nyhetsrapportering

4.1 Allmänt

Gemensamt för upphovsrätten och yttrande- och informationsfriheten är att samtliga avser att främja intellektuellt skapande och det fria samhällsskicket. Medan yttrande- och informationsfrihet ger medborgaren ett skydd gentemot staten att uttrycka tankar och åsikter och inhämta uppgifter, skyddar upphovsrätten skaparens individuella utformning av yttrandet och informationen. För att erhålla upphovsrättsligt skydd, måste kreatören således utnyttja yttrande- och informationsfriheten. Följaktligen förutsätter de varandra.¹⁸⁴ Inte bara yttrande- och informationsfriheten utan även upphovsrätten är av stor betydelse för just medierna, då deras produkter ofta uppnår skydd.¹⁸⁵

Samtidigt som de förutsätter varandra, kan de kollidera.¹⁸⁶ En uppfattning är att upphovsrätten inskränker yttrande- och informationsfriheten, en annan att de senare snarare inskränker den förra.¹⁸⁷ I RF:s förarbeten anges dock att upphovsrätten är ett särskilt viktigt skäl som medger en inskränkning av yttrande- och informationsfriheten (jfr 2 kap. 23 § första stycket RF).¹⁸⁸ Samtidigt anger förarbetena att den ekonomiska ensamrätten inte bör betraktas som en inskränkning av dessa friheter.¹⁸⁹ Något sådant uttalande saknas i rättspraxis. Tvärtom har HD, EU-domstolen och Europadomstolen prövat intrång av just den ekonomiska ensamrätten mot yttrande- och

¹⁸⁴ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 7.

¹⁸⁵ Westman (2016) s. 856.

¹⁸⁶ Rosén (2004) s. 371 f; prop. 1978/79:196 s. 61 f; Juno, Norstedts Juridik, lagkommentar till 2 kap. 1 § RF, Isberg & Eliason, 2019-01-01.

¹⁸⁷ Jfr Rosén, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*. NIR 2007 s. 1.

¹⁸⁸ Prop. 1975/76:209 s. 155.

¹⁸⁹ Jfr SOU 1978 :34 s. 181.

informationsfriheten.¹⁹⁰ Rosén menar vidare att upphovsrätten tveklöst innebär en inskränkning av yttrande- och informationsfriheten.¹⁹¹

Denna normkonflikt kan hanteras på olika sätt. Det finns upphovsrättsliga inskränkningar som syftar till att tillgodose yttrande- och informationsintressen (jfr avsnitt 2.5.2). Bengtsson kallar detta för en upphovsrättsligt *intern* lösning av konflikten. Han menar att det även kan anläggas ett *externt* perspektiv, såtillvida att det handlar om en konflikt mellan flera grundläggande fri- och rättigheter och att upphovsrätten inskränker yttrande- och informationsfriheten, ett synsätt som återspeglas i Europadomstolens praxis.¹⁹² HD har uttalat att när flera konventionsstadgade fri- och rättigheter aktualiseras ska samtliga respekteras och en avvägning mellan dem göras vid lagstiftningen.¹⁹³ Inom EU ankommer det först och främst på medlemsstaterna att säkerställa en rimlig avvägning mellan upphovsinnehavares och mediers intressen (se vidare avsnitt 4.3.1).¹⁹⁴

4.2 Äldre rättspraxis

4.2.1 Manifestmålet

Innan EU-inträdet och Europakonventionens inkorporering i svensk rätt meddelade HD ett prejudikat i NJA 1985 s. 893 (Manifestmålet). Målet handlade om åtal vid upphovsrättsbrott, där tidningen GP hade publicerat ett manifest vid rapportering om missförhållanden inom Göteborgs stadsteater. Manifestet, ett litterärt verk, var inte tidigare offentliggjort och publiceringen hade inte heller föregåtts av rättsinnehavarens samtycke. GP hade därmed gjort intrång, och ingen upphovsrättslig inskränkning var tillämplig. Förutsättningarna för upphovsrättsbrott var uppfyllda. HD uttalade att

¹⁹⁰ Jfr Ashby Donald and Others v. France, C-516/17 (Spiegel Online), NJA 1985 s. 893 (Manifestmålet) och HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen).

¹⁹¹ Jfr Rosén, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*. NIR 2007 s. 1.

¹⁹² Bengtsson (2016) s. 99 f.

¹⁹³ NJA 2012 s. 975 p. 10.

¹⁹⁴ Jfr C-275/06 (Promusicae) p. 68, C-70/10 (Scarlet) p. 45 och C-484/14 (McFadden) p. 83.

yttrandefriheten, och dess spegelbild informationsfriheten, som kommer till uttryck i RF är särskilt viktiga i bl.a. politiska och kulturella angelägenheter. Upphovsrättens grundlagsförankring åberopades också. Trots avsaknaden av en tillämplig upphovsrättslig inskränkning, uttalade HD att motstående yttrande- och informationsintressen kan göra sig gällande med sådan styrka att domstolarna måste ta ansvar för en friande dom. Det krävs dock att det i princip handlar om nödsituationer. Några närmare riktlinjer gavs inte. I sådana fall blir följden att åtalet ogillas, medan rättsinnehavaren likväl har rätt till ersättning. Trots att skyddsintressena bakom manifestet inte var särskilt höga, medan yttrande- och informationsintressena var det, stod de senare inte i ” (...) sådan bjärt motsättning till skyddet för upphovsrätten som det måste vara fråga om”. Journalisterna fälldes därför för upphovsrättsbrott, något som ledde till viss rättspolitisk debatt.¹⁹⁵

4.2.2 Ashby-fallet

Som redan framgått skyddas både upphovsrätten och yttrande- och informationsfriheten av Europakonventionen (jfr artikel 1 första tilläggsprotokollet och artikel 10). I *Ashby Donald and Others v. France* (Ashby-fallet), där fotografer hade tagit bilder på skyddade alster vid en modevisning och sedan publicerat dem på internet, prövade Europadomstolen konflikten och avvägningen mellan dessa. Fotograferna hade dömts för upphovsrättsbrott i franska domstolar. Europadomstolen konstaterade att fotografernas yttrande- och informationsfrihet hade inskränkts genom lag i syfte att skydda andras rättigheter, nämligen upphovsrätten. Vidare konstaterades att fotograferna hade haft ett kommersiellt syfte i återgivandet av fotografierna. Det fanns således ingen anknytning till en debatt av allmänintresse. Domstolen anförde med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet och syftet bakom inskränkningen av artikel 10, i förening med att upphovsrätten också skyddas av konventionen, att Frankrike hade en

¹⁹⁵ Jfr Bernitz, *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision – Om upphovsrättsliga yttrandefrihetsbegränsningar och offentlighetsprincipens genomslag*. SvJT 2000 s. 340–358, motion 1985/86: L245 och motion 1985/86: L254.

särskilt stor bedömningsmarginal vid proportionalitetsbedömningen. Inskränkningen var därför nödvändig i ett demokratiskt samhälle och artikel 10 hade inte kränkts.¹⁹⁶

4.3 Ny rättspraxis

4.3.1 Spiegel Online och Funke Medien

4.3.1.1 Bakgrund

I juli 2019 meddelade EU-domstolens stora avdelning två avgöranden om konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering. Dessa är C-516/17 (Spiegel Online) och C-469/17 (Funke Medien), vars domskäl på flera ställen är helt identiska. Jag har därför valt att referera dem tillsammans, med undantag för avsnitt 4.3.1.5 som enbart berör Spiegel Online. Domarna är förhållandevis omfattande och rör flertalet frågor inom området. Kort sammanfattat var bakgrunden till Spiegel Online att ett medieföretag hade publicerat ett manuskript skriven av en tysk politiker som handlade om sexualbrott mot barn. Bakgrunden till Funke Medien var att en tidning hade på okänt sätt anskaffat en hemlighetsstämplad militärrapport och sedermera publicerat den. De tyska underrätterna hade i båda målen bifallit talan mot medierna om upphovsrättsintrång, varpå medierna hade överklagat och den tyska överrätten begärt förhandsavgörande av EU-domstolen angående artikel 5.3 c) infosocdirektivet (jfr avsnitt 2.5.2.1).

I målen ställdes ett flertal frågor till EU-domstolen, varav vissa är av relevans för denna uppsats. Första frågan var huruvida det finns utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet av artikel 5.3 c) infosocdirektivet i nationell lagstiftning (avsnitt 4.3.1.2). Andra frågan var om artikel 11 EU-stadgan kan, utöver infosocdirektivets föreskrifter, medge undantag från

¹⁹⁶ Hudoc, Ashby Donald and Others v. France, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-7393%22%5D%7D>>, besökt 2020-04-08.

ensamrätten med hänsyn till yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering (avsnitt 4.3.1.3). Tredje frågan handlade om EU-stadgans betydelse för räckvidden hos infosocdirektivets inskränkningar (avsnitt 4.3.1.4). Slutligen var fjärde frågan, som endast prövades i Spiegel Online, om det är förenligt med infosocdirektivet att avgränsa inskränkningens tillämpning till fall där det saknas rimlig möjlighet att begära rättsinnehavarens samtycke (avsnitt 4.3.1.5).

4.3.1.2 Harmoniseringsgrad och skönsmässigt utrymme

Första frågan som ställdes till EU-domstolen var om det finns utrymme för skönsmässig bedömning för medlemsstaterna vid implementeringen av artikel 5.3 c) infosocdirektivet. Den tyska domstolen försökte enligt EU-domstolen få klarhet i huruvida bestämmelsen utgör en fullständig harmoniserad åtgärd.¹⁹⁷

EU-domstolen inledde med en erinran om unionsrätten företräde framför nationell rätt, inklusive konstitutionella regler. Oberoende av utrymmet för skönsmässig bedömning vid införlivande av direktiv måste medlemsstaterna i enlighet med artikel 51 EU-stadgan se till att stadgans skyddsnivå efterlevs. Om åtgärder inte är fullständigt bestämda av unionsrätten, är nationella domstolar och myndigheter behöriga att tillämpa nationella regler om grundläggande fri- och rättigheter, förutsatt att tillämpningen är förenlig med EU-stadgan och i övrigt inte försvagar unionsrättens ställning.¹⁹⁸

Vad gäller infosocdirektivet påpekade domstolen att dess syfte är att harmonisera vissa, men inte alla, aspekter av upphovsrätten. Vidare framgår det av uttrycket ” (...) i den utsträckning som motiveras av informationssyftet” i artikel 5.3 c) att regeln inte på ett fullständigt sätt harmoniserar räckvidden av inskränkningen. Medlemsstaternas utrymme för

¹⁹⁷ C-516/17 (Spiegel Online) p. 18; C-469/17 (Funke Medien) p. 29.

¹⁹⁸ C-516/17 (Spiegel Online) p. 19–22; C-469/17 (Funke Medien) p. 30–33.

skönsmässig bedömning vid implementeringen är därför ”betydande”.¹⁹⁹ Medlemsstaterna ska göra en skälig avvägning mellan olika intressen och det ankommer på dem att precisera bestämmelsens utförliga innebörd. Utrymmet för skönsmässig bedömning är emellertid underkastat vissa villkor. Medlemsstaterna får inte på ett icke harmoniserat sätt bestämma samtliga parametrar för inskränkningarna. Samtliga rekvisit i bestämmelsen ska iakttas och implementeringen får inte ske på ett sätt som äventyrar direktivets syften, vilka är att säkerställa en hög skyddsnivå för upphovsinnehavare och en välfungerande inre marknad. Inskränkningarnas ändamålsenliga verkan får inte heller äventyras, utan en skälig avvägning mellan de motstående intressena ska säkerställas. De allmänna principerna inom unionsrätten, däribland proportionalitetsprincipen, måste också iakttas. Slutligen ska trestegsregeln i artikel 5.5 infosocdirektivet beaktas.²⁰⁰

Svaret på frågan blev således att artikel 5.3 c) infosocdirektivet *inte* utgör en fullständigt harmoniserad åtgärd.²⁰¹

4.3.1.3 Kan artikel 11 EU-stadgan medge inskränkningar av ensamrätten?

Andra frågan var om artikel 11 EU-stadgan som stadgar yttrande- och informationsfrihet kan, utöver inskränkningen i artikel 5.3 c) infosocdirektivet, motivera inskränkningar från rättsinnehavarens ensamrätt.²⁰²

Domstolen konstaterade att listan över inskränkningarna som framgår av direktivet är uttömmande, och att direktivet syftar till att upprätthålla en rimlig avvägning mellan rättsinnehavarens och användarnas respektive intressen, som båda skyddas av EU-stadgan (jfr artiklar 11 och 17 EU-stadgan). Att tillåta medlemsstaterna att införa undantag utöver de som framgår av infosocdirektivet hade hotat harmoniseringens effektivitet och

¹⁹⁹ C-516/17 (Spiegel Online) p. 23–28; C-469/17 (Funke Medien) p. 39–43.

²⁰⁰ C-516/17 (Spiegel Online) p. 30–38; C-469/17 (Funke Medien) p. 45–53.

²⁰¹ C-516/17 (Spiegel Online) p. 39; C-469/17 (Funke Medien) p. 54.

²⁰² C-516/17 (Spiegel Online) p. 40; C-469/17 (Funke Medien) p. 55.

direktivets rättsäkerhetsmål. Det betonades även att medlemsstaterna ska tillämpa inskränkningarna på ett samstämmigt sätt, något som försvåras om medlemsstaterna kan tillämpa andra inskränkningar än de som följer av direktivet. Domstolens slutsats blev följaktligen att artikel 11 EU-stadgan *inte* kan motivera inskränkningar utöver direktivets bestämmelser.²⁰³

4.3.1.4 EU-stadgans betydelse för inskränkningens räckvidd

Nästa fråga som besvarades var huruvida nationella domstolar kan frånga en restriktiv tolkning av artikel 5.3 c) infosocdirektivet och istället använda sig av en tolkning som tar fullständig hänsyn till behovet av yttrande- och informationsfriheten i artikel 11 EU-stadgan.²⁰⁴

Domstolen påpekade att nationella domstolar inte enbart ska tolka nationell lagstiftning på ett sätt som är förenligt med infosocdirektivet, utan även på ett sätt som är förenligt med EU-stadgan. En inskränkning ska som utgångspunkt förvisso tolkas restriktivt, men den ifrågavarande inskränkningen vid nyhetsrapportering utgör i sig rättigheter för användare av skyddade alster, och syftar till att ge dessa rättigheter genomslag. Tolkningen av artikel 5.3 c) infosocdirektivet måste därför säkerställa detta ändamål, vilket är särskilt viktigt när syftet är att respektera en grundläggande rättighet. Även om upphovsrätten visserligen också skyddas av EU-stadgan (artikel 17.2), är skyddet inte undantagslöst.²⁰⁵

Vidare poängterades att artikel 11 EU-stadgan motsvarar artikel 10 Europakonventionen. En hänvisning gjordes till Ashby-fallet, som anger att vid avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet måste typen av diskurs och information det handlar om beaktas, särskilt inom ramen för den politiska debatten eller en debatt som rör allmänintresset (jfr avsnitt 4.2.2).²⁰⁶

²⁰³ C-516/17 (Spiegel Online) p. 42–49; C-469/17 (Funke Medien) p. 57–64.

²⁰⁴ C-516/17 (Spiegel Online) p. 50; C-469/17 (Funke Medien) p. 65.

²⁰⁵ C-516/17 (Spiegel Online) p. 51–56; C-469/17 (Funke Medien) p. 67–72.

²⁰⁶ C-516/17 (Spiegel Online) p. 57–58; C-469/17 (Funke Medien) p. 73–74.

Svaret på frågan blev att inom ramen för avvägningen mellan de motstående intressena ska de nationella domstolarna tolka och tillämpa infosocdirektivet på ett sätt som är fullständigt förenligt med EU-stadgans bestämmelser, samtidigt som direktivets ordalydelse och syfte respekteras.²⁰⁷

4.3.1.5 Förhandssamtycke

Slutligen prövade EU-domstolen huruvida artikel 5.3 c) infosocdirektivet tillåter en nationell bestämmelse som avgränsar tillämpningen av inskränkningen vid nyhetsrapportering till fall där det saknas rimlig möjlighet att begära förhandssamtycke av rättsinnehavaren.²⁰⁸

Inledningsvis konstaterade domstolen att artikel 5.3 c) ger möjlighet att inskränka ensamrätten vid nyhetsförmedling. Vidare angavs att det följer av likhetsprincipen att bestämmelsen ska ges en självständig och enhetlig innebörd inom unionen. Därefter konstaterades att bestämmelsens ordalydelse inte innehåller något krav på förhandssamtycke. För att bestämmelsen ska vara tillämplig krävs endast att användningen sker vid nyhetsrapportering, förutsatt att källan anges och alstret används på ett sätt som kan motiveras av informationsintresset, varvid en proportionalitetsbedömning ska göras. Bedömningen av vad som är proportionerligt ankommer på de nationella domstolarna.²⁰⁹

Domstolen betonade därefter vikten av att nyheter sprids snabbt, och att ett krav på förhandssamtycke är svårförenligt med att snabbt kunna tillhandahålla informationen till allmänheten. Information till allmänheten kan försvåras eller till och med hindras med sådant krav. Mediernas uppgift i ett demokratiskt samhälle är att informera allmänheten utan de inskränkningar som är absolut nödvändiga. Artikel 5.3 c) infosocdirektivet

²⁰⁷ C-516/17 (Spiegel Online) p. 59; C-469/17 (Funke Medien) p. 76.

²⁰⁸ C-516/17 (Spiegel Online) p. 60.

²⁰⁹ A.a. p. 61–69.

avser vidare att göra det möjligt att använda skyddat alster utan rättsinnehavarens samtycke, förutsatt att övriga rekvisit är uppfyllda.²¹⁰

Domstolens svar på frågan blev således att artikel 5.3 c) infosocdirektivet *inte* tillåter en nationell regel som begränsar dess tillämpning till fall där det saknas rimlig möjlighet att begära rättsinnehavarens samtycke.²¹¹

4.3.1.6 Kommentar

Att EU-stadgan inte under några omständigheter kan medföra inskränkningar utöver de som följer av infosocdirektivet kan möjligen ses som något överraskande, särskilt när generaladvokaten i sitt förslag till avgörande inte stängde den dörren helt.²¹² Med hänsyn till intresset av en enhetlig rättstillämpning och förutsebarhet inom unionen är det emellertid enkelt att förstå EU-domstolens ställningstagande. Eftersom artikel 5.3 c) infosocdirektivet inte heller är en fullständigt harmoniserad åtgärd kan nationella regler om grundläggande fri- och rättigheter tillämpas, såvida de inte inkräktar på unionsrättens verkan. Det blir således inte något absolut tomrum för grundläggande fri- och rättigheter.

Det faktum att artikel 5.3 c) infosocdirektivet inte är en fullständigt harmoniserad åtgärd är vidare intressant avseende implementeringen i URL. EU-domstolen var tydlig med att medlemsstaterna åtnjuter ett *betydande* utrymme vid implementeringen. Detta utrymme är dock kringskuret vissa villkor, vilket kan framstå som något motsägelsefullt. Medlemsstaterna ska dessutom med beaktande av EU-stadgan säkerställa en skälig avvägning mellan de olika intressena och får inte underminera harmoniseringen. Hur detta påverkas av att bestämmelsen är fakultativ, d.v.s. inte måste implementeras av medlemsstaterna, berördes inte alls av domstolen.

²¹⁰ C-516/17 (Spiegel Online) p. 71–73.

²¹¹ A.a. p. 74.

²¹² Jfr GA Szpunars förslag till avgörande p. 62.

Vidare väcker beskedet att ett krav på förhandssamtycke i den nationella lagstiftningen inte är tillåtet frågan om offentliggöranderekvisitet i 23 § URL verkligen är godtagbart (jfr avsnitt 4.4.3). I anslutning till detta kan påpekas att inskränkningen innebär en rättighet för användarna, och att artikel 11 EU-stadgan ska beaktas vid tolkningen av artikel 5.3 c) infosocdirektivet. Eftersom EU-stadgan ska motsvara Europakonventionen, och EU-domstolen hänvisade till Ashby-fallet, verkar det som att artikel 11 EU-stadgan kräver att artikel 5.3 c) infosocdirektivet ska tolkas som att sammanhanget inom vilket nyhetsförmedlingen sker är av betydelse (jfr avsnitt 4.4.7 och 4.5.2.1).

4.3.2 Mobilfilmen

4.3.2.1 Bakgrund

I avsnitt 1.1 redogjordes översiktligt för händelsen bakom rättegångarna mellan riksdagsledamoten och de medier som använt hans mobilfilm i nyhetsreportage. Händelseförloppet kan kortfattat beskrivas som att i augusti 2010 hamnade riksdagsledamoten och två partikamrater i bråk med olika personer. Partiföreträdarna plockade vid ett tillfälle upp järnrör (därav ”järnrörsskandalen”) och kallade andra personer för diverse nedsättande tillmälen. En av personerna de hamnade i konflikt med är en känd komiker som sedermera pratade om händelsen offentligt via Youtube. Den ena partikamraten valde därefter att svara på komikerns inlägg via partiets officiella Youtubekanal samtidigt som ett kort utdrag av mobilfilmen offentliggjordes. En kort, redigerad del av filmen var alltså offentliggjord innan medierna publicerade den oredigerade versionen under hösten 2012. Riksdagsledamoten uppgav under rättegången mot SVT att händelsen filmats i syfte att dokumentera. Målet prövades av PMÖD 15 juni 2019 (mål nr PMT 1473–18), d.v.s. före Spiegel Online och Funke Medien (29 juli 2019). PMÖD tillämpade ventilen (jfr 1 kap. 3 § PMD-lagen) och tillät att domen överklagades, varpå prövningstillstånd beviljades. HD:s dom meddelades 18 mars 2020 (mål nr T 4412–19).

4.3.2.2 Patent- och marknadsöverdomstolen

Den huvudsakliga frågan i målet var om SVT:s publicering av riksdagsledamotens mobilfilm och stillbilder av den, vilka åtnjuter skydd som ljud- och bildupptagning samt fotografiska bilder (46 och 49 a §§ URL), var tillåten eller inte. PMÖD konstaterade att 25 § URL inte var aktuell. SVT hade vidare inte åberopat några omständigheter om att filmen tidigare var offentliggjord. 23 § URL var därför inte heller tillämplig. Därefter konstaterades att artikel 5.3 c) infosocdirektivet saknar ett motsvarande rekvisit om att alstret ska vara offentliggjort. Även om direktivet skulle vara felaktigt implementerat i denna del, kan lagtolkning i ljuset av direktivet inte medge tillämpning i strid med lagstiftningens ordalydelse (jfr avsnitt 4.4.1).

Inte heller yttrande- och informationsfriheten kunde leda till att publiceringen var tillåten. PMÖD hänvisade till Ashby-fallet och fäste stor vikt vid att Europadomstolen gett konventionsstaterna en stor bedömningsmarginal vid konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet. 23 och 25 §§ URL utgör noggranna avvägningar av konflikten. SVT ansågs dessutom ha kunnat rapportera om händelsen och uppnått sina intressen utan att ha publicerat filmen. Trots det starka journalistiska intresset fick riksdagsledamoten rätt, varför domstolen fastställde att SVT var ersättningskyldiga.

4.3.2.3 Högsta domstolen

HD betonade yttrande- och informationsfrihetens höga dignitet i rättsordningen samt upphovsrättens grundlagsförankring. Det konstaterades att upphovsrätten och yttrande- och informationsfriheten, som båda främjar intellektuell utveckling, förutsätter varandra. Det påpekades därefter att upphovsrätten är en tillåtlig inskränkning av yttrande- och informationsfriheten (jfr avsnitt 4.1).²¹³

²¹³ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 6–8.

Angående 23 och 25 §§ URL anförde HD att bestämmelserna funnits sedan lagens tillkomst och varit föremål för övervägande i flera lagstiftningsärenden. Vid infosocdirektivets införlivande ansågs paragrafernas utformning kunna bestå. Lagstiftaren har således noggrant övervägt avvägningen mellan rättsinnehavares och mediers intressen. Det har inte med hänsyn till yttrande- och informationsfriheten bedömts som motiverat att utforma en bestämmelse ” (...) där det överlämnas till en friare rättsbildning i domstolarna att avgöra om ett visst utnyttjande av verket kan godtas på grund av informationsintresset”.²¹⁴ Oavsett om infosocdirektivet skulle kräva att bestämmelsen utformas på sådant sätt anförde HD precis som PMÖD att lagstiftningen inte kan tolkas eller tillämpas i strid med ordalydelsen, varför ordalydelsen i 23 och 25 §§ URL inte kunde åsidosättas.²¹⁵

HD konstaterade därefter att även annan lagstiftning än den upphovsrättsliga kan begränsa upphovsinnehavarens rätt. Domstolen återkopplade till Manifestmålet (jfr avsnitt 4.2.1) som anger att *straffansvaret* för intrång kan, beroende på omständigheterna, åsidosättas när starka yttrande- och informationsintressen gör sig gällande. *Ersättningskyldigheten* kvarstår dock, trots starka yttrande- och informationsintressen.²¹⁶ Även om det följer av Ashby-fallet att artikel 10 Europakonventionen kan begränsa upphovsrätten så gäller detta i straffrättsligt hänseende, inte civilrättsligt. Detta följer av att Europakonventionen gäller mellan stat och enskild, och har i princip ingen verkan vid enskildas inbördes förhållanden. I tvistemål bör därför särskild vikt tillmätas upphovsinnehavares intressen. Artikel 11 EU-stadgan kunde inte heller medföra att rättsinnehavaren förlorar rätten till ersättning. Detta hindrar emellertid inte att yttrande- och informationsfriheten kan påverka tolkningen av regler som rör relationen mellan enskilda, förutsatt att lagtexten ger sådant utrymme.²¹⁷

²¹⁴ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 17.

²¹⁵ A.a. p. 18.

²¹⁶ A.a. p. 20.

²¹⁷ A.a. p. 21–26.

Sammanfattningsvis konstaterades att varken 23 eller 25 §§ URL var tillämpliga. Övriga bestämmelser om yttrande- och informationsfrihet kunde inte heller utsläcka riksdagsledamoten rätt till ersättning, varför utfallet blev detsamma som i PMÖD.²¹⁸

4.3.2.4 Kommentar

Först och främst kan konstateras att PMÖD:s och HD:s respektive domar är lika på ett flertal punkter. Bortsett från att utfallet blev detsamma i bägge instanser så konstaterades att 23 och 25 §§ URL skiljer sig från artikel 5.3 c) infosocdirektivet, och att denna bestämmelse kan vara felaktigt införlivad.²¹⁹ Någon fördjupad analys gjordes dock inte, trots att HD:s avgörande meddelades efter Spiegel Online och Funke Medien. HD hänvisade däremot till dessa prejudikat och angav att upphovsinnehavarens rätt ska balanseras mot motstående yttrande- och informationsintressen.²²⁰ Domstolen hade emellertid kunnat göra en grundligare genomgång av unionsrättslig praxis och analyserat huruvida implementeringen är korrekt eller inte, alternativt begärt förhandsavgörande av EU-domstolen (jfr artikel 267 FEUF). 23 och 25 §§ URL är emellertid relativt detaljerat utformade. Eftersom lagstiftningens ordalydelse inte kan åsidosättas (jfr avsnitt 4.4.1) hade EU-domstolens avgörande troligtvis inte fått någon påverkan på utfallet i målet, vilket kan ha varit orsaken till att ingen begäran gjordes.

Instansernas domar skiljer sig också åt. HD återkopplade till Manifestmålet, till skillnad från PMÖD. Vidare slog HD fast att Ashby-fallet gav uttryck för samma princip som HD:s äldre praxis,²²¹ nämligen att artikel 10 Europakonventionen endast kan leda till att åtal för upphovsrättsbrott ogillas, inte att ersättningsskyldighet i tvistemål åsidosätts. Denna distinktion framgår dock inte, åtminstone inte uttryckligen, av Ashby-fallet. PMÖD gjorde inget sådant ställningstagande, utan konstaterade istället att konventionsstaterna

²¹⁸ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 28–31.

²¹⁹ A.a. p. 18.

²²⁰ A.a. p. 15.

²²¹ Jfr Manifestmålet och NJA 1998 s. 838.

åtnjuter en stor bedömningsmarginal. Min bedömning är att denna ståndpunkt i princip är det enda nya som framgår av HD:s avgörande. Jag återkommer till ställningstagandet i avsnitt 4.5.3.2. För övrigt kan påpekas att en analys av unionsrättens förhållande till Europakonventionen lyser med sin frånvaro i båda instansernas domskäl (jfr avsnitt 4.5.3.1).

Angående omständigheterna i fallet kan följande konstateras. Riksdagsledamotens ekonomiska och konstnärliga intressen av mobilfilmen är ytterst begränsade.²²² Enligt egen utsago var syftet med filmen enbart att dokumentera händelsen. Detta förhindrar dock inte att filmen är skyddad enligt URL. Riksdagsledamoten och hans kamrater torde emellertid snarare ha ett integritetsintresse av filmen, eftersom den visar dem i berusat och upprört tillstånd. Ett annat intresse är att i egenskap av politiker hade riksdagsledamoten all anledning att förhindra spridning av filmen. Eftersom den visar riksdagsledamoten i en klandervärd situation är mediernas intresse av att rapportera om händelsen däremot mycket starkt, särskilt när en redigerad del av filmen som gav en missvisande bild tidigare offentliggjorts. Järnrörsskandalen är ett praktexempel på när media utövar sin roll som allmänhetens kontrollorgan i en demokrati. Avslöjandet bidrar till offentligt ansvarsutkrävande och medborgarnas möjligheter att göra välinformerade val (jfr avsnitt 3.5). Publiceringen konkurrerar inte heller med upphovsinnehavarens rätt att ekonomiskt exploatera sitt alster (jfr Ashby-fallet).

Frågan är då om det var nödvändigt att publicera filmen. PMÖD menade att ingenting hindrat SVT från att rapportera om händelsen. Allmänheten hade kunnat informeras utan att intrång var nödvändigt. Resonemanget är inte övertygande, eftersom riksdagsledamoten i en sådan situation hade kunnat dementera uppgifterna, skapa en ord-mot-ord-situation och beskylla medierna för desinformation. Huruvida det var nödvändigt att publicera filmen eller inte beror till stor del på dess innehåll och de bakomliggande

²²² För ett liknande resonemang se hovrättsrådet Elfving's skiljaktiga mening i Manifestmålet.

omständigheterna. Enda sättet att på ett tillfredsställande sätt informera sig om händelsen är att se filmen, särskilt när riksdagsledamoten själv tidigare spridit en missvisande bild. Här måste dock påpekas att SVT inte var först med att publicera, det var *Expressen*. Eftersom allmänheten kunde ta del av filmen via *Expressens* rapportering, kan det hävdas att intrånget av SVT inte var nödvändigt. Utfallet i en tvist mot *Expressen* hade dock förmodligen fått samma utfall, eftersom 23 och 25 §§ URL inte hade varit tillämpliga då heller. Filmen hade således behövts publiceras i sin helhet av någon för att nyheten skulle kunna förmedlas ordentligt.

Pressens lånerätt och reportagerätten är emellertid inte utformade som generalklausuler och domstolarna ges inget utrymme att väga olika intressen mot varandra, vilket påpekades av HD. För att 23 § URL ska vara tillämplig måste alstret vara offentliggjort. 25 § URL är vidare inte tillämplig när alstret visar själva dagshändelsen. Lagstiftningen ger riksdagsledamoten rätt att hindra spridningen av en film med komprometterande information om honom. Således anser jag att ett fall som detta illustrerar att regelverket i vissa fall kan försvåra för medierna att verka som allmänhetens kontrollorgan (jfr avsnitt 3.5).

4.4 Implementeringen av infosocdirektivet i ljuset av ny rättspraxis

4.4.1 Allmänt om implementering av EU-direktiv

EU-direktiv är enligt artikel 288 FEUF bindande för medlemsstaterna avseende det resultat som ska uppnås. Detta innebär att medlemsstaterna måste införliva direktivets bestämmelser i nationell rätt, t.ex. genom lagstiftning. Om direktivets föreskrifter redan motsvaras av gällande nationell rätt kan medlemsstaten istället konstatera normharmoni.²²³ Direktivets

²²³ Bernitz & Kjellgren (2018) s. 127 f.

bestämmelser behöver inte återges ordagrant eller formellt, förutsatt att de tillämpas fullt ut och på ett effektivt sätt.²²⁴

Direktiv som implementerats felaktigt eller inte alls kan under vissa förutsättningar få *direkt effekt*, innebärande att de nationella domstolarna blir skyldiga att direkt tillämpa direktivets bestämmelser. Detta gäller emellertid inte i enskildas inbördes rättsförhållanden. Direktivs bestämmelser kan således inte tillmätas horisontell direkt effekt.²²⁵ Oavsett om det kan få direkt effekt eller inte, är de nationella domstolarna skyldiga att tolka nationella lagbestämmelser i ljuset av direktivets ordalydelse och syfte för att säkerställa det resultat som ska uppnås (direktivkonform tolkning).²²⁶ Detta gäller inte enbart nationella regler som avsett att införliva direktivets bestämmelser, utan all nationell rätt som kan bli relevant.²²⁷ Direktivkonform tolkning får dock inte utsträckas till tillämpning av nationell lagstiftning i strid med dess ordalydelse (*contra legem*).²²⁸

4.4.2 Skillnaden mellan pressens lånerätt och reportagerätten

I avsnitt 2.5.2 redogjordes för artikel 5.3 c) infosocdirektivet och 23 och 25 §§ URL. De svenska lagreglerna har ansetts implementera direktivets bestämmelser och ska tolkas direktivkonformt.²²⁹ 23 och 25 §§ URL skiljer sig åt såtillvida att reportagerätten begränsar återgivandet till när alster *syns eller hörs under* en dagshändelse, medan pressens lånerätt avser *återgivande* utan någon sådan begränsning. 25 § URL har mig veterligen aldrig tillämpats i praxis. Så som jag tolkar bestämmelsen medger den att endast alster som finns i *bakgrunden* av den händelse som rapporteras om får återges, vilket är

²²⁴ C-50/98 (kommissionen mot Irland) p. 46.

²²⁵ Jfr C-91/92 (Faccini Dori); Bernitz & Kjellgren (2018) s. 118 ff.

²²⁶ Jfr C-14/83 (von Colson) och NJA 2013 s. 1162.

²²⁷ Jfr C-441/14 (Dansk Industri); Bernitz & Kjellgren (2018) s. 124 f.

²²⁸ Se t.ex. C-441/14 (DI) p. 32.

²²⁹ Prop. 2004/05:110 s. 217 och 223 f; PMÖD mål nr PMT 1473–18 (Mobilfilmen); jfr också NJA 2016 s. 212 p. 10.

i linje med både förarbetena²³⁰ och HD:s uppfattning.²³¹ 23 § URL medger dock att alster som *visar* en nyhet återges, vilket skedde i Mobilfilmen. Reportagerätten är alltså snävare än pressens lånerätt i det avseendet.

Sett till ordalydelsen av artikel 5.3 c) infosocdirektivet torde båda bestämmelsernas tillämpningsområde omfattas. Detta eftersom *i samband med* nyhetsrapportering kan avse både återgivanden av alster i syfte att visa en händelse och alster som syns eller hörs i bakgrunden, särskilt mot bakgrund av medlemsstaternas betydande skönsrättsliga utrymme. I Spiegel Online och Funke Medien uttalade EU-domstolen dessutom att den tyska lagstiftningen, som innehåller samma krav som 25 § URL, införlivar artikel 5.3 c) infosocdirektivet.²³² Det är emellertid oklart om en regel som pressens lånerätt måste implementeras i medlemsstaternas lagstiftning, eller om det räcker med en regel som reportagerätten. Frågan har mig veterligen inte besvarats av EU-domstolen.

4.4.3 Offentliggöranderekvisitet

En förutsättning för att 23 § URL ska vara tillämplig är att alstret är offentliggjort. Detta innebär att alstret har tillgängliggjorts för allmänheten av rättsinnehavaren själv, med dennes samtycke eller med stöd av en tillämplig inskränkingsregel i URL (jfr 8 § URL). Förutsatt att ingen annan inskränkingsregel i URL är tillämplig, måste alltså förhandssamtycke efterfrågas innan icke offentliggjorda alster får återges. 23 § URL kan inte användas som tillämplig inskränkingsregel, eftersom offentliggöranderekvisitet hänvisar tillbaka till 8 § URL. 25 § URL innehåller inget offentliggöranderekvisit, men reportagerätten medger inte att alster som visar en händelse återges (jfr avsnitt 4.4.2). Icke offentliggjorda alster som inte syns eller hörs under en dagshändelse kan alltså aldrig publiceras utan rättsinnehavarens samtycke.

²³⁰ Jfr SOU 1956:25 s. 235.

²³¹ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 28.

²³² C-516/17 (Spiegel Online) p. 16; C-469/17 (Funke Medien) p. 27.

Ett krav på offentliggörande saknas i artikel 5.3 c) infosocdirektivet, vilket inte uppmärksammades vid implementeringen av direktivet.²³³ I Spiegel Online fastslog EU-domstolen att ett krav på förhandssamtycke i den nationella lagstiftningen inte är förenligt med direktivet. Vid implementeringen av direktiv är medlemsstaterna skyldiga att uppnå direktivets *resultat* (jfr artikel 288 FEUF), vilket torde innebära att just *följdena* av deras regelverk är centrala. Som angavs i förra stycket får offentliggöranderekvisitet samma följd som ett krav på förhandssamtycke, åtminstone när ingen annan inskränkingsregel aktualiseras och alstret inte är offentliggjort sen tidigare. Betyder detta att offentliggöranderekvisitet är en felaktig implementering av artikel 5.3 c) infosocdirektivet?

Ensamrätten till offentliggörande är en grundläggande princip i upphovsrätten (jfr avsnitt 2.4).²³⁴ Offentliggöranderekvisitet avser vidare alstrets *generella* offentliggörande (jfr 2 och 8 §§ URL). 23 § URL innehåller alltså inget krav på att samtycke till återgivandet vid nyhetsrapportering måste inhämtas. EU-domstolens uttalande om förhandssamtycke kan således inte tillämpas direkt på offentliggöranderekvisitet, utan en närmare analys får göras.

I Spiegel Online betonades avsaknaden av ett motsvarande rekvisit i direktivet samt en enhetlig tolkning inom unionen som skäl mot ett krav på förhandssamtycke.²³⁵ Följaktligen kan det tänkas att EU-domstolen hade uttalat sig likadant om offentliggöranderekvisitet. Trots att infosocdirektivet saknar ett offentliggöranderekvisit, kan det emellertid hävdas att införlivandet är korrekt med hänsyn till medlemsstaternas betydande skönsrättsliga utrymme. Konsekvensen av rekvisitet, i de fall ingen annan inskränkingsregel är tillämplig och alstret inte tidigare är offentliggjort, är dock samma som ett krav på förhandssamtycke. Journalisten måste i sådant läge be om rättsinnehavarens tillstånd, vilket försvårar den journalistiska

²³³ Jfr PMÖD mål nr 1473–18 (Mobilfilmen).

²³⁴ Jfr SOU 1956:25 s. 163.

²³⁵ Jfr C-516/17 (Spiegel Online) p. 70–73.

verksamheten, strider mot inskränkningens syfte och kan hindra viktig informations spridning. Att frångå offentliggöranderekvisitet genom direktivkonform tolkning torde bli svårt, eftersom paragrafens ordalydelse inte får ignoreras.²³⁶ Direkt effekt kan vidare endast bli aktuellt vid vertikala rättsförhållanden (jfr avsnitt 4.4.1). Det finns följaktligen starka skäl bakom argumentet att offentliggöranderekvisitet i 23 § URL innebär en felaktig implementering. Detta förutsätter dock att artikel 5.3 c) infosocdirektivet kräver en nationell inskränkning som ger rätt att återge alster utan att de *syns eller hörs under* dagshändelsen, vilket inte är säkert (jfr avsnitt 4.4.2). Om detta inte är ett krav torde inte offentliggöranderekvisitet vara en felaktig implementering, eftersom reportagerätten saknar sådant rekvisit.

4.4.4 Ändamålskravet och informationssyftet

23 § URL anger att alster endast får återges i den mån som motiveras av ändamålet. Av förarbetena framgår att detta avser antalet alster som återges.²³⁷ Artikel 5.3 c) infosocdirektivet anger att användningen får ske endast i den utsträckning som är motiverat med hänsyn till informationssyftet. Vid inkorporeringen av infosocdirektivet ansåg ändamålskravets motsvara direktivet i detta hänseende.²³⁸ Enligt EU-domstolen innebär rekvisitet om informationssyftet att användningen ska vara förenlig med proportionalitetsprincipen.²³⁹ Detta kan avse antalet som återges, men torde sträcka sig längre än så. Det svenska ändamålsrekvisitet framstår därför som snävare än direktivets hänvisning till informationssyftet. Fler aspekter än endast antalet alster bör kunna beaktas vid bedömningen av vad som är proportionerligt att återge. Med tanke på att ändamålsrekvisitet i 23 § URL är förhållandevis brett formulerat anser jag att förarbetsuttalandena bör kunna frångås eller justeras i praxis genom direktivkonform tolkning. Implementeringen torde därför inte vara felaktig i denna del. Med anledning av medlemsstaternas skönsmässiga bedömning kan det emellertid hävdas att

²³⁶ Jfr HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 18 och 28.

²³⁷ SOU 1990:30 s. 467, 484 och 593; Prop. 1992/93: 214 s. 97.

²³⁸ Prop. 2004/05:110 s. 223 f.

²³⁹ C-516/17 (Spiegel Online) p. 68.

det är fullt förenligt med direktivet att tolka informationssyftet så att det avser antalet alster som tillgängliggörs. Vad som är proportionerligt torde dock avgöras av en mängd olika faktorer, varför det är tveksamt om endast antalet alster kan beaktas. I övrigt kan det tänka sig att utfallet i proportionalitetsbedömningen beror på hur nödvändigt det är att allmänheten tar del av själva innehållet i alstret. Om det inte är nödvändigt att ta del av innehållet, torde återgivande av alstret inte vara tillåtet. Angående 25 § URL torde vad som är proportionerligt styras av vad som inte rimligen kunde undvikas att återge.

Vad gäller kravet på god sed i 23 § URL kan anges att artikel 5.3 c) infosocdirektivet endast föreskriver att upphovsinnehavarens namn ska anges, om inte detta visar sig vara omöjligt. URL har inget motsvarande undantag för när det visar sig vara omöjligt (jfr 3 och 11 §§). PMÖD har emellertid angett att dessa bestämmelser i URL ska anses innehålla ett sådant undantag i enlighet med direktivkonform tolkning av artikeln.²⁴⁰

4.4.5 Nyhetsrapportering och olika medier

Vid införlivandet av artikel 5.3 c) infosocdirektivet ansågs rekvisitet nyhetsrapportering ha samma innebörd som redogörelse för en dagshändelse.²⁴¹ PMÖD har instämt i den bedömningen.²⁴² Den engelska språkversionen av artikel 5.3 c) använder begreppet *reporting of current events*, vilket semantiskt stämmer bättre överens med *redogörelse för dagshändelser* än *nyhetsrapportering*. Rekvisitet redogörelse för dagshändelse har för övrigt sin grund i Bernkonventionen. Eftersom rekvisitet ska tolkas direktivkonformt har jag svårt att se hur implementeringen i denna del skulle vara felaktig. EU-domstolens definition av begreppet nyhetsrapportering (jfr avsnitt 2.5.2.1) kan tveklöst tillämpas på rekvisitet redogörelse för dagshändelse.²⁴³

²⁴⁰ PMÖD mål nr PMT 722–17.

²⁴¹ Prop. 2004/05:110 s. 223 f.

²⁴² Jfr PMÖD mål nr PMT 722–17.

²⁴³ Jfr a.a.

Artikel 5.3 c) infosocdirektivet innehåller inte något rekvisit om olika medier, utan nämner enbart nyhetsrapportering. Så som nyhetsrapportering tolkats av EU-domstolens får rekvisitet anses vara tillämpligt på samtliga medier. 23 § URL begränsar däremot tillämpningen till tidningar och tidskrifter. Av PMÖD:s praxis framgår att digitala tidningar omfattas av rekvisitet. Avgörande är att det handlar om journalistisk verksamhet. Radio och tv förefaller dock inte omfattas av 23 § URL, men utan tvekan av artikel 5.3 c) infosocdirektivet. Kan t.ex. SVT vara en tidning? När SVT publicerar artiklar på internet kan hemsidan i linje med PMÖD:s praxis anses vara en digital tidning och således uppfylla rekvisitet.²⁴⁴ Vid rapportering på tv eller SVT-play kan dock 23 § URL förmodligen inte tillämpas. Möjligen kan rapportering via tv och internet ses som en förlängning av en skriven artikel, något som sociala medier bedömts vara i praxis.²⁴⁵ Det framstår dock som tämligen långsökt. Radio och tv omfattas däremot uttryckligen av 25 § URL, men bestämmelsen gäller som framgått endast när alster syns eller hörs under en dagshändelse. Frågan är då om denna implementering hade godkänts av EU-domstolen.

Medlemsstaterna har visserligen ett betydande skönsrättsligt utrymme vid införlivandet. En begränsning till enbart vissa medier framstår emellertid som en omotiverad avgränsning av tillämpningsområdet. Avgränsningen har funnits sedan 1960-talet, och regelns konstruktion verkar inte ha hängt med i teknikutvecklingen. Det kan vara problematiskt att endast journalister som jobbar vid en tidning eller tidskrift kan använda sig av en unionsrättslig inskränkning som är avsedd att gälla för nyhetsförmedling i allmänhet.²⁴⁶ Av lagstiftningsarbetet till infosocdirektivet framgår dessutom att inskränkningarna bör ta hänsyn till den elektroniska miljön.²⁴⁷

²⁴⁴ Jfr PMÖD mål nr PMT 722–17.

²⁴⁵ Jfr a.a.

²⁴⁶ Jfr diskussionen i avsnitt 3.5 om vem som kan anses vara journalist.

²⁴⁷ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, av den 10 december 1997 KOM(97) 628 slutlig, skäl 21.

Avgränsningen till vissa medier kan vidare leda till att en enhetlig tillämpning inom unionen äventyras. EU-domstolen har varit tydlig med att det följer av likhetsprincipen och unionsrättens enhetlighet att artikel 5.3 c) infosocdirektivet ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela unionen.²⁴⁸ Det står dessutom inte medlemsstaterna fritt, trots det skönsmässiga utrymmet, att på ett *icke-harmoniserat* sätt bestämma *samtliga parametrar* av inskränkningen.²⁴⁹ Det finns således en risk att dessa rekvisit inte är förenliga med infosocdirektivet. Ett avgörande från EU-domstolen hade onekligen varit intressant för rättsläget.

4.4.6 Konstverk och vissa närstående rättigheter

Som framgått är 23 § URL enligt ordalydelsen endast tillämplig på konstverk. 25 § URL är tillämplig på samtliga sorters verk. Vissa närstående rättigheter, som ljud- och bildupptagningar, omfattas av 25 § URL, dock inte av 23 § (jfr 46 § tredje stycket). Fotografiska bilder omfattas av båda bestämmelserna (jfr 49 a § fjärde stycket URL). Riksdagsledamotens film i Mobilfilmen hade således aldrig kunnat publiceras med stöd av 23 § URL, utan endast stillbilderna av filmen omfattas av den bestämmelsen.²⁵⁰ Jag har inte hittat någon egentlig motivering i förarbetena till varför ljud- och bildupptagningar inte omfattas av 23 § URL, vilket har varit fallet sen regelns tillkomst.²⁵¹ Gissningsvis är det p.g.a. att 23 § URL inte gäller verk som består av rörliga bilder eller ljud, utan endast konstverk (bildkonst). Frågan diskuterades inte vid genomförandet av infosocdirektivet.²⁵²

Artikel 5.3 c) infosocdirektivet föreskriver ingenting om särskilda typer av verk eller närstående rättigheter, utan nämner *verk eller andra alster*. EU-domstolen har mig veterligen inte uttalat sig om medlemsstaterna kan

²⁴⁸ C-516/17 (Spiegel Online) p. 62.

²⁴⁹ C-516/17 (Spiegel Online) p. 31; C-469/17 (Funke Medien) p. 46.

²⁵⁰ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 28.

²⁵¹ Jfr SOU 1956:25 s. 384; prop 1960:17 s. 243.

²⁵² Jfr Ds 2003:35 och prop. 2004/05:110.

avgränsa tillämpningsområdet på det sätt som den svenska lagstiftningen gjort. Å ena sidan kan det mot bakgrund av medlemsstaternas skönsrättsliga utrymme vid genomförandet hävdas att det borde vara fullt tillåtet. Infosocdirektivet harmoniserar dessutom inte samtliga närstående rättigheter.²⁵³ Å andra sidan riskerar denna utformning, precis som avgränsningen mot vissa medier, att underminera harmoniseringen och enhetligheten inom unionen. Att ljud- och bildupptagningar inte omfattas av 23 § URL kan vidare orsaka problem för medierna och framstår som något märkligt ur avvägningssynpunkt. Nu för tiden är mobilfilmer vanliga och kan därför vara ensamma bevis för händelser (jfr Mobilfilmen). Detta gör dem till potentiellt viktiga verktyg i journalistisk verksamhet. Så länge frågan inte prövats av EU-domstolen är det emellertid svårt att uttala sig mer långtgående.

4.4.7 Skälig avvägning mellan olika intressen

I Mobilfilmen antydde HD att infosocdirektivet kan kräva att inskränkningen vid nyhetsrapportering utformas på ett sätt som ger domstolarna ett större utrymme att väga olika intressen mot varandra.²⁵⁴ För egen del anser jag inte att den nationella inskränkningen måste vara utformad på sådant sätt. EU-domstolen har inte antytt detta i sin praxis, och medlemsstaterna har som framgått ett betydande skönsrättsligt utrymme vid implementeringen.

Oavsett om medlemsstaten stiftar en generalklausul eller inte, ska inskränkningen vid införlivandet utgöra en skälig avvägning mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet, som båda skyddas av EU-stadgan.²⁵⁵ EU-domstolen konstaterade i Spiegel Online och Funke Medien att de nationella domstolarna ska tolka artikel 5.3 c) infosocdirektivet på ett sätt som är fullständigt förenligt med de grundläggande fri- och rättigheterna i unionsrätten. Det hänvisades också till att EU-stadgan ska respektera

²⁵³ Jfr PMÖD mål nr PMT 722–17.

²⁵⁴ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 17–18.

²⁵⁵ Jfr C-516/17 (Spiegel Online) p. 51 och 56; C-469/17 (Funke Medien) p. 67 och 72.

Europakonventionen, vilket kräver att typen av diskurs eller information det handlar om ska beaktas, särskilt i politiska sammanhang (jfr Ashby-fallet).²⁵⁶ Det kan ifrågasättas om den svenska lagstiftningen, som beaktar varken sammanhanget eller diskursen, tar tillräcklig hänsyn till Europakonventionen och EU-stadgan i detta hänseende. Är det skäligt med ett oupplösligt krav på offentliggörande, oavsett vilket informationsintresse som ligger bakom? Visserligen kan ändamålsrekvisitet i 23 § URL tolkas som att kontexten kan beaktas, men såvida alstret inte är offentligtgjort spelar det ingen roll. I övrigt kan det tänkas att en skälig avvägning mellan olika intressen bör ta sikte på de olika skyddsintressena i det enskilda fallet. Är det skäligt att en simpel mobilfilm vid avvägningen mot mediernas intressen ges ett lika starkt skydd som ett verk av stort ekonomiskt och konstnärligt värde? Det kan i alla fall diskuteras. I svensk rätt har emellertid den principiella uppfattningen varit att de närstående rättigheterna är lika skyddsvärda som verk.²⁵⁷

Ett sätt att låta omständigheterna i det enskilda fallet styra utgången, och därmed uppnå en skälig avvägning mellan olika intressen, är att stifta en generalklausul. Nackdelen är dock minskad förutsebarhet. Att helt ta bort t.ex. offentliggöranderekvisitet hade vidare kunnat skada upphovsinnehavarnas legitima intressen på ett betydande sätt, åtminstone när rättsinnehavaren riskerar att förlora ekonomiskt på att alstret offentliggörs av någon annan (jfr trestegsregeln i artikel 5.5). Om rekvisitet togs bort eller modifierades från ett absolut krav till en relevant omständighet, hade det krävts att ändamålsrekvisitet i 23 § URL tillämpades som en proportionalitetsprincip avseende informationssyftet. Knäckfrågan vid regelns tillämpning hade i sådant fall blivit om det var nödvändigt att publicera alstret och i så fall om det journalistiska intresset vägde tyngre än upphovsinnehavarens i det enskilda fallet. Förutsebarheten hade dock oundvikligen försämrats med den ordningen. Oavsett vilket lösning som föredras är det i slutändan en fråga för lagstiftaren.

²⁵⁶ Jfr C-516/17 (Spiegel Online) p. 57–58; C-469/17 (Funke Medien) p. 73–74.

²⁵⁷ Prop. 1994/95:58 s. 34.

4.4.8 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan det konstateras att trots ett betydande skönsmässigt utrymme vid implementeringen av artikel 5.3 c) infosocdirektivet kan medlemsstaterna inte göra precis hur de vill. Unionsrättens harmonisering måste iaktas och ett krav på förhandssamtycke godtas inte. Direktivet torde visserligen inte kräva att medlemsstaterna stiftar en generalklausul, men de måste likväl respektera EU-stadgan, då direktivets bestämmelser syftar till att säkerställa grundläggande fri- och rättigheter samt utgöra en skälig avvägning mellan olika intressen. Vidare ska diskursen och sammanhanget beaktas vid avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet. Det är tveksamt om den svenska lagstiftningen uppfyller detta. Utformningen av 23 och 25 §§ URL ger inget utrymme att beakta sådana omständigheter, åtminstone inte när alstret inte är offentligtgjort. Reportagerättens tillämpningsområde torde sällan aktualisera en sådan bedömning, eftersom den endast gäller alster som syns eller hörs under en dagshändelse.

Offentliggöranderekvisitet i 23 § URL kan innebära en felaktig implementering av direktivet. Vad som talar för detta är avsaknaden av motsvarande rekvisit i direktivet, förbud mot krav på förhandssamtycke samt risk för bristande harmonisering. Vad som talar emot är främst det betydande skönsmässiga utrymmet som medlemsstaterna åtnjuter vid implementeringen. Beträffande övriga rekvisit i den svenska lagstiftningen som gör tillämpningsområdet snävare än direktivet är det oklart om implementeringen är korrekt. Det står och faller mellan det betydande skönsmässiga utrymmet vid genomförandet å ena sidan och unionsrättens harmonisering och enhetlighet å andra sidan.

4.5 Betydelsen av grundläggande fri- och rättigheter i ljuset av ny rättspraxis

4.5.1 Regeringsformen

4.5.1.1 Kort tillbakablick

I avsnitt 4.3.1 redogjordes för EU-domstolens avgöranden i Spiegel Online och Funke Medien. Av dessa prejudikat följer att nationella normer om grundläggande fri- och rättigheter kan tillämpas vid konflikten mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet, förutsatt att unionsrättens verkan och enhetlighet i övrigt inte påverkas.²⁵⁸ Vad detta betyder i praktiken torde i sin tur till stor del bero på rättsläget avseende grundläggande fri- och rättigheter i varje medlemsstat (se avsnitt 4.5.2.2).

I avsnitt 4.2.1 redogjordes för Manifestmålet. Kontentan av prejudikatet är att åtal vid upphovsrättsbrott kan ogillas om intressena av yttrande- och informationsfrihet i det enskilda fallet gör sig särskilt starkt gällande. Det ska i princip handla om nödsituationer. I NJA 1998 s. 838 erinrade HD om Manifestmålet, samtidigt som det påpekades att rättsläget kan ha förändrats genom inkorporeringen av Europakonventionen. Någon närmare vägledning gavs emellertid inte, och det fördes inget resonemang om RF:s betydelse vid konflikten. Denna ordning bekräftades i Mobilfilmen.

4.5.1.2 Yttrande- och informationsfrihet och grundlagskonform tolkning

I Manifestmålet var det något oklart huruvida det skulle handla om en direkt tillämpning av RF eller om ett straffrättsligt undantag som medger undantag för yttrande- och informationsintressen. I Mobilfilmen angavs dock uttryckligen att det rör sig om *straffrättsliga grundsatser* av hänsyn till yttrande- och informationsfriheten. I Manifestmålet angavs vidare att bestämmelserna i URL är förenliga med 2 kap. 1 § RF, vilket upprepades i

²⁵⁸ C-516/17 (Spiegel Online) p. 21–22; C-469/17 (Funke Medien) p. 32–33.

Mobilfilmen.²⁵⁹ Upphovsrätten är således enligt HD en tillåtlig inskränkning av yttrande- och informationsfriheten i RF, vilket även varit uppfattningen i förarbetena.²⁶⁰

Med anledning av HD:s praxis framstår det som främmande att svenska domstolar skulle åsidosätta en upphovsrättslig regel med tillämpning av RF eller ange att en upphovsrättslig regel inskränker yttrande- och informationsfriheten på ett för långtgående sätt, även om särskilt starka yttrande- och informationsintressen gör sig gällande. Att fastställa ytterligare inskränkningar av upphovsrätten, utöver de som finns i URL, med tillämpning av RF framstår också som främmande. I övrigt är betydelsen av att upphovsrätten är grundlagsstadgad inte helt klar. HD verkar mena att när yttrande- och informationsfrihetens grundlagsställning beaktas, bör domstolarna samtidigt ha i åtanke att även upphovsrätten framgår av grundlagen. Någon prövning av respektive rättigheters förhållande till varandra på grundlagsnivå har dock inte förekommit, utan avvägningen har prövats med tillämpning av URL. Yttrande- och informationsfrihet kan däremot påverka tolkningen av URL.²⁶¹ Sådan grundlagskonform tolkning av lagbestämmelser har även skett i tidigare praxis.²⁶² Eftersom HD inte gett någon närmare vägledning om under vilka förutsättningar detta kan ske är de närmare förutsättningarna för en sådan tillämpning oklara i nuläget. 23 och 25 §§ URL är vidare väldigt detaljerat utformade, varför utrymmet i praktiken får anses vara litet.

Andra frågor som varken PMÖD eller HD berörde i Mobilfilmen är huruvida SVT som juridisk person överhuvudtaget kan åtnjuta yttrande- och informationsfriheten i RF samt om dessa friheter kan tillämpas horisontellt (jfr avsnitt 3.3). Eftersom upphovsrätten ansågs vara en tillåtlig inskränkning, skulle SVT:s möjlighet att åberopa dessa friheter kunna anses som underförstådd. Det kan dock hävdas att det uttalandet var av allmän karaktär

²⁵⁹ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 8 och 20.

²⁶⁰ Jfr prop. 1975/76:209 s. 155.

²⁶¹ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 26.

²⁶² Jfr t.ex. NJA 2012 s. 400.

(*obiter dictum*), inte avgörande för utgången i målet (*ratio decidendi*), särskilt eftersom 2 kap. RF inte tillämpades direkt. Frågorna besvarades hur som helst inte i Mobilfilmen. Eftersom 2 kap. RF aldrig tillämpats direkt gentemot upphovsrätten kan frågorna i slutändan anses vara överflödiga.

4.5.2 Unionsrätten

4.5.2.1 EU-stadgans betydelse

EU-domstolen har på ett otvetydigt sätt i Spiegel Online och Funke Medien slagit fast att artikel 11 EU-stadgan inte kan motivera inskränkningar från uphovsinnehavarens ensamrätt. Detta innebär att de nationella domstolarna är hänvisade till att tillämpa nationella regler som implementerar artikel 5.3 c) infocodirektivet eller nationella normer om grundläggande fri- och rättigheter. Betydelsen av att upphovsrätten skyddas av stadgan (artikel 17.2) är något oklar. EU-domstolen har angett att skyddet inte är absolut.²⁶³ En inte orimlig tolkning är att domstolen ser upphovsrättens förankring i stadgan av sekundär betydelse, och infocodirektivet som den primära rättskällan på området. Detta leder till slutsatsen att EU-stadgan, både angående rättsinnehavarens och mediernas intressen, har en tillbakadragen roll.

Denna ordning liknar den som HD, förvisso inte uttryckligen men indirekt, skapat i sin praxis, där RF:s betydelse är underordnad (jfr avsnitt 4.5.1.2). Intresseavvägningen är behandlad i infocodirektivet och EU-stadgan har en underordnad betydelse. Däremot måste medlemsstaterna ta hänsyn till EU-stadgan. EU-domstolen har angett att nivån på stadgans rättighetsskydd ska vara uppnådd vid införlivande av direktiv, oberoende av nivån på skönsmässigt utrymme för medlemsstaterna.²⁶⁴ Felaktig implementering som på ett oproportionerligt sätt inte tar hänsyn till olika fri- och rättigheter kan således leda till ett underskott av skyddet för grundläggande fri- och rättigheter inom EU. Vad detta får för konsekvenser avseende unionsrättens förhållande till Europakonventionen redogörs för i avsnitt 4.5.3.1.

²⁶³ C-516/17 (Spiegel Online) p. 56.

²⁶⁴ C-516/17 (Spiegel Online) p. 20; C-469/17 (Funke Medien) p. 31.

Enligt EU-domstolen ska medlemsstaterna säkerställa att deras lagstiftning utgör resultatet av en skälig avvägning mellan rättsinnehavares och mediers intressen, samt att införlivandet inte strider mot unionens grundläggande fri- och rättigheter.²⁶⁵ Eftersom Europakonventionen kräver att sammanhanget och diskursen beaktas, verkar även EU-stadgan kräva detta. Som angavs i avsnitt 4.4.8 är det tveksamt om pressens lånerätt och reportagerätten uppfyller detta. Jag återkommer till detta i 4.5.3.3.

4.5.2.2 Unionsrättsliga krav på tillämpning av nationella normer

Trots att EU-stadgan inte kan medge ytterligare inskränkningar framgår det av Spiegel Online och Funke Medien att nationella bestämmelser om grundläggande fri- och rättigheter får tillämpas, eftersom artikel 5.3 c) infosocdirektivet inte är en fullständigt harmoniserad åtgärd. Tillämpning av nationella normer får dock ske endast om EU-stadgans skyddsnivå samt unionsrätten företräde, verkan eller enhetlighet respekteras.²⁶⁶ Ingen närmare vägledning ges i detta hänseende. Jag tolkar EU-domstolen som att tillämpningen av nationella regler som ett minimikrav måste ligga på samma nivå som EU-stadgan. Nationella regler torde således kunna tillåtas att ge ett mer extensivt skydd för t.ex. yttrande- och informationsfriheten, men inte ett snävare sådant. Ett mer extensivt skydd får emellertid inte medföra att en rättsinnehavares skydd enligt artikel 17.2 EU-stadgan och infosocdirektivet undergrävs på ett oproportionerligt sätt. Vidare får en sådan tillämpning inte heller underminera den inre marknadens funktion. Exakt hur lång denna nationella tillämpning kan tillåtas att sträcka sig är i nuläget svårt att besvara. Risk för bristande harmonisering och förutsebarhet, som var ett av skälen bakom att EU-stadgan inte kan medge ytterligare inskränkningar, föreligger även vid tillämpning av nationella regler. Frågan är därför om inte detta utrymme i praktiken är väldigt begränsat. Följderna lär oavsett bli små för just svenska domstolar, eftersom HD aldrig direkt tillämpat grundlagens

²⁶⁵ C-516/17 (Spiegel Online) p. 52; C-469/17 (Funke Medien) p. 68.

²⁶⁶ C-516/17 (Spiegel Online) p. 21; C-469/17 (Funke Medien) p. 32.

bestämmelser när upphovsrätten kolliderar med yttrande- och informationsfriheten.

4.5.3 Europakonventionen

4.5.3.1 Presumtionen om unionsrättens konformitet

Europakonventionen är som framgått svensk lag och grundlagsförankrad (jfr 2 kap. 19 § RF). Den är också ett internationellt traktat, och Sverige har en folkrättslig skyldighet att säkerställa dess efterlevnad.²⁶⁷ Konventionsstaterna är skyldiga att säkerställa Europakonventionens skydd även när de tillämpar unionsrätten. EU-stadgan ska ha samma innebörd och räckvidd som Europakonventionen, och bestämmelserna i den förra får inte tolkas så att de inkräktar på den senare (jfr artiklar 52.3 och 53 EU-stadgan). EU har dock inte tillträtt Europakonventionen.²⁶⁸ Vad innebär detta för konventionens betydelse vid konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering?

Frågan har delvis besvarats i Europadomstolens praxis. Domstolen har skapat en presumtion om att unionsrätten respekterar konventionen, eftersom EU har ett likvärdigt skydd för grundläggande fri- och rättigheter. Presumtionen kan dock brytas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.²⁶⁹ Den gäller vidare endast om den aktuella rättsfrågan har prövats av EU-domstolen.²⁷⁰ Rättsfallet som stadgade denna presumtion, *Bosphorus Airways v. Ireland*, handlade om en EU-förordning, som är direkt tillämplig i medlemsstaterna, förenlighet med Europakonventionen. Fallet som nyanserade presumtionen, *Michaud v. France*, handlade om ett EU-direktiv som gav medlemsstaten viss frihet vid genomförandet och där de nationella domstolarna inte begärt förhandsavgörande av EU-domstolen. Att den aktuella rättsfrågan prövats av EU-domstolen torde i praktiken därför

²⁶⁷ NJA 2014 s. 79 p. 15.

²⁶⁸ Bernitz & Kjellgren (2018) s. 157.

²⁶⁹ *Bosphorus Airways v. Ireland*.

²⁷⁰ *Michaud v. France*; jfr också Bernitz & Kjellgren (2018) s. 157.

innebära att en nationell domstol begärt förhandsavgörande.²⁷¹ Vidare slog HD i NJA 2014 s. 79 fast att en svensk domstol endast kan frånga EU-domstolens tillämpning av en unionsrättslig bestämmelse om tillämpningen i ett enskilt fall skulle utgöra en allvarlig och otvetydig kränkning av Europakonventionen. I detta fall hade HD begärt förhandsavgörande av EU-domstolen.

Mot bakgrund av *Michaud v. France* får det konstateras att såvida det handlar om ett direktiv som ger viss frihet vid införlivandet och den aktuella rättsfrågan inte prövats av EU-domstolen så vidhåller Europadomstolen sin rätt att göra en fullständig prövning av lagstiftningens förenlighet med Europakonventionen. I *Mobilfilmen* begärdes inget förhandsavgörande och EU-domstolen har inte prövat den svenska lagstiftningen i något annat fall, trots att det finns tveksamheter angående implementeringen av artikel 5.3 c) infosocdirektivet (jfr avsnitt 4.4). Av EU-domstolens praxis framgår vidare att bestämmelsen inte är en fullständigt harmoniserad åtgärd (jfr avsnitt 4.3.1.2). Precis som i *Michaud v. France* har konventionsstaterna alltså viss frihet i hur direktivet ska implementeras. Eftersom det är oklart om 23 och 25 §§ URL är förenliga med direktivet är det också oklart om unionsrättens motsvarande skydd till Europakonventionen får genomslag. I sådant läge anser jag att presumtionen som unionsrättens konformitet förmodligen inte är tillämplig. Även om den skulle vara tillämplig, kan den brytas om den enskilda visar att den nationella implementeringen kan vara felaktig.

Det är dock inte helt klart hur presumtionen påverkas av huruvida den nationell rättegången har varit ett brottmål eller tvistemål. De straffrättsliga sanktionerna är inte harmoniserade inom EU (jfr avsnitt 2.6), och i *Ashby-fallet* diskuterades inte frågan överhuvudtaget. I tvistemål kan dock sanktionsdirektivet aktualiseras. Vad detta innebär för presumtionen är svårt att veta innan Europadomstolen tagit ställning i frågan.

²⁷¹ Jfr Dernell m.fl. (2016) s. 276 f.

4.5.3.2 Indirekt horisontell effekt

I avsnitt 3.4 redogjordes för att Europakonventionen som utgångspunkt gäller mellan stat och enskild. Bestämmelserna utgör förbud för konventionsstaterna att vidta vissa åtgärder.²⁷² HD har följaktligen slagit fast att konventionen inte har s.k. direkt horisontell effekt såtillvida att enskilda inte kan rikta skadeståndsanspråk grundat på konventionen gentemot varandra.²⁷³

I Mobilfilmen anförde HD att artikel 10 Europakonventionen kan leda till att åtal om upphovsrättsbrott ogillas. Däremot kan enskilt skadeståndsanspråk grundat på upphovsrättsintrång inte ogillas, eftersom konventionen inte har någon omedelbar verkan i enskildas inbördes förhållanden.²⁷⁴ Detta är dock inte samma sak som att civilrättslig nationell lagstiftning inte kan prövas gentemot och anses oförenlig med konventionen. Frågan var inte om SVT kunde grunda skadestånd på konventionen, vilket har att göra med konventionens *direkta* horisontella effekt. Frågan var om skadeståndsskyldighet p.g.a. upphovsrättsintrång under dessa specifika omständigheter är förenligt med konventionen. Oavsett svaret på denna fråga, är det Sverige som stat som hålls ansvarig.²⁷⁵ Artikel 10 kan i vissa fall ge konventionsstaterna en *positiv förpliktelse* att tillförsäkra enskildas rättigheter, även gentemot andra enskilda.²⁷⁶ Detta innebär att konventionen kan ha *indirekt* horisontell effekt mellan enskilda, vilket HD själv konstaterat i sin praxis.²⁷⁷ I dessa positiva förpliktelser ingår både lagstiftning och domstolsavgöranden.²⁷⁸

²⁷² Danelius (2015) s. 58.

²⁷³ Jfr NJA 2007 s. 747 och NJA 2015 s. 899.

²⁷⁴ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 22–26.

²⁷⁵ Jfr Gerards (2019) s. 146.

²⁷⁶ Hudoc, Fuentes Bobo v. Spain,

<<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22002-6095%22%7D%3E>>; Danelius (2015) s. 58 f; van Dijk m.fl. (2018) s. 27 och 777.

²⁷⁷ NJA 2015 s. 899 p. 14–16 och p. 29; jfr även Appleby and Others v. The United Kingdom p. 39.

²⁷⁸ Gerards (2019) s. 146 f; van Dijk m.fl. (2018) s. 777.

HD:s principiella ställningstagande i Mobilfilmen kan således ifrågasättas. HD:s äldre praxis på området och Ashby-fallet handlar visserligen uteslutande om åtal för upphovsrättsbrott, inte ersättningsanspråk. Det framgår dock av både praxis och doktrin att Europakonventionen kan få indirekt horisontell effekt. Att utdömt skadestånd grundat på civilrättslig nationell lagstiftning kan inskränka artikel 10 på ett oproportionerligt sätt har även bekräftats av Europadomstolen (jfr avsnitt 4.5.3.4).²⁷⁹ Att fastställa ersättningsskyldighet för SVT skulle alltså kunna strida mot konventionen. Jag anser därför att domskälen i Mobilfilmen är bristfälliga i denna del. HD borde ha analyserat konventionens indirekta horisontella effekt mer noggrant.

4.5.3.3 Bedömningsmarginalen

Av Ashby-fallet framgår att konventionsstaterna som utgångspunkt har en stor bedömningsmarginal vid konflikten mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet. Europadomstolen uttalade emellertid att sammanhanget bör beaktas, t.ex. om det handlar om en debatt av stort allmänintresse. Detta bekräftades av domstolen i *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden*, där klagomålet avvisades som uppenbart ogrundat. Personer som dömts i svensk domstol för upphovsrättsbrott p.g.a. fildelning klagade vid domstolen och åberopade artikel 10. Domstolen anförde, precis som i Ashby-fallet, att konventionsstaterna åtnjuter en stor bedömningsmarginal när upphovsrätten och yttrande- och informationsfriheten ska vägas mot varandra. Däremot varierar bedömningsmarginalens storlek på ett flertal faktorer, däribland vilken typ av information det handlar om i det enskilda fallet. Fildelning och kriminalisering härav kunde inte tillmätas samma vikt som yttranden och debatt av t.ex. politiskt slag, varför Sverige åtnjöt en särskilt stor bedömningsmarginal.

Kontentan av denna praxis är att konventionsstaterna som utgångspunkt åtnjuter en stor bedömningsmarginal, vilket konstaterats av PMÖD.²⁸⁰ I Mobilfilmen konstaterade inte HD uttryckligen att konventionsstaterna getts

²⁷⁹ Jfr *Axel Springer AG v. Germany* och *Fuentes Bobo v. Spain*.

²⁸⁰ PMÖD mål nr PMT 1473–18 (Mobilfilmen).

en stor bedömningsmarginal. Istället ansågs HD:s äldre praxis och Ashby-fallet ge uttryck för samma princip, nämligen att artikel 10 endast kan medge friande dom för upphovsrättsbrott.²⁸¹ Jag tolkar dock Europadomstolens praxis något annorlunda. Domstolen har gjort en distinktion mellan yttringar av kommersiell och politisk natur, och bedömningsmarginalen är inte lika stor i politiskt sammanhang. Någon sådan distinktion gjordes emellertid inte av vare sig HD eller PMÖD i Mobilfilmen.

Ashby-fallet handlade dock inte om *nyhetsförmedling*. Som framfördes i avsnitt 3.5 har Europadomstolen vid upprepade tillfällen betonat att mediers verksamhet är oumbärlig för demokratin, särskilt i politiska sammanhang.²⁸² Upphovsrättens och *mediefrihetens* inbördes ställning har däremot aldrig prövats av domstolen. Frågan är då i vilken utsträckning hittillsvarande praxis om journalistisk verksamhet i politiska sammanhang är relevant vid konflikten och avvägningen mot upphovsrätt.

4.5.3.4 Journalistisk verksamhet och politiska sammanhang

Avgöranden som *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, *Jersild v. Denmark* och *Oberschlick v. Austria* handlade om åtal för brott vid nyhetsrapportering. Den journalistiska verksamheten markerades i samtliga fall som mycket viktig, och artikel 10 ansågs ha kränkts. I *Oberschlick v. Austria* betonades även vikten av yttrande- och informationsfrihet i *politiska sammanhang*.²⁸³ I annan praxis har dessutom stadgats att skyddsnivån för artikel 10 är särskilt hög när just *journalistisk verksamhet* aktualiseras.²⁸⁴ Dessa avgöranden är intressanta för ett fall som Mobilfilmen, eftersom det handlar om journalistisk granskning av en politiker. Till skillnad från Ashby-fallet handlade dem emellertid inte om en konflikt mellan två konventionsstadgade fri- och rättigheter.

²⁸¹ HD mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen) p. 22–23.

²⁸² Jfr *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, *Jersild v. Denmark* och *Oberschlick v. Austria*.

²⁸³ *Oberschlick v. Austria* p. 58–59.

²⁸⁴ *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* p. 62.

Det gjorde däremot Axel Springer AG v. Germany, som gällde konflikten mellan rätten till respekt för privatlivet (jfr artikel 8) och mediefriheten. Domstolen konstaterade att rätten till privatliv kan inskränka artikel 10. Konventionsstaterna åtnjuter en bedömningsmarginal avseende båda rättigheterna. Förutsatt att den nationella avvägningen mellan de båda rättigheterna är förenlig med de kriterier för avvägningen som domstolen anger, krävs stark anledning för att domstolen inte ska respektera de nationella domstolarnas avgöranden. Domstolen angav därefter vilka kriterier som ska användas vid avvägningen mellan rätten till privatliv och yttrande- och informationsfrihet, bl.a. allmänintresset av publiceringen samt allvaret i den utdömda sanktionen. Trots att tvisten i de nationella domstolarna var mellan enskilda, där den klagande tidningen hade förpliktats att betala skadestånd grundat på civilrättsliga regler, hade artikel 10 kränkts (jfr avsnitt 4.5.3.2). Domstolen uttalade också att även om skadestånd är en mildare sanktion än straff, kan det likväl få en avskräckande effekt på nyhetsförmedlingen.²⁸⁵

De kriterier som framförts i praxis avseende avvägningen mellan artiklarna 8 och 10 Europakonventionen kan inte utan vidare tillmätas någon större vikt vid avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet. Det kan dock tänka sig att vissa kriterier skulle kunna användas, t.ex. allmänintresset av publiceringen, dess innehåll, sammanhanget samt allvaret i den utdömda sanktionen. Som nämnts ovan anger Ashby-fallet att bedömningsmarginalen är snävare i politiska sammanhang, och domstolen har i ett flertal avgöranden betonat vikten av journalistisk frihet i sådana angelägenheter. Således är det inte osannolikt att Europadomstolen hade nyanserat och utvecklat rättsbildningen i ett fall som Mobilfilmen. En mer noggrann avvägning baserat på ett flertal kriterier, t.ex. karaktären hos det skyddade alstret, syftet med och vikten av publiceringen samt den utdömda sanktionen är parametrar som föreslagits i doktrinen.²⁸⁶

²⁸⁵ Axel Springer AG v. Germany p. 109.

²⁸⁶ Jfr Bengtsson (2016) s. 122–126.

4.5.4 Sammanfattning

Vilken vikt kan grundläggande fri- och rättigheter sammanfattningsvis tillmätas? EU-stadgan kan inte medge ytterligare inskränkningar än vad som redan framgår av infosocdirektivet. Unionsrätten tillåter däremot, under vissa förutsättningar, att nationella normer om grundläggande fri- och rättigheter tillämpas. RF verkar dock inte heller kunna medge ytterligare inskränkning av upphovsrätten. Grundlagskonform tolkning kan aktualiseras, men utformningen av 23 och 25 §§ URL ger litet utrymme för det. EU-stadgan ska vidare beaktas av medlemsstaterna vid genomförande, tillämpning och tolkning av infosocdirektivet.

Angående Europakonventionen kan konstateras att när upphovsrätten kolliderar med yttrande- och informationsfriheten ska det ske en avvägning där konventionsstaterna som utgångspunkt åtnjuter en relativt extensiv bedömningsmarginal. Innan Europadomstolen uttryckligen har nyanserat ställningstagandet i Ashby-fallet kan inga säkra slutsatser om rättsläget dras. Mot bakgrund av domstolens övriga praxis om mediefriheten i politiska sammanhang, samt att det redan i Ashby-fallet angavs att bedömningsmarginalen är mindre i politiska sammanhang, är det emellertid sannolikt att domstolen hade tillämpat en betydligt snävare bedömningsmarginal och gjort en närmare proportionalitetsbedömning, likt den i Axel Springer AG v. Germany. Detta förutsätter dock att presumtionen om unionsrättens konformitet antingen brutits eller inte tillämpas. Liksom grundlagskonform tolkning torde konventionskonform tolkning av 23 och 25 §§ URL mot bakgrund av deras detaljerade utformning inte leda någonvart.

Europakonventionen verkar kräva att diskursen och sammanhanget, särskilt politiska sådana, beaktas när upphovsrätten ska balanseras mot yttrande- och informationsfriheten. Eftersom EU-stadgan ska motsvara konventionen, förefaller även stadgan kräva detta. Som konstaterades i avsnitt 4.4.8 är det tveksamt om detta fått genomslag i svensk rättstillämpning. Det beaktades i

alla fall inte alls av HD i Mobilfilmen. Det är inte säkert att artikel 10 kan få indirekt horisontell effekt vid konflikten med upphovsrätt. Att upphovsrättslagstiftningen såvida alstret inte är offentliggjort inte ger tillräckligt utrymme att beakta starka allmänintressen i politiska sammanhang kan ses som en oproportionerlig inskränkning av artikel 10. Vad som talar emot är den (hittills) stora bedömningsmarginalen, förenat med det faktum att lagstiftningen övervägts i flera lagstiftningsärenden. Mot bakgrund av upphovsrättens starka förankring inom EU, kan det vidare tänkas att Europadomstolen av pragmatiska skäl hade varit försiktig med att detaljerat ange vilka kriterier som ska användas vid avvägningen.

5 Avslutande reflektioner och slutsatser

5.1 Allmänt om konflikten

Konflikten mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet vid nyhetsrapportering uppstår när medier använder ett skyddat alster på ett sätt som inkräktar på rättsinnehavarens ensamrätt. Åtgärden innebär därför intrång, vilket upphovsinnehavaren som utgångspunkt har rätt att hindra. Intrånget kan vara både skadestandsgrundande och straffbart. Samtliga prejudikatinstanser förefaller vara ense om att upphovsrätten är en inskränkning av yttrande- och informationsfriheten. Det finns även upphovsrättsliga inskränkningar som avser att tillgodose andras yttrande- och informationsfrihet. Yttrande- eller informationsfrihet är vidare nödvändig för att kunna skapa något som skyddas. Rättsläget kompliceras ytterligare av att flera olika rättsområden, civilrätt, konstitutionell rätt, unionsrätt och konventionsrätt, aktualiseras. Rättsläget innehåller dessutom med varierande grad oklarheter i form av skönsmässigt utrymme vid infosocdirektivets genomförande samt bedömningsmarginal avseende Europakonventionen. Ämnet är följaktligen mångsidigt och inte helt okomplicerat.

Det kan konstateras att det inte är det upphovsrättsliga skyddet i sig utan snarare ensamrätten som orsakar konflikten. Eftersom ensamrätten endast avser viss form (skyddsobjektet) är även begränsningen av yttrande- och informationsfriheten formlig. Ensamrätten förhindrar inte medier från att sprida yttranden eller information i sig, utan endast genom att använda skyddat alster. Informationsintresset torde vara mindre skyddsvärt om alstrets innehåll är helt fiktivt. Konflikten ställs istället på sin spets när alstret utgör en relevant informationskälla av en verklig händelse, eftersom medierna har rätt att informera allmänheten, särskilt om makthavare.

5.2 Avvägningens rättsliga hantering

5.2.1 Detaljerade bestämmelser äventyrar implementeringen av infosocdirektivet

I avsnitt 1.3 ställdes frågor om de upphovsrättsliga förutsättningarna att använda skyddade alster vid nyhetsrapportering och om artikel 5.3 c) infosocdirektivet är korrekt implementerad i svensk lag. Lagstiftaren har tagit på sig huvudansvaret för avvägningen genom att stifta detaljerade bestämmelser. Domstolarna ges ytterst begränsat, om ens något, utrymme att väga olika intressen mot varandra. Endast vissa alster, exempelvis konstverk och fotografiska bilder, omfattas av 23 § URL, och de måste vara offentliggjorda för att få återges. Vidare ingår bara tidningar och tidskrifter i bestämmelsen. 25 § URL gäller fler alster och medier än 23 §, men är bara tillämplig när alster syns eller hörs under en dagshändelse, inte när alstret visas för att förmedla en nyhet.

Artikel 5.3 c) infosocdirektivet är emellertid inte detaljerat utformad, och URL:s bestämmelser innehåller flera rekvisit utan motsvarighet i direktivet. Det åligger huvudsakligen på medlemsstaterna att säkerställa en skäligen avvägning mellan de intressen som aktualiseras. Även om medlemsstaterna åtnjuter ett betydande skönsmässigt utrymme vid implementeringen, riskerar utformningen av 23 och 25 §§ URL att underminera en enhetlig och harmoniserad rättstillämpning inom unionen. Särskilt offentliggöranderekvisitet är ett stort frågetecken efter Spiegel Online. Vidare förefaller EU-stadgan kräva att typen av diskurs eller information måste beaktas vid avvägningen, eftersom Europakonventionen kräver detta. Den svenska lagstiftningen ger emellertid i princip inget utrymme att beakta sammanhanget. Detta kan också leda till att implementeringen är felaktig, eftersom infosocdirektivet ska tolkas mot bakgrund av EU-stadgan. Mot bakgrund av den detaljerade utformningen av 23 och 25 §§ URL torde ny praxis från EU-domstolen inte kunna påverka det svenska rättsläget avsevärt, eftersom direktivkonform tolkning inte får leda till att lagtextens ordalydelse åsidosätts. Reglernas konstruktion kan endast ändras av lagstiftaren. Dock

kan Europadomstolens praxis påverka den svenska rättstillämpningen (se nedan).

Innan EU-domstolen har prövat antingen den svenska lagstiftningen eller annan medlemsstats lagstiftning som i princip överensstämmer med den svenska, kan inte slutsatsen att implementeringen är felaktig med säkerhet dras. De problem som föranleds av de detaljerade bestämmelserna talar emellertid förhållandevis starkt för att så är fallet. Vad som talar emot är att artikel 5.3 c) inte är en fullständigt harmoniserad åtgärd.

5.2.2 Grundläggande fri- och rättigheter beaktas i bakgrunden

I avsnitt 1.3 ställdes även frågan vilken betydelse grundläggande fri- och rättigheter har. Yttrande- och informationsfriheten skyddas av samtliga rättighetskataloger. Upphovsrätten skyddas också av dessa, dock är skyddets innebörd i rättighetskatalogerna något oklar. EU-stadgan kan inte medge fler inskränkningar än infosocdirektivet. Trots att det inte angetts uttryckligen, verkar RF inte heller kunna leda till detta. Det framgår av både praxis och förarbeten att upphovsrätten är en tillåtlig inskränkning av yttrande- och informationsfriheten i RF.

Mot bakgrund av Ashby-fallet torde däremot Europakonventionen under vissa omständigheter kunna leda till att upphovsrätten får ge vika för yttrande- och informationsfriheten. Dessa omständigheter är dock inte klarlagda i Europadomstolens praxis, men enligt Ashby-fallet ska diskursen och sammanhanget beaktas, särskilt politiska sådana. Det är högst tveksamt om 23 och 25 §§ URL i nuläget tillgodoser detta krav. Med anledning av domstolens övriga praxis om mediernas vikt för det demokratiska samhället, är det troligt att bedömningsmarginalen vid avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet är betydligt snävare vid nyhetsrapportering. Om yttrande- och informationsfriheten skulle kunna gå före vid en konflikt med upphovsrätten, skulle det kunna vara när

avvägningen sker inom ramen för journalistisk granskning av en politiker. Liksom direktivkonform kan konventionskonform tolkning förmodligen inte medföra att bestämmelserna i URL tillämpas så att detta krav får genomslag. Eftersom konventionen är svensk lag kan emellertid en utveckling av Europadomstolens praxis påverka rättsläget utan att lagstiftaren ingriper.

Domstolarna är restriktiva med att åsidosätta rättsinnehavares anspråk med anledning av yttrande- och informationsfriheten. Detta har ännu aldrig skett i praxis. Avvägningen har främst hanterats inom det upphovsrättsliga regelverket. Förutsatt att ordalydelsen tillåter det kan dock yttrande- och informationsfriheten påverka tolkningen av de upphovsrättsliga bestämmelserna. Detta leder till slutsatsen att grundläggande fri- och rättigheter har en tillbakadragen roll, åtminstone i svensk och unionsrättslig praxis. De beaktas tolkningsvägen snarare än att tillämpas direkt. Mot denna bakgrund kan upphovsrätten anses ha en stark ställning gentemot yttrande- och informationsfriheten, även i ett medialt sammanhang.

5.3 Kvarstående frågor

Trots att det på sistone kommit flera prejudikat på området kvarstår en del frågor. EU-stadgans betydelse för ämnet och vissa frågor angående implementeringen av infosocdirektivet har klargjorts. Frågor om den svenska implementeringen är emellertid inte slutligt avgjorda förrän EU-domstolen uttalat sig. Enligt HD kan artikel 10 Europakonventionen endast medföra att åtal, inte ersättningsanspråk, vid upphovsrättsintrång ogillas. Som framgått är det inte självklart att detta kommer stå sig vid eventuell prövning i Europadomstolen.

Frågor relaterade till infosocdirektivet har vidare betydelse för Europakonventionens verkan. Det mesta talar för att presumptionen om unionsrättens konformitet inte kan upprätthållas, men det är inte helt säkert. Europadomstolen har vidare aldrig prövat konflikten och avvägningen mellan upphovsrätt och yttrande- och informationsfrihet i ett medialt sammanhang.

Tills det har skett är det oklart hur stor bedömningsmarginalen är, vilka parametrar som avvägningen ska utgå ifrån samt om yttrande- och informationsfriheten kan gå före upphovsrätten i ett horisontellt förhållande. 23 och 25 §§ URL och ett fall som Mobilfilmen tangerar samtliga dessa frågor. Avslutningsvis hade ett klagomål mot Sverige i Europadomstolen således varit intressant för rättsutvecklingen.

Käll- och litteraturlförteckning

Offentligt tryck

Europeiska unionen

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, KOM(97) 628 slutlig

Sverige

Utredningsbetänkanden

Statens offentliga utredningar

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

SOU 1972:15 Ny regeringsform, ny riksdagsordning

SOU 1978:34 Förstärkt skydd för fri- och rättigheter

SOU 1990:30 Översyn av upphovsrättslagstiftningen: fotografirättens integration, 2 kap. upphovsrättslagen, särskilda frågor om konstverk: slutbetänkande

Departementsserien

Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

Propositioner

Kungl. Maj:ts proposition nr 17 år 1960

Regeringens proposition 1975/76:209 om ändring i regeringsformen

Regeringens proposition 1992/93:214 om ändringar i upphovsrättslagen

Regeringens proposition 1994/95:98 Uthyrning och utlåning av upphovsrättsligt skyddade verk, m.m.

Regeringens proposition 1996/97:111 Rättsligt skydd för databaser m.m.

Regeringens proposition 2004/05:110 Upphovsrätten i informationssamhället – införande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

Regeringens proposition 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG

Regeringens proposition 2016/17:57 Patent- och marknadsdomstol

Övrigt riksdagstryck

Motion 1985/86: L245 Upphovsrätt kontra tryckfrihetsrätt, Karin Ahrland & Birgit Friggebo (fp)

Motion 1985/86: L254 Översyn av upphovsrättslagstiftningen, Nic Grönvall (m)

Litteratur

Axberger, Hans-Gunnar (2019), *Yttrandefrihetsgrundlagarna – Yttrandefrihetens gränser efter 2019 års grundlagsreform*. Fjärde upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Bengtsson, Henrik (2016), *I gränlandet mellan upphovsrätt och informationsfrihet* i: Axhamn, Johan & Carlsson, Stephan & Karnell, Gunnar & Kur, Annette & Nordell, Per Jonas & Westman, Daniel (red): *Liber amicorum Jan Rosén*, eddy.se AB, Visby.

Bernitz, Liv, *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision – Om upphovsrättsliga yttrandefrihetsbegränsningar och offentlighetsprincipens genomslag*. SvJT 2000 s. 340–358.

Bernitz, Ulf (2012), *Europarättens genomslag*. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Bernitz, Ulf & Kjellgren Anders (2018), *Europarättens grunder*. Sjätte upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Bernitz, Ulf & Pehrson, Lars & Rosén, Jan & Sandgren, Claes (2017), *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. Fjortonde upplagan, Jure förlag AB, Stockholm.

Bruun Andersen, Pernille (2018), *Ophavsret & ytringsfrihed*. Ex Tuto, Köpenhamn.

Bull, Thomas & Sterzel, Fredrik (2019), *Regeringsformen – en kommentar*. Fjärde upplagan, Studentlitteratur AB, Lund.

Dahlman, Christian (2019), *Begreppet prejudikat* i: Dahlman, Christian & Wahlberg, Lena (red): *Juridiska grundbegrepp – En vänbok till David Reidhav*. Studentlitteratur, Lund.

Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Femte upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Derlén, Mattias & Lindholm, Johan & Naartjärvi, Markus (2016), *Konstitutionell rätt*. Wolters Kluwer Sverige AB, Stockholm.

Funcke, Nils (2019), *Att publicera*. Andra upplagan, Studentlitteratur AB, Lund.

Gerards, Janneke (2019), *General principles of the European Convention on Human Rights law*. Cambridge University Press, Cambridge.

Goldberg, David & Sutter, Gavin & Walden, Ian (2009), *Media Law and Practice*. Oxford University Press Inc., New York.

Hammarén, Anna, *Järnrörsmålet i HD – yttrandefriheten får stå tillbaka för upphovsrätten*. NIR 2020 W 2.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (2011), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Kleineman, Jan (2013), *Rättsdogmatisk metod* i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur AB, Lund.

Lebeck, Carl (2016), *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*. Andra upplagan, Studentlitteratur AB, Lund.

Levin, Marianne & Hellstadius, Åsa (2019), *Lärobok i immaterialrätt*. Tofte upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika (2018), *Grundläggande immaterialrätt*. Fjärde upplagan, Gleerups utbildning AB, Malmö.

Olsson, Henry (2018), *Copyright – Svensk och internationell upphovsrätt*. Tionde upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Peczenik, Aleksander (1995), *Vad är rätt? – Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Fritzes Förlag AB, Stockholm. (cit. Peczenik 1995a)

Peczenik, Aleksander (1995), *Juridikens teori och metod*. Fritzes Förlag AB, Stockholm. (cit. Peczenik 1995b)

Reichel, Jane (2013), *EU-rättslig metod* i: Korling Fredric & Zamboni, Mauro: *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur, Lund.

Rosén, Jan, (2004), *Copyright and freedom of expression in Sweden – private law in a constitutional context* i: Torremans, Paul: *Copyright Law – A*

handbook of Contemporary research. Edward Elgar Publishing Limited, Inc., Northampton, Massachusetts.

Rosén, Jan, *Freedom of expression in lineage with authors' rights*. NIR 2007 s. 1–10.

Rosén, Jan, *Informationsfrihet eller respekt för upphovsrätten – järnrörsfilmen redo för Högsta domstolens prövning*. NIR 2019 W 14.

Sandgren, Claes (2018), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*. Fjärde upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

van Dijk, Pieter & van Hoof, Fried & van Rijn, Arjen & Zwaak, Leo (2018), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Femte upplagan, Intersentia Ltd, Cambridge.

Wennersten, Ulrika (2014), *Immaterialrätt och skydd av samhällsideal – En studie av klassikerskyddet i upphovsrätten och undantagen i varumärkesrätten, mönsterrätten och patenträtten för allmän ordning och goda seder*. Media-Tryck, Lunds universitet, Lund.

Westman, Daniel (2016), *Nya utmaningar för medierätten i*: Axhamn, Johan & Carlsson, Stephan & Karnell, Gunnar & Kur, Annette & Nordell, Per Jonas & Westman, Daniel (red): *Liber amicorum Jan Rosén*, eddy.se AB, Visby.

Åhman, Karin (2019), *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*. Andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Lagkommentarer

Juno internet, Norstedts Juridik, kommentaren till 2 kap. RF, Isberg & Eliason, 2019-01-01.

Juno internet, Norstedts Juridik, lagkommentar till 2 kap. 1 § RF, Isberg & Eliason, 2019-01-01.

Juno internet, Lexino, lagkommentar till 2 kap. 16 § RF, Jermsten, 2018-01-01.

Juno internet, Norstedts Juridik, lagkommentar till 23 § URL, Adamsson m.fl., 2018-07-01.

Juno internet, Norstedts Juridik, lagkommentar till 23 § URL, Olsson & Rosén, 2018-12-01.

Juno internet, Norstedts Juridik, lagkommentar till 1 § URL, Olsson & Rosén, 2018-12-01.

Juno internet, Norstedts Juridik, lagkommentar till 25 § URL, Olsson & Rosén, 2018-12-01.

Juno internet, Norstedts Juridik, lagkommentar till 25 § URL, Adamsson m.fl., 2018-07-01.

Juno internet, Norstedts Juridik, lagkommentar till 2 kap. 1 § RF, Eliason & Isberg, 2019-01-01.

Juno internet, Lexino, lagkommentar till 2 kap. 1 § RF, Henrik Jermsten, 2019-07-01.

Juno internet, Lexino, lagkommentar till 2 § URL, Olin, 2019-12-30.

Juno internet, Lexino, lagkommentar till 23 § URL, Olin, 2019-12-30.

Elektroniska källor

Expressen, *Almqvist och Ekeröth beväpnar sig med järnrör*, 2012-11-15
<<https://www.expressen.se/nyheter/almqvist-och-ekeroth-bevapnar-sig-med-jarnror/>>, besökt 2020-01-28

Dagens Nyheter, *Järnrörsskandalen*,
<<https://www.dn.se/om/jarnrorsskandalen/?offset=12>>, besökt 2020-01-28

Nationalencyklopedin, *media*,
<<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/1%C3%A5ng/medier>>,
besökt 2020-02-26.

Nationalencyklopedin, *massmedier*,
<<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/1%C3%A5ng/massmedier>>,
besökt 2020-02-26.

Wikipedia, *Järnrörsskandalen*,
<<https://sv.wikipedia.org/wiki/J%C3%A4rn%C3%B6rsskandalen>>, besökt
2020-01-28.

Hudoc, Ashby Donald and Ohters v. France,
<<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-7393%22%5D%7D>>,
besökt 2020-04-08.

Hudoc, Fuentes Bobo v. Spain,
<<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-6095%22%5D%7D>>,
besökt 2020-05-08.

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC], no. 73049/01, 2007-01-11

Appleby and Others v. The United Kingdom, no. 44306/98, 2003-05-06

Ashby Donald and others v. France, no. 36769/08, 2013-01-13 (Ashby-fallet)

Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, 2012-02-07

Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirket v. Ireland [GC], no. 45036/98, 2005-06-30 (Bosphorus Airways v. Ireland)

Fuentes Bobo v. Spain, no. 39293/98, 2000-02-29

Handyside v. The United Kingdom [plenary], no. 5493/72, 1976-12-07

Jersild v. Denmark [GC], no. 15890/89, 1994-09-23

Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], nos. 21279/02 & 36448/02, 2007-10-22

Melnychuk v. Ukraine, no. 28743/03, 2005-07-05

Michaud v. France, no. 12323/11, 2012-12-06

Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden, no. 40397/12, 2013-02-19

Oberschlick v. Austria [plenary], no. 11662/85, 1991-05-23

Observer and Guardian v. The United Kingdom [plenary], no. 13585/88, 1991-11-26

VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, 2001-06-28

Sergey Zolotukhin v. Russia [GC], no. 14939/03, 2009-02-10

EU-domstolen

Avgöranden

Europeiska unionens domstols dom 10 april 1984, von Colson, C-14/83, EU:C:1984:153

Europeiska unionens domstols dom 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292

Europeiska unionens domstols dom 2 juni 2005, Mediakabel, C-89/04, EU:C:2005:348

Europeiska unionens domstols dom 14 juli 2005, Lagardère Active Broadcast, C-192/04, EU:C:2005:475

Europeiska unionens domstols dom 29 januari 2008, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54,

Europeiska unionens domstols dom 16 juli 2009, Infopaq, C-5/08, EU:C:2009:465

Europeiska unionens domstols dom 24 november 2011, Scarlet, C-70/10, EU:C:2011:771

Europeiska unionens domstols dom 1 december 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798

Europeiska unionens domstols dom 26 februari 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107

Europeiska unionens domstols dom 13 februari 2014, Svensson m.fl., C-466/12, EU:C:2014:76

Europeiska unionens domstols dom 19 april 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278

Europeiska unionens domstols dom 15 september 2016, McFadden, C-484/14, EU:C:2016:689

Europeiska unionens domstols dom 29 juli 2019, Funke Medien, C-469/17, EU:C:2019:623

Europeiska unionens domstols dom 29 juli 2019, Spiegel Online, C-516/17, EU:C:2019:625

Generaladvokatens förslag till dom

Förslag till avgörande av generaladvokat Maciej Szpunar i mål C-516/17 (Spiegel Online), föredraget 10 januari 2019, EU:C:2019:16.

Högsta domstolen

NJA 1985 s. 893 (Manifestmålet)

NJA 1986 s. 702

NJA 1996 s. 712

NJA 1998 s. 838

NJA 2005 s. 462

NJA 2005 s. 805

NJA 2007 s. 747

NJA 2009 s. 463

NJA 2012 s. 400

NJA 2012 s. 975

NJA 2013 s. 502

NJA 2013 s. 1162

NJA 2014 s. 79

NJA 2015 s. 45

NJA 2015 s. 899

NJA 2015 s. 1097

NJA 2016 s. 212

Högsta domstolens dom 2020-03-18, mål nr T 4412–19 (Mobilfilmen)

Underrätterna

Patent- och marknadsöverdomstolens dom 2018-10-05, mål nr PMT 722–17

Patent- och marknadsöverdomstolens dom 2019-07-15, mål nr PMT 1473–18 (Mobilfilmen)

Hovrätten för Västra Sveriges dom 2016-05-17, mål nr FT 2348–15

Lunds tingsrätts dom 2014-12-10, mål nr FT 1046–14