



LUND UNIVERSITY

Några kompletterande reflektioner om EU-rättens påverkan på nordiskt samarbete inom upphovsrättens område

Axhamn, Johan

Published in:

NIR: Nordiskt immateriellt rättsskydd

2020

Document Version:

Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Axhamn, J. (2020). Några kompletterande reflektioner om EU-rättens påverkan på nordiskt samarbete inom upphovsrättens område. *NIR: Nordiskt immateriellt rättsskydd*, 89(1), 104-109.

Total number of authors:

1

Creative Commons License:

Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

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

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

Take down policy

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

LUND UNIVERSITY

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

Några kompletterande reflektioner om EU-rättens påverkan på nordiskt samarbete inom upphovsrättens område

*Av jur.dr Johan Axhamn**

1. Inledning

Som flera talare vid symposiet har framhållit, har upphovsrätten i de nordiska länderna genomgått en stor förändring de senaste 15–20 åren. Förändringen inleddes med genomförandet¹ av det s.k. infosoc-direktivet² i början av 2000-talet och den har förstärkts av rättsutvecklingen som har skett genom de många förhandsavgöranden som EU-domstolen har meddelat sedan dess. Domstolen har stundtals beskrivits – eller anklagats – för att vara aktivistisk och för att skapa rätt (”lagstifta”) snarare än att meddela endast tolkningsbesked. Det här är inte rätt plats att göra en fullständig analys av denna mer principiella fråga om förhållandet mellan EU-rätt och nationell rätt och domstolens roll som den högsta uttolkaren av unionsrätten.

Jag får möjligen anledning att återkomma till denna stora fråga i ett annat sammanhang. Jag vill ändå framhålla här att jag har svårt att skiljas från tanken på att en del av kritiken mot EU-domstolen, från ett EU-rättsligt perspektiv möjligen kan ge ett något nattståndet intryck. Närmare besett har EU-domstolen genom hela sin historia blivit kritiserad för att gå utöver sina tilldelade (makt-)befogenheter. Grundläggande element och förutsättningar för det europeiska integrationsarbetet har etablerats genom domstolens banbrytande avgöranden om EU-rättens direkta effekt och företräde, liksom krav på direktivkonform tolkning och statsansvar vid bristfälligt (helt eller delvis) genomförande av EU-direktiv. I backspeglarna är det svårt att föreställa sig hur EU-samarbetet skulle ha kunnat nå sitt befintliga djup utan domstolens inblandning. Det är samtidigt svårt att tro att domstolen i dessa situationer egentligen hade något val. Om domstolen inte hade utvecklat doktrinerna om direkt effekt och unionsrättens företräde hade det europeiska samarbetet knappast kunnat utvecklas från ett rent mellanstatligt samarbete till ett mellanstatligt samarbete med starka överstatliga inslag, vilket

* Universitetslektor i handelsrätt, Institutionen för handelsrätt, Ekonomihögskolan vid Lunds universitet.

¹ Prop. 2004/05:110, Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, EUT L 167, 22.6.2001, s. 10–19.

bl.a. EU:s institutioner, beslutsordningar och lagstiftningsprocess är ett uttryck för. På samma sätt tror jag att många kommer att betrakta det vi nu uppfattar som domstolens aktivism på upphovsrättens område som en naturlig utveckling på ytterligare ett rättsområde. Det hade exempelvis varit oförenligt med den grundläggande harmoniseringstanken att låta var och en av medlemsstaterna själv definiera och avgränsa grundläggande upphovsrättsliga begrepp som ”verk”, ”överföring till allmänheten”, ”mångfaldigande” och ”spridning”. Domstolen hade, enligt min uppfattning, helt enkelt inte fyllt sin funktion om den inte uttryckt att dessa centrala upphovsrättsliga begrepp ska ges en självständig (autonom) och enhetlig tolkning inom unionen.³

Det riktiga startskottet för den rättsutveckling som domstolens praxis har inneburit för upphovsrätten inom EU får sägas vara Infopaq-avgörandet.⁴ Med några få penndrag – i praktiken några stycken i domen – harmoniserar domstolen verksbegreppet inom EU.⁵ Sedan länge etablerade uppfattningar om skillnader i verksuppfattning och verksbegrepp mellan olika rättstraditioner, liksom hyllmeter av juridisk doktrin, sköts åt sidan till förmån för behovet av enhetlighet inom unionen.

Utöver de tolkningsbesked (resultat) som domstolens omfattande praxis har gett uttryck för, är det framförallt dess tolkningsmetod(er) som har gjort mest avtryck på rättsutvecklingen i praxis på upphovsrättsområdet.⁶ Domstolen använder sig av en kombination av språklig (textuell), systematisk (kontextuell) och syftesorienterad (teleologisk) tolkningsmetod. Dessa tolkningsmetoder är väl etablerade i unionsrätten sedan länge och borde inte förvåna någon. När den tillämpas inom ett område som sedan tidigare domineras av nationella traditioner, ofta starkt förankrad i mångårig praxis och teoribildning i nationell doktrin, så kan det dock leda till vad som snarast kan beskrivas som en *identitetskris*. Den övergripande rubriken för det här symposiet – *Finns en nordisk upphovsrätt?* – är ett uttryck för det.

Domstolens praxis ”fyller ut” eller ”kompletterar” uttryckligen direktivreglering. Detta kan innebära att nationella lagstiftare känner sig överkörda – domstolen anklagas för att ta lagstiftarens roll och gå emot enighet som kan ha funnits mellan medlemsstaterna i rådet om att vissa begrepp inte ska omfattas av harmoniseringen. Nationella domare känner sig inte hemma i den metod och den begreppsbyggande som EU-domstolen använder sig av och försöker ibland att ”snäva in” eller ”isolera” EU-rättsliga element. Detsamma kan i stor utsträckning gälla för doktrinen – rättsvetare som ägnat många år åt att läsa in sig mer än någon annan på upphovsrättens många förgreningar och rötter, kan känna sig hotade av EU-domstolens ”aktivism” och tolkningsbesked.

³ Se bl.a. Axhamn, *Striving for Coherence in EU Intellectual Property Law: A Question of Methodology*, i *Liber Amicorum Jan Rosén* (2016) s. 35 ff.

⁴ Mål C-5/08, *Infopaq International*, EU:C:2009:465.

⁵ Om *Infopaq-avgörandet* och efterföljande praxis från EUD och dess påverkan på harmoniseringen av verksbegreppet inom EU, se Axhamn, *Databasskydd*, Stockholm: Juridiska institutionen, Stockholms universitet (2016) s. 138 ff.

⁶ Se härom t.ex. Axhamn, *Striving for Coherence in EU Intellectual Property Law: A Question of Methodology*, i *Liber Amicorum Jan Rosén* (2016) s. 35 ff.

I det följande kommer jag att titta närmare på några av de effekter som, enligt min uppfattning, följer för upphovsrätten i de nordiska länderna i kölvattnet av den harmonisering som skett och den praxis som domstolen har utvecklat. Det handlar om följande frågor: nationell lagstiftning som genomför direktiv samt tillhörande nationella förarbeten (avsnitt 2), de nationella domstolarnas förändrade roll (avsnitt 3), samt rättsvetenskapens förändrade roll i detta nya, snabbt föränderliga landskap (avsnitt 4). Avslutningsvis följer en sammanfattande diskussion med slutsatser (avsnitt 5). Var och en av dessa aspekter skulle utan svårighet kunna ägnas varsin längre artikel, varför jag återigen vill framhålla att framställningen är översiktlig.

2. Nationell lagstiftning som genomför direktiv samt tillhörande nationella förarbeten

Redan i samband med att Sverige blev medlem av EU i mitten av 1990-talet uppmärksammades att den starka ställning som rättskälla – inte endast tolkningsmedel – som förarbeten haft i svensk rättstradition, skulle komma att ändras. Det stod tidigt klart att EG-rättens krav på företräde samt direkt och indirekt effekt stod i tydlig kontrast till den flexibilitet som den nationella lagstiftaren traditionellt ansetts ha haft vid genomförande av internationella konventioner. De EG-rättsliga kraven skulle också påverka möjligheten att ge auktoritativa tolkningsbesked om EG-rättens innehåll i de nationella förarbetena. I propositionen till beslutet om medlemskapet framhölls följande:

”I framtida svenska lagförarbeten på de områden som omfattas av EG-rätten kommer det således att finnas begränsat utrymme för sådana motivuttalanden om hur vissa regler bör tolkas som hos oss av tradition har tillmätts stor betydelse i domstolarnas rättstillämpning. Från EG-rättslig synpunkt finns det i och för sig inte något som hindrar att det i en proposition eller ett utskottsbetänkande ges vägledning om hur en viss införlivad direktivbestämmelse skall tillämpas. Det kan tvärtom många gånger vara lämpligt att lagstiftaren på detta sätt delar med sig av sin kunskap om EG-rättsliga principer och om den EG-rättsliga doktrinen. Ett motivuttalande av detta slag får emellertid aldrig göra anspråk på att utgöra ett auktoritativt besked om bestämmelsens rätta tolkning utan bör snarast ses som en på fakta och erfarenhet grundat övervägande om hur frågan kan komma att bli bedömd av i sista hand EG-domstolen.”⁷

Likväl kom förarbetena till genomförandet av det ovan nämnda infosc-direktivet att innehålla många och mycket långtgående uttalanden om hur direktivets bestämmelser skulle tolkas. Det gäller bl.a. för direktivets bestämmelser om överföring till allmänheten, där regeringen i propositionen dels uttalade sig om hur rätten till överföring till allmänheten skulle avgränsas i förhållande till rätten till offentligt framförande⁸, dels uttalade att direktivet var ett minimidirektiv utöver vilket det stod Sverige fritt att ge starkare skydd för ”överföringar” än sådana

⁷ Prop. 1994/95:19 s. 528 f.

⁸ Prop. 2004/05:110 s. 69 ff.

överföringar som omfattades av direktivets bestämmelser⁹. Likaså utgick regeringen från att i den utsträckning som begrepp i direktivet inte var definierade, så kunde vi i Sverige i stor utsträckning definiera dessa begrepp själva – t.ex. i linje med äldre förarbeten eller nationell praxis¹⁰. Alla dessa tre mycket centrala bedömningar har senare, genom EU-domstolens praxis, visat sig vara felaktiga.

Att nationella förarbeten ska sättas åt sidan av nationella domstolar vid tolkning av bestämmelser som har EU-rättsligt ursprung, har också kommit till direkt uttryck i praxis från EU-domstolen. I Björnekulla-avgörandet uttryckte EUD att ”när en nationell domstol gör en tolkning av nationell rätt är den, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter ett direktiv, skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås ... även om det finns upplysningar av motsatt innebörd, om hur lagen skall tolkas, i förarbetena till den nationella bestämmelsen.”¹¹ EU-domstolens uttalanden ligger väl i linje med de uttalanden som gjordes i det ovan citerade avsnittet från när Sverige blev medlem i EU, dvs. att nationella förarbeten får återopas efter sina *sakliga argument* – men de kan inte *i sig* ge auktoritativt besked om hur en viss bestämmelse ska tolkas.

3. Nationella domstolarnas förändrade roll

Som nämns ovan har det ibland funnits en tendens hos nationella domstolar att snäva in eller isolera EU-rättsliga element, såsom EU-domstolens uttalanden om hur ett visst upphovsrättsligt begrepp ska tolkas. För svenskt vidkommande uppfattar jag dock att den nya domstolsordningen på immaterialrättsområdet, med en Patent- och marknadsdomstol respektive en Patent- och marknadsöverdomstol¹², har varit gynnsam för anpassningen av nationell rättspraxis till EU-domstolens tolkningsbesked och tolkningsmetod. Patent- och marknadsöverdomstolens domar är numera skrivna på ett sätt som starkt påminner om EU-domstolens domar.¹³ Jag är inte säker på att samma utveckling eller anpassning sker i övriga nordiska länder – jag har inte uppfattat diskussionen här i Visby på det sättet. Möjligen finns här också en skillnad mellan de länder som är medlemmar i EU och de som står utanför och inte har samma (formella och sanktionerade) krav på sig att följa EU-domstolens rättspraxis.

I sammanhanget skulle jag vilja lyfta fram att åtminstone svenska domstolar numera är bättre, än tidigare, på att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen i situationer som inte omfattas av undantagen om *acte éclairé* respektive *acte clair*. Möjligen har nationell lagstiftning i Sverige spelat en roll¹⁴ – även

⁹ Prop. 2004/05:110 s. 71.

¹⁰ Prop. 2004/05:110 s. 73.

¹¹ Mål C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier, ECLI:EU:C:2004:275, p. 13.

¹² Se lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar och prop. 2015/16:57 Patent- och marknadsdomstol.

¹³ Se t.ex. Patent- och marknadsöverdomstolens dom 2019-03-22 i mål PMT 5885-18 (Daniel Wellington).

¹⁴ Se lag (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol, och prop. 2005/06:157 – Vissa frågor om förhandsavgörande från EG-domstolen.

om kravet kommer till uttryck direkt i artikel 267 i FEU-fördraget. Även på detta område kan det finnas en skillnad i förhållande till de nordiska länder som inte är EU-medlemmar. EFTA-domstolen har inte samma auktoritativa roll och EFTA-ländernas domstolar är inte på samma sätt förpliktade att vare sig begära förhandsbesked från EFTA-domstolen eller följa domstolens uttalanden. Den grundläggande dialog och det uttryck för integration som samarbetet mellan EU-domstolen och domstolarna i EU-medlemsstaterna saknas för EFTA-länderna.

4. Rättsvetenskapens förändrade roll

Enligt min uppfattning har rättsvetenskapen en central roll att spela i det snabba föränderliga landskap som jag nu har beskrivit. När rättsvetenskapen ägnar sig åt att fastställa gällande rätt bör den rimligtvis använda sig av samma metod som de nationella domstolarna bör använda sig av – dvs. EU-domstolens tolkningsmetod(er). Detta ligger i linje med doktrinen centrala uppgift att söka *prognosticera*¹⁵ hur en fråga kommer att bedömas av en domstol – och då bör det förstås vara en prognos om hur den på området enda auktoritativa domstolen (EU-domstolen) kommer att döma. Doktrinen bör alltså frigöra sig från de bedömningar som har gjorts i nationella förarbeten, i äldre nationell praxis och de bedömningar som har gjorts i äldre nationell doktrin. Sådana förarbeten, praxis och doktrin baseras i regel på en annan tolkningsmetod (ofta förarbetsbunden eller inspirerad av tysk eller äldre nordisk doktrin) som sällan kan ge underlag för en säker prognos om hur EU-domstolen kommer att döma i en viss fråga.

Att rättsvetenskapen bör inta denna ståndpunkt har emellanåt svagt stöd i praktiken. Ledande doktrin på området hänvisar inte sällan till nationella förarbeten, samt nationell praxis och doktrin – ibland med inslag från de övriga nordiska länderna.¹⁶ I den utsträckning som det förekommer referenser till EU-domstolens praxis så sker det stundom som en beskrivning av vad som gäller ”inom EU” – som om det som skedde vid EU-domstolen inte utgjorde en del av gällande nationell rätt!

Det bör alltså inte krävas att en nationell domstol har dömt på ett visst sätt för att doktrinen ska uppfatta att det är ett uttryck för gällande nationell rätt. I sin prognostisering av hur EU-domstolen kan komma att döma i en viss fråga bör rättsvetenskapen ha en viktig roll i att hjälpa de nationella domstolarna att klargöra gränserna för vad som är *acte éclairé* och *acte clair* – istället för att söka snäva in eller isolera EU-rättsliga element.

5. Sammanfattande diskussion med slutsatser

I ett försök att sammanfatta de stora frågor som diskuteras i denna artikel, så kan framhållas att EU-rätten inte endast harmoniserar ett visst materiellt resultat, utan

¹⁵ Se t.ex. Rodhe, Beskrivning – prognos – rekommendation. En trosbekännelse, i JT 1996/97 s. 1 ff.

¹⁶ Jag avstår från att ange någon källa här.

även metodfrågor. Det får inverkan på synen på vad som utgör en "rättskälla". En källa som inte använder sig av samma metod som den enda domstol som kan ge auktoritativt tolkningsbesked (EU-domstolen), bör minska i betydelse som källa till innehållet i den gällande rätten. Det gäller oavsett om källan är ett nationellt förarbete, en nationell dom eller ett uttalande i doktrinen.