

Justitiedepartementet
Ds 2021:30 Upphovsrätten på den digitala inre marknaden
Att: Anders Olin
Stockholm, 13 december 2021

Remissyttrande

Upphovsrätten på den digitala inre marknaden Ds 2021:30

Epidemic Sound har tagit del av promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30) ("Promemorian") från Justitiedepartementet ("Departementet") om genomförandet av direktiv (EU) 2019/790 ("Direktivet"), och avger härmed följande yttrande.

Vi har valt att kommentera vissa delar av Promemorian och har lagt våra kommentarer under de kapitel och underrubriker som används i Promemorian.

Övergripande synpunkter

Direktivet syftar bland annat till att säkerställa en välfungerande marknad för utnyttjande av verk och andra alster, och att stärka upphovsmännens position på den kommersiella avtalsmarknaden, vilket är positivt. Samtidigt ställer det i många avseenden höga krav på företag (stora som små), inte minst i sektorer som involverar stora mängder upphovsrättsligt skyddat material. En fungerande marknad för upphovsrätt bygger på samspel mellan olika parter. Därför är det av stor vikt att även näringslivsperspektivet beaktas och tillvaratas vid implementeringen av de nya reglerna och att det görs en rimlig avvägning mellan berörda intressen.

Vi vill betona vikten av att reglerna erbjuder flexibilitet både genom förarbeten, lagtext och tillämpning för att fungera i alla de olika branscher, sektorer och situationer som träffas av Direktivet. Grundläggande principer om avtalsfrihet måste bevaras.

Implementeringen bör säkerställa att reglerna är balanserade, ändamålsenliga och inte för betungande på ett sätt som i slutändan kan verka hämmande på marknaden och riskera att minska viljan och möjligheterna att använda och investera i upphovsrättsligt skyddade verk och prestationer. En sådan utveckling riskerar att hämma svensk konkurrenskraft och i förlängningen försvaga upphovsmännens förutsättningar.

Därutöver vill Epidemic Sound lyfta fram betydelsen av att de nya reglerna inte ges någon

retroaktiv effekt. Ett införande av retroaktiv effekt skulle stå i strid med Direktivet och innebära ett frångående av svenska principer, vilket inte kan anses korrekt.

Slutligen vill vi även betona vikten av att den svenska implementeringen av Direktivet sker så nära Direktivet som möjligt, för att säkerställa harmonisering mellan de olika medlemsstaterna.

Kapitel 5 Nya inskränkningar i upphovsrätten

5.2 Framställning av exemplar för text- och datautvinning

Beträffande nya § 15 a bör det tydligt framgå av förarbetena att kravet på laglig tillgång utesluter att inskränkningarna skulle omfatta exemplarframställning från olovliga källor.

15 a § 2 stycket innebär att inskränkningen enligt första stycket inte gäller om rättighetshavare har förbehållit sig rätten som avses i första stycket. Det bör vara tydligt att ansvaret för att kontrollera huruvida ett sådant förbehåll har gjorts ska ligga på den som vill använda sig av inskränkningen. Det bör dessutom vara tydligt att sådant förbehåll kan bli gjorts i avtalsvillkor.

Kapitel 7 Avtalslicenser

Möjligheten att meddela förbud

Av artikel 12.2 (c) i Direktivet framgår:

*“rightholders who have not authorised the organisation granting the licence may **at any time easily and effectively** [vår markering] exclude their works or other subject matter from the licensing mechanism established in accordance with this Article;”.*

Av skäl 48 i Direktivet framgår dessutom:

*“In order to ensure that rightholders can easily regain control of their works, and prevent any uses of their works that would be prejudicial to their interests, it is essential that rightholders be given an **effective opportunity to exclude the application of such mechanisms to their works or other subject matter for all uses and works or other subject matter, or for specific uses and works or other subject matter, including before the conclusion of a licence and during the term of the licence** [vår markering]. In such cases, any ongoing use should be terminated within a reasonable period.*

Det är av vikt att det är tydligt av förarbetena till det svenska genomförandet av Direktivet, att rättsinnehavare när som helst, enkelt och faktiskt, ska få utesluta sina verk från licensiering under avtalslicenser. Det bör dessutom vara tydligt att ett sådant undantagande är möjligt både i

allmänhet eller i specifika fall, samt att undantagande också ska kunna ske efter att ett avtal har ingåtts.

Vissa anpassningar bör göras med anledning av kraven på lämpliga informationsåtgärder

Vid genomförandet av 12.2 (d) bör informationsplikten formuleras så att den kollektiva förvaltningsorganisationen ska ge rättighetshavare information om att de när som helst kan **undanta** sina verk eller andra alster från den aktuella avtalslicensen. Vi anser att det är av vikt att den information som organisationen ska lämna är så tydlig som möjligt för mottagaren av informationen och att ordvalet "undanta" är ett tydligare ordval än "meddela förbud" i detta sammanhang. Även om betydelsen är densamma är ordvalet av betydelse i relation till just informationsplikten eftersom det gäller möjligheten för mottagaren, det vill säga rättighetshavaren, att utan svårighet förstå vilka möjligheter man som rättighetshavare har.

Kapitel 12 Upphovsrättsligt ansvar för vissa leverantörer av onlinetjänster

Det förtydligande som kommer med artikel 17 och dess implementering i svensk rätt, är av mycket stor vikt för den upphovsrättsliga marknaden. Det blir nu tydligt att tjänsteleverantörer ägnar sig åt upphovsrättsligt relevanta handlingar och behöver inhämta tillstånd från rättsinnehavarna för det innehåll som laddas upp av användarna. Bestämmelserna i artikel 17 syftar till att främja utvecklingen av licensmarknaden mellan rättsinnehavare och tjänsteleverantörer.

12.2 Vilka tjänster omfattas av det nya regelverket?

Det är angeläget att bestämmelserna i artikel 17 ges en så likartad tolkning som möjligt inom unionen. För att öka harmoniseringen och minska risken för oönskade avvikelser från syftet med Direktivet anser Epidemic Sound att de svenska reglerna om vilka tjänster som omfattas av av det nya regelverket som genomför artikel 17, bör utformas i närmare anslutning till direktivtexten än vad som föreslås i Promemorian. Epidemic Sound anser att den nya § 52 bör formuleras på samma sätt som definitionen av onlineleverantör av delningstjänster för innehåll i artikel 2.6 i Direktivet. Detta för att öka tydligheten kring vilka plattformar som omfattas och vilka som exkluderas samt minska risken för fragmentering inom EU.

Som anges på sida 136f i Promemorian finns det som utgångspunkt flera fördelar med att den svenska lagtexten i huvudsak motsvarar artikeltexten i Direktivet. Risken för att lagstiftningen inte skulle stämma överens med framtida avgöranden från EU-domstolen minimeras. Typiskt sett bidrar det också till en ökad harmonisering bland medlemsstaterna. Detta är särskilt viktigt på ett område med snabb teknikutveckling, där nya typer av tjänster ständigt etableras och utvecklas och där alltför snäva definitioner riskerar att aktörer kan komma att falla utanför regelverket även i situationer där det knappast kan ha varit avsikten. Epidemic Sound anser att ovan resonemang bör vara vägledande för reglernas utformning.

Artikel 2.6 i Direktivet lyder:

“6. onlineleverantör av delningstjänster för innehåll: en leverantör av en av informationssamhällets tjänster som har som huvudsyfte eller ett av sina huvudsyften att lagra och ge allmänheten tillgång till en stor mängd upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som laddats upp av dess användare, som leverantören ordnar och marknadsför i vinstsyfte.

Leverantörer av tjänster som onlineencyklopedier utan vinstsyfte, fillagringsplatser för vetenskapligt och pedagogiskt material utan vinstsyfte, plattformar för utveckling och delning av programvara med öppen källkod, tjänster för elektronisk kommunikation i enlighet med vad som avses i direktiv (EU) 2018/1972, näthandelsplatser, molntjänster för företag och andra molntjänster som ger användarna möjlighet att ladda upp innehåll för eget bruk är inte onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll med avseende på tillämpningen av detta direktiv.”

Den svenska definitionen i § 52 av vilka plattformar som ska omfattas har dock formulerats på ett annat sätt än definitionen i artikel 2.6 i Direktivet. Bland annat har man tagit bort *“har som huvudsyfte eller ett av sina huvudsyften [vår markering]”* vilket Epidemic Sound anser vara ett viktigt tydliggörande eftersom många leverantörer av tjänster inom informationssamhället tillhandahåller mer än en tjänst och i dessa fall bör hänsyn tas till varje tjänst separat för att avgöra vilka tjänster som omfattas av artikel 17 eller inte.

Vi håller inte med om att den i Promemorian föreslagna utformningen av § 52 bidrar till ökad tydlighet kring vilka tjänster som omfattas. Vi anser istället att avvikelserna från Direktivtexten – de egna formuleringarna samt valet att exkludera uppräknningen i artikel 2.6 av tjänster som inte omfattas – bidrar till ökad osäkerhet kring reglernas tillämpningsområde samt ökad risk för att den svenska lagstiftningen inte skulle stämma överens med framtida avgöranden från EU-domstolen. Vi ser ingen anledning att frångå Direktivets formulering av definitionen utan anser att det är av stor vikt att omfattningen av de nya reglerna är samstämmig med Direktivet.

Vidare ifrågasätter Epidemic Sound referenserna på bl.a. sid 137 i Promemorian till att reglerna ska omfatta tjänster som spelar en viktig roll på innehållsmarknaden genom att konkurrera med tjänster *“som inte bygger på användaruppladdat innehåll”*. Vi anser inte att tillägget att det ska röra sig om konkurrens med plattformar där plattformen själv laddar upp material stämmer överens med Direktivet. Av skäl 62 framgår att *“The definition of an online contentsharing service provider laid down in this Directive should target only online services that play an important role on the online content market by competing with other online content services, such as online audio and video streaming services, for the same audiences.”* Det anges dock inte att dessa *“online content services, such as online audio and video streaming services”* själva ska ladda upp materialet. Tillägget att det ska röra sig om konkurrens med tjänster som själva laddar upp innehåll bör utgå från förarbetena till den svenska lagstiftningen. Utgångspunkten skall således vara att definitionen av onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll endast bör inriktas på onlinetjänster som

spelar en viktig roll på innehållsmarknaden online genom att de konkurrerar, eller kan komma att konkurrera, med andra onlinetjänster för innehåll, till exempel tjänster för streaming av ljudfiler och videor, för samma användargrupper.

Vi instämmer inte till fullo med kommentarerna på sidan 283 om att *“Direktivet avser att reglera de största, ofta globala, tjänsterna”* då detta signalerar en begränsning som vi inte anser att Direktivet ger stöd för, framför allt inte om man ser till eventuella framtida tjänster. Vi håller heller inte med om nästa mening på samma sida som lyder: *“Det handlar alltså om tjänster som – i relation till andra tjänster för delning av innehåll – tillgängliggör en stor mängd verk.”* Enligt artikel 2.6 ska delningstjänsterna *“ge allmänheten tillgång till en stor mängd upphovsrättsligt skyddat innehåll”*. Det krävs inte att tjänsten ska innehålla en mängd verk som är stor i relation till andra tjänster.

Av kommissionens riktlinjer till artikel 17 anges att: *“För att skapa visshet om rättsläget bör medlemsstaterna i lagstiftningen uttryckligen ange definitionen av onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll i artikel 2.6 (första stycket) i sin helhet och uttryckligen utesluta de tjänsteleverantörer som förtecknas i artikel 2.6, andra stycket. Mot bakgrund av skäl 62 ska det samtidigt anges att förteckningen över undantagna tjänsteleverantörer inte är uttömmande. Det finns inget utrymme för medlemsstaterna att gå längre. De kan vare sig utvidga eller minska definitionens tillämpningsområde.”*

Som anges på sid 136f i Promemorian finns det som utgångspunkt flera fördelar med att den svenska lagtexten i huvudsak motsvarar artikeltexten i direktivet. Risken för att lagstiftningen inte skulle stämma överens med framtida avgöranden från EU-domstolen minimeras. Typiskt sett bidrar det också till en ökad harmonisering bland medlemsstaterna. Detta är särskilt viktigt på ett område med snabb teknikutveckling, där nya typer av tjänster ständigt etableras och utvecklas och där alltför snäva definitioner riskerar att aktörer kan komma att falla utanför regelverket även i situationer där det knappast kan ha varit avsikten. Vi anser att ovan resonemang bör vara vägledande för reglernas utformning.

Vi håller naturligtvis med Departementet om att det är önskvärt att reglerna kring vilka plattformar som omfattas är så tydliga som möjligt. Vi anser dock inte att texten i Promemorian samt den lagtext som föreslås, bidrar till tydlighet, utan den ökar snarare otydligheten. För att i möjligaste mån tillse att lagstiftningen kommer stämma överens med framtida avgöranden från EU-domstolen, öka harmoniseringen och tillse att nya tjänster inte oavsiktligt faller utanför definitionen anser Epidemic Sound att det finns övervägande skäl som talar för att i detta läge utforma den svenska lagtexten kring reglernas omfattning på motsvarande sätt som i Direktivet.

Tjänster som tillhandahåller livesändningar eller länkar omfattas inte

Epidemic Sound anser inte att det är klarlagt att livesändningar generellt sätt är undantagna. Att innehållet ska ha ”laddats upp” och kravet på ”lagring” kan enligt vår mening inte undantagslöst undanta alla former av livesändningar. De svenska reglerna bör därför heller inte signalera att livesändningar generellt sett är undantagna, något som vi anser att Promemorian gör i vissa delar.

Då det ytterst är upp till EU-domstolen att tolka bestämmelsernas innebörd också i detta avseende bör de svenska bestämmelserna ge ett sådant tolkningsutrymme.

Oavsett hur EU-domstolen kommer att tolka bestämmelsernas tillämpning på livesändningar som sådana, är det viktigt att det tydligt framgår att en tjänsteleverantör som utöver livesändningar också lagrar annat innehåll omfattas av bestämmelserna beträffande överföringar av det innehåll som lagras på tjänsten och görs tillgängligt på begäran. Tjänster som har för huvudsyfte att tillhandahålla livesändningar men som även i hög utsträckning lagrar och ger allmänheten tillgång till material i vinstsyfte – även om livesändningar är det mest framträdande inslaget – riskerar annars att inte träffas av reglerna (särskilt om de skulle utveckla tjänsten med detta i åtanke). Det skulle motverka den licensmarknad mellan rättsinnehavare och tjänsteleverantör som Direktivet har för avsikt att främja och kan inte anses vara avsikten med bestämmelserna i artikel 17. Livesändningar har dessutom fått ett än mer framträdande inslag hos de stora delningstjänsterna på senare tid (efter pandemin), och risken finns att de utvecklas än mer i den riktningen om det innebär ett undantag från regler som genomför artikel 17.

Närmare om vissa andra begrepp

Många leverantörer av tjänster inom informationssamhället tillhandahåller mer än en tjänst. Direktivet omfattar enligt art 17 tjänster där huvudsyftet, **eller ett av huvudsyftena**, är att lagra upphovsrättsskyddat innehåll och ge användarna möjlighet att ladda upp och dela en stor mängd av detta innehåll. Hänsyn bör i så fall tas till varje tjänst separat för att avgöra vilka tjänster som omfattas av artikel 17 eller inte. Det är viktigt att ovan tydligt framgår vid det svenska genomförandet.

12.4 Tillstånd och verkan av ingångna avtal

I artikel 17.1 anges att:

“Medlemsstaterna ska föreskriva att en onlineleverantör av delningstjänster för innehåll vid tillämpningen av detta direktiv vidtar en åtgärd som innebär en överföring till eller ett tillgängliggörande för allmänheten när den ger allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som har laddats upp av användarna.

En onlineleverantör av delningstjänster för innehåll ska därför erhålla ett tillstånd av de rättsinnehavare som avses i artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2001/29/EG, till exempel genom ingåendet av ett licensavtal, för att överföra verk eller andra alster till allmänheten eller göra dem tillgängliga för allmänheten.”

Vi anser att det finns ett signalvärde i att lagtexten uttryckligen anger att onlineleverantörer ska erhålla ett tillstånd av rättsinnehavare, till exempel genom ingåendet av ett licensavtal, och anser att den svenska lagtexten bör utformas på samma sätt som i Direktivet i detta avseende.

Epidemic Sound vill understryka att artikel 17 reglerar onlineleverantörer av delningstjänsters ansvar beträffande överföring till eller tillgängliggörande för allmänheten. 17.3 stadgar vidare att när en onlineleverantör av delningstjänster för innehåll har erhållit ett tillstånd, inbegripet genom ett licensavtal, ska medlemsstaterna föreskriva att tillståndet även omfattar åtgärder som faller under tillämpningsområdet för artikel 3 i direktiv 2001/29/EG som vidtas av användarna av tjänsterna när de inte agerar i kommersiellt syfte eller när deras verksamhet inte genererar betydande intäkter. Det bör således vara tydligt att icke-kommersiella användare fortfarande är ansvariga för att licensiera andra relevanta rättigheter, så som framställning av exemplar som görs av användaren för till exempel synkronisering och annan typ av exemplarframställning (utöver den som krävs för att möjliggöra just överföring till allmänheten på plattformen).

12.5 En ny ansvarsbegränsning för tjänsteleverantörer

Tjänsteleverantörerna ska göra det som skäligen kan krävas för att erhålla tillstånd och hindra tillgång till visst material

Vi ställer oss något tveksamma till valet av “göra det som skäligen kan krävas” när den engelska Direktivtexten använder “best efforts”. Även om EU-domstolens framtida praxis på området blir styrande för vad som ligger i kravet anser vi att ordvalet i den föreslagna svenska regeln bör ses över och eventuellt läggas närmare direktivtexten.

Åtgärder för att erhålla tillstånd

Tjänsteleverantören bör aktivt försöka inhämta tillstånd från rättsinnehavare som lätt kan identifieras och lokaliseras. De bör dessutom åläggas att samarbeta med alla rättsinnehavare som kontaktar dem för att erbjuda en licens. Vi anser att detta tydligt bör framgå i de svenska förarbetena.

Vi instämmer i att om en viss typ av innehåll är vanligt förekommande på tjänsten, så ställs det högre krav på aktivitet för inhämtande av tillstånd än om det rör sig om innehåll som inte lika frekvent görs tillgängligt på tjänsten.

Vi anser även att vad som sägs i skäl 61 om att förhandlingen bör leda till att licensavtalen är rättvisa, att det råder en rimlig balans mellan båda parter, och att rättsinnehavare bör få lämplig ersättning för användningen av sina skyddade verk eller andra alster, bör framgå i förarbetena.

Vi instämmer i Departementets konstaterande på sid 153 om att tjänsteleverantörens ansvar att ingå avtal när det väl erbjuds är långtgående befräffande andra typer av innehåll än de som endast undantagsvis och i strid med tjänstens uttryckliga inriktning görs tillgängligt på tjänsten. Av skäl 61 framgår att rättsinnehavarna inte är skyldiga att ge tillstånd. Detta, samt det förhållande att det är fråga om en möjlighet till ansvarsfrihet från vad som annars utgör intrång, talar tydligt för att en tjänsteleverantör som vill komma i åtnjutande av ansvarsfrihetsreglerna har en absolut

skyldighet att ingå de avtal som erbjuds (förutsatt att de villkor för användningen som rättsinnehavaren ställer upp är rimliga såväl vad gäller ersättning som andra villkor) och som rimligen kan förväntas av dem med hänsyn till det innehåll som tillgängliggörs. Vi anser att även detta bör vara tydligt i förarbetena.

Författningskommentar

I tillägg till våra kommentarer ovan gällande kapitel 12 vill vi även framhålla nedan i relation till författningskommentarerna.

52 i §

Som vi kommenterat ovan under avsnitt 12.2 anser vi att § 52 i om reglernas tillämpningsområde bör formuleras så som i Direktivet.

I författningskommentaren bör framgå att tjänsten kan ha som huvudsyfte eller ett av sina huvudsyften att [...] samt att om leverantören tillhandahåller mer än en tjänst bör hänsyn tas till varje tjänst separat för att avgöra vilka tjänster som omfattas.

Vi anser inte att författningskommentaren bör exkludera livestreaming.

Skrivningar om att det ska röra sig om "*konkurrens med tjänster där innehållet laddas upp av tjänsteleverantören själv*" (och liknande med samma innebörd), bör utgå. Utgångspunkten skall vara att definitionen av onlineleverantör av delningstjänst för innehåll endast bör inriktas på onlinetjänster som spelar en viktig roll på innehållsmarknaden online genom att de konkurrerar med andra onlinetjänster för innehåll, till exempel tjänster för streaming av ljudfiler och videor, för samma användargrupper.

52 j §

I författningskommentaren bör anges att "det tillstånd som tjänsteleverantören erhållit även anses omfatta det förfogande som vidtas av användaren, innebär att denne inte behöver inhämta något eget tillstånd från rättsinnehavaren *för den överföring till allmänheten som görs av användaren på den aktuella tjänsten.*" Det bör vara tydligt att andra förfoganden kan behöva klargöras med rättighetshavaren. Texten i kursivt ovan bör därför läggas till.

52 i §

Med olovlig avses att överföringen sker utan *samtliga nödvändiga* tillstånd från de rättsinnehavare som berörs och inte är lovlig av något annat skäl, till exempel för att en inskränkning i upphovsrätten kan göras gällande. Texten i kursivt ovan bör läggas till.

13 Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt

13.1 Inledande överväganden om upphovsrättsliga avtal

Generella regler bör eftersträvas i den utsträckning det är möjligt

De regler som antas måste ta hänsyn till de varierande förhållanden som kan göra sig gällande inom olika branscher och sektorer. Vi delar uppfattningen att lagstiftningen i sig bör utformas generellt. Det är dock av stor vikt att det tydligt framgår i förarbetena att dessa regler ska vara flexibla för att kunna anpassas utifrån de skilda förhållanden som kan göra sig gällande i olika branscher, sektorer och situationer, samt över tid. Lagstiftningen måste således på ett tydligt sätt ge stort utrymme att vid rättstillämpningen ta hänsyn till sådana skilda förhållanden i olika branscher, sektorer och situationer.

Bör bestämmelserna begränsas till en viss typ av överlåtelser?

Vi anser att det är av stor vikt att det är tydligt av förarbetena att reglerna inte är tillämpliga på avtal där avtalsmotparten agerar som slutanvändare och inte i sin tur utnyttjar verket eller framförandet, som exempelvis kan vara fallet i många anställningsavtal. Det bör också tydligt framgå att dessa regler inte tillämpas på datorprogram, såsom anges i artikel 23 i Direktivet.

Bestämmelsernas tillämpning i tiden

Enligt Epidemic Sound framgår det tydligt av Direktivet att reglerna – inklusive de i ersättningskapitlet – inte ska omfatta avtal som ingåtts innan de nya bestämmelserna träder i kraft, det vill säga att bestämmelserna inte ska ges retroaktiv verkan. Övergångsbestämmelsen i artikel 26.2 kan inte förstås på något annat sätt än att reglerna i ersättningskapitlet inte ska gälla för avtal som ingåtts före ikraftträdandet.

Så som nämns i promemorian så gäller även utanför det upphovsrättsliga området, att nya regler inte omfattar redan ingångna avtal, med mindre än att det finns särskilda bestämmelser om det. Några sådana bestämmelser finns inte i direktivet. Direktivet föreskriver alltså att reglerna i ersättningskapitlet inte ska ges en retroaktiv tillämpning.

Även i svensk rätt är utgångspunkten att nya obligationsrättsliga bestämmelser inte tillämpas på redan ingångna avtal. Som anges i Promemorian är vad som stadgas i artikel 26.2 samstämmigt med den princip som normalt tillämpas vid ändringar i upphovsrätten, nämligen att nya bestämmelser ska tillämpas utan att det påverkar åtgärder som har vidtagits och rättigheter som har förvärvats före dagen då de nya bestämmelserna träder i kraft. Det vill säga, nya bestämmelser ska inte påverka rättigheter som har förvärvats före ikraftträdandet och inte ingripa i gällande avtal avseende rättigheterna.

Det är av oerhört stor vikt att en så central princip, som att nya lagregler inte ska omfatta avtal som ingåtts innan de nya bestämmelserna träder i kraft, som gäller inom svensk rätt och som mycket tydligt anges i Direktivet, upprätthålls vid genomförandet av Direktivet i svensk rätt.

13.2 Rätt till skälig ersättning

En ny bestämmelse om rätt till ersättning bör införas

Direktivet reglerar förhållandet mellan upphovsmannen och dennes avtalsmotpart och att det är gentemot denne som skyddet föreligger. Reglerna om skälig ersättning och rätt till ytterligare ersättning kan endast göras gällande i förhållande till upphovsmannens direkta avtalsmotpart och det är förvärvarens intäkter – och inte också intäkter för senare aktörer i kedjan – som är utgångspunkten för jämförelsen. Detta bör framgå tydligt av de svenska reglerna och/eller i förarbeten.

Bestämmelsen bör ge rätt till skälig ersättning

Bestämmelsen som genomför artikel 18 i svensk rätt bör ge rätt till **lämplig och proportionell** ersättning. Det är av vikt att det är tydligt att bestämmelsen har samma innebörd som i Direktivet och den ska tolkas i ljuset därav.

Om ett annat uttryck väljs och Direktivets bestämmelser om lämplig och proportionerlig ersättning genomförs genom en rätt till skälig ersättning, bör det vara tydligt att detta inte ska ge upphov till annan innebörd än vad som åsyftas i artikel 18. Det vill säga, med skälig ersättning ska här avses att ersättningen ska vara lämplig och proportionell (“appropriate and proportionate”).

Om genomförandet av artikel 18 genomförs genom ändring av nuvarande § 29 bör det tydligt framgå att en sådan bestämmelse ska tolkas i ljuset av respektive direktiv, beroende på vilken rätt som är föremål för överlåtelse i det enskilda fallet.

Rätten till skälig ersättning bör inte kunna avtalas bort

Enligt Direktivet är artikel 18 inte av tvingande karaktär. Vår uppfattning är att artikel 18 istället är avsedd att ge uttryck för en princip som tillvaratas av de artiklar som följer om transparens, avtalsanpassningsmekanismen och alternativa tvistlösningsförfaranden, som Direktivet anger är av tvingande karaktär, och som ger upphovsmannen ett starkt skydd att tillförsäkra sig ytterligare ersättning om den ursprungliga ersättningen anses vara oproportionerligt låg.

Det är också viktigt att notera att artikel 18 inte kan anses vara avsedd som en jämningsregel. Det är endast artikel 20 (Avtalsanpassningsmekanism) som utgör en jämningsmöjlighet. Artikel 18 är således avsedd som en princip som tillvaratas genom reglerna om transparens i artikel 19 och möjlighet till ytterligare ersättning under artikel 20.

I artikel 18 anges uttryckligen att principen om avtalsfrihet ska beaktas.

Vi anser att det bör fästas vikt vid samtliga förhållanden ovan – att Direktivet inte föreskriver att artikel 18 är av tvingande karaktär, att artikeln inte är avsedd som en jämningsregel samt att artikeln uttryckligen anger att avtalsfriheten ska bevaras – vid implementeringen av artikel 18 i svensk rätt. Detta talar enligt vår mening för att regeln bör vara dispositiv. Om regeln görs indispositiv får reglerna inte leda till att avtalsfriheten begränsas eller leda till inlåsnings effekter som kan verka hämmande för nya initiativ och nya ersättningsmodeller som kan vara positiva för upphovsmännen. Det bör tydligt framgå att reglerna ger utrymme för avtalsfrihet och flexibilitet. Det bör även vara tydligt att eventuell jämkning sker under 29 § andra stycket.

Engångsersättningar

Epidemic Sound instämmer i att närmare vägledning om när engångsbelopp kan användas inte bör ges. Istället ska frågan om skäligheten av en engångsersättning avgöras utifrån samma utgångspunkter som bedömningen av ersättningen i övrigt, samt att i det enskilda fallet bör till exempel den relativa betydelsen av bidraget vara en faktor att beakta, liksom praxis på den aktuella marknaden.

Rätten till skälig ersättning bör inte gälla redan ingångna avtal

Epidemic Sound anser att det tydligt framgår av Direktivet att avsikten är att de nya reglerna inte ska ha en retroaktiv verkan. Detta stämmer dessutom överens med huvudprincipen i svensk rätt att nya obligationsrättsliga bestämmelser inte tillämpas på äldre avtal. Epidemic Sound instämmer således i att den nya bestämmelsen om rätt till skälig ersättning bara ska gälla för framtida avtal.

Författningskommentaren till § 29 första stycket

I tillägg till våra kommentarer ovan gällande kapitel 13 vill vi även framhålla nedan i relation till författningskommentaren till § 29 första stycket.

Epidemic Sound instämmer i konstaterandet att bestämmelserna är obligationsrättsliga och endast kan göras gällande i förhållande till upphovsmannens direkta avtalsmotpart och anser att detta tydligt bör framgå av förarbetena. För att undvika missförstånd anser vi att det vore lämpligt att förtydliga att det är en direkt avtalsmotpart som avses avses i konstaterandet på till exempel i 251f att: *“Bestämmelserna är obligationsrättsliga och kan bara göras gällande i förhållande till upphovsmannens avtalsmotpart, vilket antingen är förvärvaren av upphovsrätten eller någon som trätt in i avtalet och övertagit dennes förpliktelser.”* Det vill säga med *“någon som trätt in i avtalet och övertagit dennes förpliktelser”* avses endast någon som trätt in i och har en **direkt** avtalsrelation med upphovsmannen.

Som ovan nämnts är det tydligt att syftet med Direktivet endast är att reglera förhållandet mellan upphovsmannen och dennes avtalsmotpart och att det är gentemot denne som skyddet föreligger.

Reglerna om skälig ersättning och rätt till ytterligare ersättning kan endast göras gällande i förhållande till upphovsmannens direkta avtalsmotpart och att det är förvärvarens intäkter – och inte också intäkter för senare aktörer i kedjan – som är utgångspunkten för jämförelsen. För att förekomma eventuella kommentarer kring någon annan form av reglering i detta avseende än vad Direktivet föreskriver kan konstateras att något annat skulle vara helt otänkbart. Det skulle utsätta svenska avtalsparter och bolag för en icke förutsägbar och därmed helt oacceptabel risk samt eliminera konkurrenskraften för svenska bolag och produktioner. En sådan utveckling skulle naturligtvis inte bara gå ut över svenska företag, utan även svenska rättighetshavare.

Det är också av stor vikt att det tydligt framgår av förarbetena att, även om upphovsmannen i varje enskilt avtal har rätt till skälig ersättning, så ger bestämmelsen utrymme för att vid bedömningen av ersättningen ta hänsyn till faktorer som utanför det enskilda avtalet, såsom till exempel att en framgångsrik kommersialisering av ett verk kan bygga på stora investeringar och kommersiellt risktagande och att i vissa branscher måste intäkter från framgångsrika produktioner täcka kostnaderna för produktioner som inte blir lönsamma. Att det skulle vara på något annat sätt är otänkbart, då det skulle minimera viljan att våga investera i vissa typer av verk, genrer och prestationer, som eventuellt ses som mindre kommersiellt framgångsrika. Det hade haft en markant negativ inverkan på innehållsmarknaden och möjligheterna för många skapare. Dessutom hade det sannolikt även resulterat i ett kraftigt försämrat utbud, och kvalitet på detsamma, för de som konsumerar verken och produktionerna. Det är därför av stor betydelse att möjligheterna till kommersiellt risktagande inom kultursektorn förblir goda.

Betydelse måste fästas vid förutsättningarna i den specifika branschen och specifika typer av överlåtelser för att avgöra om ersättningen är skälig i det enskilda fallet. Det är i sammanhanget av vikt att understryka att artikel 18 tydligt anger att principen om avtalsfrihet ska beaktas vid genomförandet av artikeln och av detta följer att de specifika omständigheterna i varje enskilt fall och avtalsförhållande måste beaktas i bedömningen av huruvida ersättningen är skälig.

Kommentarer från Epidemic Sound om förslaget kring en oavvislig ersättningsrätt

Epidemic Sound har vid tidigare tillfällen framfört ett flertal skäl för att en oavvislig ersättningsrätt som bara kan förvaltas av kollektiva förvaltningsorganisationer inte bör införas i Sverige. Vi hänvisar till våra tidigare inlagor till Departementet i relation till denna fråga och de synpunkter vi framfört till Utredningen om vissa ersättningsfrågor på upphovsrättsområdet (Ju 2021:04).

Mycket kort sammanfattat anser Epidemic Sound att kollektiv förvaltning av rättigheter ska alltid vara en möjlighet i Sverige för den som vill förvalta sina rättigheter via en kollektiv förvaltningsorganisation. Det ska dock inte vara ett tvång. Avtalsfrihet, konkurrensfrihet, bibehållande av rättighetshavares valmöjligheter och motverkan av monopol är grundläggande och centrala principer i svensk rätt. Det bör de vara även framöver. Tvingande kollektiv förvaltning bör därför inte införas.

13.3 Rätt till ytterligare skälig ersättning

Generell kommentar

Epidemic Sound vill framhålla att svensk rätt redan innehåller regler som ger uttryck för upphovsmäns och utövande konstnärers möjlighet att åstadkomma jämkning av ersättning som utgått under avtal om överlåtelse av upphovsrätt, i och med 36 § avtalslagen. Det bör dessutom noteras att det inte finns något som talar för att tröskeln för en tillämpning av avtalsanpassningsmekanismen enligt artikel 20 skulle vara lägre än det som krävs för att 36 § avtalslagen kan användas i motsvarande syfte. Artikel 20 synes således redan vara uppfylld i svensk rätt genom 36 § avtalslagen. I den mån det ändå skulle anses att en ny regel ändå bör införas, alternativt för tolkning av existerande regler mot bakgrund av Direktivet, vill vi framhålla följande.

En ny rätt till ytterligare ersättning i vissa fall

Epidemic Sound instämmer i konstaterandet att det som sägs om direkta och indirekta intäkter i den svenska språkversionen saknas i andra språkversioner där endast intäkter anges. Referenser till indirekta intäkter har alltså inte stöd i Direktivet. Därav bör endast ordet intäkter användas vid genomförandet i svensk rätt.

Direktivet använder dessutom “*relevant revenues derived from the exploitation of the works or performances*”. Ordet “**relevant**” borde inkluderas även i den svenska regeln som genomför artikel 20 och som därmed bör lyda “relevanta intäkter från utnyttjandet av verket”.

Epidemic Sound anser inte att det finns något som talar för att tröskeln för en tillämpning av avtalsanpassningsmekanismen skulle vara lägre än det som krävs för att 36 § avtalslagen kan användas i motsvarande syfte.

Den närmare innebörden och utformningen av den nya ersättningsrätten

Som framgår av skäl 78 är det förvärvarens intäkter – och inte också intäkter för senare aktörer i kedjan – som är utgångspunkten för jämförelsen. Även detta bör vara tydligt i lagtext och/eller i förarbetena.

Epidemic Sound instämmer i att inget i direktivet talar för att bedömningsgrunden för ersättningen i artikel 18 och artikel 20 skiljer sig åt, utan bedömningsgrunderna ska följa samma principer.

Det är dock viktigt att det tydligt framgår att avtalsanpassningsmekanismen i 29 § andra stycket endast är tillämplig när det föreligger ett tydligt missförhållande mellan den avtalade ersättningen och det ekonomiska värde som rättigheten visat sig ha efter överlåtelsen, det vill säga ersättningen är **uppenbart** oproportionerlig. Detta bör framgå i lagtext och/eller förarbetena. Samma uttrycksätt som i Direktivet bör användas, det vill säga att det ska föreligga ett uppenbart

missförhållande. Att som i Promemorian använda formuleringen "relativt tydligt" är inte detsamma som Direktivet föreskriver.

Epidemic Sound instämmer i konstaterandet att bestämmelsen i praktiken avser att ge upphovsmannen en möjlighet att för återstående avtalstid omförhandla ersättningen i ljuset av det som efter överlåtelsen framkommit om det ekonomiska värdet av rätten. Direktivet talar om en avtalsanpassningsmekanism och i skälen anges att bestämmelsen avser att tillgodose upphovsmannens behov av att kunna omförhandla avtalet. Enligt vår mening talar detta med tydlighet för att vad som avses är en rätt att för framtiden få till stånd en ändring av ersättningen. Detta skall dessutom ses i ljuset av att det är upphovsmannen som styr över när ett krav ska läggas fram – och att det som konstateras i Promemorian många gånger skulle kunna få orimliga konsekvenser för förvärvaren om upphovsmannen efter lång tid återkom med omfattande retroaktiva anspråk – vilket också talar för att upphovsmannens rätt till ytterligare ersättning avser tidsperioden efter att en sådan begäran framställs dess avtalspart.

Som konstateras i Promemorian gäller rätten till ytterligare ersättning inte bara i förhållande till den som rätten ursprungligen överlåtits till, utan även i förhållande till den till vilken partens rätt övergått, det vill säga någon som trätt in i avtalet med upphovsmannen i förvärvarens ställe. Epidemic Sound anser att det vore värdefullt att förtydliga att med någon som trätt in i avtalet med upphovsmannen i förvärvarens ställe avses alltså någon som trätt in i och har en **direkt** avtalsrelation till upphovsmannen.

Rätt till representation

Upphovsmännens representanter ska ha rätt att göra anspråk på den ersättning som regleras i 29 § andra stycket endast om det finns ett specifikt uppdrag om det i det enskilda fallet.

Reglerna ska vara tvingande och bör tillämpas också på vissa äldre avtal

Det framgår tydligt i 26.2 i direktivet att bestämmelserna i ersättningskapitlet inte ska ges en retroaktiv verkan.

Epidemic Sound instämmer inte med Departementets konstaterande i avsnitt 13.1 där det anges att "*Det som sägs i artikel 26.2 bör därför – såvitt avser ersättningskapitlets bestämmelser – inte förstås på något annat sätt än att Direktivet inte reglerar vad som ska gälla för äldre avtal. Det är en fråga för nationell rätt*". När Direktivet så tydligt anger att avsikten är att reglerna inte ska gälla för avtal som ingåtts före ikraftträdandet anser vi att ovan slutsatsen från Departementet i detta avssende är inkorrekt. Konstaterandet i avsnitt 13.3 på sid 200: "*I avsnitt 13.1 konstateras att det är en fråga för nationell rätt att bestämma om de nya reglerna ska tillämpas endast för nya avtal eller om också avtal som ingåtts före ikraftträdandet ska omfattas*" är därmed också felaktigt enligt vår mening. Det är ett eget konstaterande från Departementets sida som vi inte anser att det finns stöd för.

Vi känner heller inte till att någon annan medlemsstat har infört dessa regler med någon retroaktiv verkan.

Även i svensk rätt är utgångspunkten att nya obligationsrättsliga bestämmelser inte tillämpas på redan ingångna avtal. Detta gäller även vid ändringar i upphovsrätten, det vill säga nya bestämmelser ska tillämpas utan att det påverkar åtgärder som har vidtagits och rättigheter som har förvärvats innan de nya bestämmelserna träder i kraft och nya bestämmelser inte ska påverka rättigheter som har förvärvats före ikraftträdandet. Nya regler bör således inte gripa in i gällande avtal avseende rättigheter.

Att vid genomförandet av avtalsanpassningsmekanismen i svensk rätt gå emot de principer som tydligt framgår av Direktivet samt de principer som normalt tillämpas i svensk rätt, inklusive vid ändringar i upphovsrätten, anser vi är inte en korrekt tillämpning av varken Direktivet eller svenska rättsliga principer.

I Promemorian anges på sida 187 att "Även i svensk rätt är emellertid utgångspunkten att nya obligationsrättsliga bestämmelser inte tillämpas på redan ingångna avtal. Från denna grundläggande princip kan det dock finnas anledning att göra avsteg, om det med hänsyn till innehållet i en ny regel finns starka skäl för att den ska tillämpas också på äldre avtal".

I svensk rätt finns redan en möjlighet att åstadkomma en jämkning av den ersättning som utgår enligt ett avtal om överlåtelse av upphovsrätt med stöd av bestämmelserna om jämkning av oskäliga avtalsvillkor i 36 § avtalslagen. På sidan 180 i Promemorian anges till exempel "Med stöd av bestämmelserna om jämkning av oskäliga avtalsvillkor i 36 § i den lagen är det möjligt att åstadkomma en jämkning av till exempel den ersättning som utgår enligt ett avtal om överlåtelse av upphovsrätt." Även på sida 189 anges att "Dessutom kan de allmänna bestämmelserna om jämkning av oskäliga avtalsvillkor som finns i 36 § avtalslagen tillämpas för att åstadkomma en jämkning av en oskäligen ersättning i ett avtal om överlåtelse av upphovsrätt." Möjligheten att justera en ersättning finns således redan för äldre avtal. Det finns därmed inga starka skäl för att låta denna nya regel tillämpas också på äldre avtal och ingen annan anledning att gå emot både EU-rättsliga och svenska principer och ange att den nya regel som genomför artikel 20 i Direktivet ska gälla 10 år tillbaka i tiden.

Epidemic Sound ser inget som talar för att tröskeln för en tillämpning av avtalsanpassningsmekanismen skulle vara lägre än det som krävs för att 36 § avtalslagen kan användas i motsvarande syfte.

Avtalsanpassningsmekanismen är dessutom kopplad till en viss rätt till information vilket kan vara problematiskt även för avtal som ingåtts inom den tioårsperiod som Departementet föreslår att regeln ska kunna tillämpas på, eftersom samma krav på rapportering och tillgång till information inte existerat under den perioden. Även detta talar för att regeln i 29 § andra stycket ska gälla för avtal som ingås efter ikraftträdandet.

Det kan dessutom noteras att det vid införandet av direktiv EG/2001/29 (Infosoc-direktivet) användes samma formulering i dess artikel 10.2 angående direktivets tillämpning i tiden, som används i artikel 26.2 i Direktivet, om att *"direktivets bestämmelser inte ska påverka åtgärder som vidtagits och rättigheter som har förvärvats före"* dagen för ikraftträdande av direktivet. Lagstiftaren uttalade vid genomförandet av Infosoc-direktivet att *"En annan princip som vanligen tillämpas vid ändringar i upphovsrättslagen är att nya upphovsrättsliga regler inte bör tillämpas såvitt gäller åtgärder som har vidtagits eller rättigheter som har förvärvats före ikraftträdandet. Den principen får sitt uttryck i direktivets artikel 10.2"* samt drar på grund av detta slutsatsen att *"En effekt av bestämmelsen är att de nya reglerna inte påverkar ingångna avtal"* (prop., s. 373). Detta resulterade i att lagstiftaren valde att ta in en särskild övergångsbestämmelse om att *"5. Äldre bestämmelser skall fortfarande tillämpas i fråga om åtgärder som har vidtagits eller rättigheter som har förvärvats före ikraftträdandet"*, se lag (2005:359) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser. Denna bestämmelse innebar enligt lagstiftaren att förfoganden som vidtagits, rättigheter som förvärvats och avtal som träffats före ikraftträdandet inte träffades av de nya reglerna (prop., s. 427). Denna allmänna regel, om att nya bestämmelser inte ska ges retroaktiv verkan utan uttryckligt stöd, är alltså något som omnämns tidigare vid införande av EU-rättslig lagstiftning på upphovsrättsområdet och som den svenska lagstiftaren har tillämpat vid införandet av bland annat Infosoc-direktivet. Det bör i understrykas att Infosoc-direktivets bestämmelser om nya reglers tillämpning i tiden är i princip identiskt formulerade som de motsvarande bestämmelserna i artikel 26 i Direktivet. Utredningen konstaterar själva att artikel 26.2 i Direktivet inte kan förstås på något annat sätt än att än att dessa regler inte gäller för avtal som ingåtts före ikraftträdandet. Några särskilda bestämmelser som ger stöd åt en retroaktiv tillämpning finns inte i Direktivet. Om EU-lagstiftaren har beslutat att formulera ikraftträdandebestämmelserna på ett konsekvent sätt, bör även den svenska lagstiftaren välja att implementera dessa på ett konsekvent sätt, det vill säga med en likadan tolkning som vid införandet av Infosoc-direktivet.

Epidemic Sound håller inte med utredningens slutsats om att det är motiverat att göra avsteg från denna allmänna regel. Precis som utredningen kommer fram till i Promemorian sid 186 kan artikel 26.2 i Direktivet inte förstås som att Direktivet reglerar vad som ska gälla för äldre avtal. Att utifrån detta dra slutsatsen att det står medlemsstaterna fritt att välja huruvida direktivet ska ges retroaktiv effekt, just på grund av att artikel 26.2 inte i sig medför en sådan effekt, menar Epidemic Sound är en felaktig slutsats.

Sammanfattningsvis bör Sverige vid genomförandet av avtalsjusteringsmekanismen följa de principer som för det första tydligt framgår av Direktivet och dessutom följer svenska rättsliga principer där nya regler gäller för avtal som ingås efter att de nya reglerna träder i kraft. Det kan inte sägas finnas starka skäl att frångå dessa centrala rättsliga principer. Det är av vikt för hela marknaden att bevara så pass centrala rättsliga principer där avtalsparter ska kunna förlita sig på att de regler som gäller vid avtalets ingående gäller för avtalet under hela avtalstiden. DSM-direktivets bestämmelser bör därför vid dess genomförande i svensk rätt inte ges någon retroaktiv tillämpning.

Författningskommentaren till § 29 andra stycket

I tillägg till våra kommentarer ovan under kapitel 13 vill vi även framhålla nedan i relation till författningskommentaren till 29 § andra stycket.

Epidemic Sound instämmer i att det bör framgå av förarbetena att vid bedömningen under 29 § andra stycket måste hänsyn tas till de specifika omständigheterna i varje enskilt fall, vilket exempelvis kan inbegripa upphovsmannens bidrag i det aktuella fallet, särdrag och ersättningspraxis i de olika innehållssektorerna samt i den mån ett ökat ekonomiskt värde av rätten helt eller delvis har sin grund i investeringar som gjorts eller åtgärder som vidtagits av förvärvaren.

Vi instämmer vidare i konstaterandet att bestämmelsen avser att i praktiken ge upphovsmannen en möjlighet att för återstående avtalstid omförhandla ersättningen.

Epidemic Sound instämmer inte i uttalandet att det finns anledning att utgå från att det inte krävs en lika kvalificerad avvikelse från vad som skulle ha varit en skälig ersättning som det krävs för att en ersättning ska anses oskälig enligt 36 § avtalslagen. Det finns ingenting som stödjer ett sådant ställningstagande. Istället krävs enligt skäl 78 att ersättningen ska vara "uppenbart" oproportionerligt låg för att jämkning skall vara aktuell. Detta talar starkt för att Direktivet inte avser en mer långtgående jämkningsmöjlighet än vad 36 § avtalslagen medför.

13.4 Rätt till information

Rätten till information måste avgränsas på ett ändamålsenligt sätt

Enligt skäl 75 i Direktivet syftar informationen till att upphovsmannen ska kunna bedöma det fortsatta ekonomiska värdet av rättigheterna jämfört med den ersättning som utgick vid överlåtelsen. Rätten till information måste således anses syfta till att ge upphovsmännen underlag för en bedömning av i vilken utsträckning de skulle kunna ha rätt till ytterligare skälig ersättning enligt 29 § 2 stycket. Vi anser att detta bör framgå i förarbetena.

Den skyldighet som reglerna om transparens innebär för förvärvare av upphovsrätt är mycket omfattande, dels i form av den mängd information som kan behöva rapporteras och dels sett till det stora antal företag som kommer omfattas av dessa regler. Det är därför av väldigt stor vikt att den rätt till information som nu ska införas inte blir onödigt betungande. I sådana fall finns det en risk att de ökade kostnaderna i vissa fall vältras över på upphovsmännen i form av lägre ersättningar eller färre rättighetsförvärv och lägre vilja att använda upphovsrätligt skyddade verk av skapare från Sverige. Detta kan naturligtvis inte vara syftet med Direktivet och reglerna om transparens. Det är därför av stor vikt att Sverige vid genomförandet utformar reglerna om rapportering och förarbeten därtill på ett sådant sätt att man uppnår en rimlig balans mellan kraven på de som träffas av rapporteringsplikten och de upphovsmän som har rätt till information,

inklusive att undantagen från rapporteringsskyldigheten inte blir för snäva, för att marknaden som sådan inte ska hämmas och i slutändan leda till nackdelar för skapare.

Krav på transparens måste vara proportionerliga och ändamålsenliga. Reglerna måste innehålla ett stort mått av flexibilitet för att de ska fungera i en stor mängd olika branscher och situationer som kan skilja sig väsentligt från varandra. Den information som ska lämnas måste också kunna antas vara relevant för upphovsmannen för att bedöma värdet av rättigheterna. Som anges i skäl 75 bör informationen ges på ett sätt som är begripligt och möjliggör faktisk bedömning av de aktuella rättigheternas ekonomiska värde. Därav ska informationen vara just relevant för att bedöma värdet av ett enskilt verk.

Rätten bör inte gälla för alla utnyttjanden

Direktivets transparenskrav avser inte att omfatta varje upphovsrättsligt förfogande. Som Departementet konstaterar på sida 204 står det klart att Direktivets bestämmelser inte avser att omfatta alla avtal eller utnyttjanden som kan komma att ske efter en överlåtelse. Det är därför viktigt att det på ett tydligt sätt framgår av de svenska reglerna som genomför artikel 19 att så inte är avsikten och att regeln exempelvis inte är tillämplig om avtalsmotparten agerar som slutanvändare (så som till exempel vid användning av verk som produceras under många anställningsförhållanden.)

Vi instämmer i att den distinktion som görs i Direktivets skäl mellan slutanvändare och andra förvärvare tycks ha sin grund i att utnyttjande inte är avsett att omfatta varje upphovsrättsligt förfogande. Vi anser att det är en korrekt tolkning av Direktivets avsikt samt vad som anges på sidan 204 om vad EU-kommissionen gett uttryck för, att endast utnyttjanden som gett upphov till intäkter ska omfattas av informationsskyldigheten. Det är naturligtvis av stor vikt att detta kommer till uttryck vid den svenska implementeringen.

Rätten till information bör inte gälla för bidrag som inte är betydande

Som Epidemic Sound har påpekat ovan måste transparenskraven vara balanserade och inte bli onödigt betungande. Epidemic Sound instämmer med Departementet i att rätten till information bör utföras så att den inte skapar onödiga administrativa bördor för förvärvarna och att det därför bör göras ett undantag för bidrag som inte är betydande.

Vi instämmer med Departementet i att när det gäller frågan om vad som ska ses som ett bidrag som inte är betydande i detta avseende framstår det – mot bakgrund av Direktivets syfte – som naturligt att utgå från att bidrag som har begränsad betydelse för det ekonomiska värdet av helheten faller inom den kategorin.

En allmän lätttnadsregel bör också införas

Det är av stor vikt för både upphovsmän, deras avtalsparter och marknaden som helhet att reglerna om transparens inte blir för betungande och därmed riskerar att i slutändan inte gagna upphovsmännen utan snarare leda till minskade intäkter när administrationen och kostnaderna för rapportering blir för höga.

Epidemic Sound instämmer i att en generell lätttnadsregel, som ger utrymme för att ta höjd för förhållandena i just det enskilda avtalsförhållandet och säkerställer att de som förvärvar rättigheter inte drabbas av en omotiverat stor administrativ börda och höga kostnader i enskilda fall, bör införas. För att inte hämma marknaden och viljan att nyttja upphovsrättsligt skyddade prestationer är det av oerhört stor vikt att en allmän lätttnadsregel finns även under svensk rätt.

Syftet med reglerna är att stärka upphovsmännen, inte att minska viljan att använda deras material eller minska inkomspotentialen för deras avtalsmotparter och intäkterna för upphovsmännen genom omfattande rapporteringskrav. För att säkerställa att reglernas syfte uppnås är det därför avgörande att ovannämnda lätttnadsregel införs.

Det behövs en särskild reglering om företagshemligheter

Vi anser att det bör finnas en möjlighet att undanta information som utgör företagshemligheter från informationsplikten i 29 a §. Att införa en bestämmelse i upphovsrättslagen om att företagshemligheter som en upphovsman får del av ska skyddas på motsvarande sätt som om de hade lämnats i förtroende i samband med en affärsförbindelse är positivt, men med tanke på det många gånger stora antal mottagare av informationen är detta inte tillräckligt. Vi anser därför det bör finnas en möjlighet för företag att utforma redovisningen och begränsa informationen till vad som rimligen kan krävas, för att bevara företagshemligheter.

Rätten till information bör gälla också vissa äldre avtal

Enligt Epidemic Sound framgår det tydligt att avsikten är att reglerna i ersättningskapitlet inte ska ges någon retroaktiv verkan. Det är alltså tydligt att avsikten är att begränsa rätten till information till sådana avtal som ingås efter det att de nya bestämmelserna träder i kraft. Rätten till information bör således inte heller i svensk rätt gälla äldre avtal.

Departementet konstaterar på sida 214 att för att kunna utnyttja rätten att begära ytterligare skälig ersättning för vissa äldre avtal är det helt avgörande att upphovsmännen också i dessa fall har tillgång till relevant information. Eftersom reglerna om transparens inte existerat tidigare är det hög sannolikhet att informationen i många fall inte finns att tillgå. Det fyller då inget syfte att i svensk rätt införa ett retroaktivt informationskrav som inte går att uppfylla.

Alla former av retroaktiv tillämpning av Direktivets regler om transparens, oavsett om det är information som ska lämnas årligen eller på begäran, strider mot Direktivets ordalydelse och avsikt

samt svenska rättsliga principer. Retroaktiv tillämpning av dessa regler är inte rimligt och inte heller effektivt. Vid genomförandet av transparensreglerna bör Sverige följa de principer som tydligt framgår av Direktivet och svenska rättsliga principer där nya regler gäller för avtal som ingås efter att de nya reglerna träder i kraft.

Författningskommentaren till § 29 a

I tillägg till våra kommentarer ovan under kapitel 13.4 vill vi även framhålla nedan i relation till författningskommentaren till § 29 a.

Informationen ska både enligt artikel 19 och skäl 75 vara "*relevant*". Att informationen ska vara relevant bör uttryckligen tas med även i den svenska lagtexten som således tydligt bör ange att upphovsmannen minst en gång per år ska få *relevant* information om de sätt på vilka verket har utnyttjats, de intäkter som förvärvaren har haft från utnyttjandet av verket och den ersättning som upphovsmannen har rätt till. Vi anser att det inte är korrekt att utelämna detta ord utan att det är av vikt att *relevant* uttryckligen framgår av den svenska lagtexten.

Vi vill återigen understryka vikten av att det i linje med vad Departementet föreslår finns undantag från rapporteringsskyldigheten samt vikten av att och att dessa undantag inte formuleras snävt i varken lagtext eller förarbeten för att inte hämma marknaden på ett sätt som i slutändan blir till nackdel för upphovsmän.

Vi instämmer i att det bör finnas en generell lättnadsregel som innebär att om det med hänsyn till de intäkter utnyttjandet av ett verk gett upphov till skulle innebära en oproportionerlig administrativ börda och/eller kostnad att lämna information enligt första stycket, får informationen begränsas till vad som rimligen kan krävas. Det ska alltså innebära att typen av information som lämnas, och hur ofta och på vilken detaljnivå den lämnas, kan anpassas så att rapporteringsskyldigheten inte längre framstår som oproportionerlig.

Vi instämmer dessutom i att det bör finnas ett undantag för icke betydande bidrag som innebär att om upphovsmannens bidrag till verket, eller upphovsmannens bidrag i förhållande till ett annat verk där verket ingår, inte är betydande, har upphovsmannen rätt till information enligt första stycket endast om upphovsmannen visar att denne behöver informationen för att kunna framställa krav på ytterligare skälig ersättning enligt 29 § andra stycket och framställningen görs för detta syfte. Vad som stagdas i 19.4 i Direktivet "*unless the author or performer demonstrates that he or she requires the information for the exercise of his or her rights under Article 20(1) and requests the information for that purpose*" bör framgå i lagtexten eller förarbeten. Vi instämmer i Departementets konstaterande att vid bedömningen av om upphovsmannens bidrag är betydande eller inte i detta avseende måste hänsyn tas till alla relevanta omständigheter. Vi håller även med Departementet i konstaterandet att det mot bakgrund av Direktivets syfte framstår som naturligt att utgå från att bidrag som har begränsad betydelse för det ekonomiska värdet av helheten faller inom den kategorin, samt i konstaterandet att ett bidrag som hade kunnat bytas ut mot en annan upphovsmans bidrag utan att påverka slutresultatet som utgångspunkt bör anses vara ett bidrag

som inte är betydande i förhållande till det sammanhang det ingår i. Vi anser att dessa exempel för tydlighetens skull bör inkluderas i förarbetena.

13.5 Rätt att häva ett avtal

Vi instämmer i att rätten till hävning endast ska gälla om förfoganderätten inte alls har utnyttjats, det vill säga att verket inte har gjorts tillgängligt för allmänheten i någon form eller i något medium, eller då verket – efter att tidigare ha utnyttjats – har slutat utnyttjas i någon form eller i något medium.

Det är av vikt att avtalsmotparten måste få en möjlighet att rätta till det förhållande att rättigheten inte utnyttjats och att upphovsmannen således ska underrätta avtalsmotparten om sin avsikt att häva avtalet och fastställa en tidsfrist inom vilken avtalsmotparten måste börja utnyttja rättigheten för att undvika en hävning av avtalet.

13.6 Alternativ tvistlösning

Vi instämmer i att de möjligheter som redan finns till skiljeförfarande och privat medling måste anses uppfylla de krav Direktivet ställer.

15 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Så som anges under 13.3 och 13.4 anser Epidemic Sound att det strider mot Direktivets syfte att ge reglerna någon form av retroaktiv tillämpning. Det strider dessutom mot svenska principer och det finns här ingen anledning att avvika från denna princip. De nya regler som nu införs i svensk rätt ska således inte påverka åtgärder som har vidtagits och rättigheter som har förvärvats före reglernas ikraftträdande. Äldre bestämmelser ska gälla för åtgärder som har vidtagits eller rättigheter som har förvärvats före ikraftträdandet. Den nya bestämmelsen om upphovsmäns, utövande konstnärers och fotografers rätt till ytterligare skälig ersättning ska gälla för avtal som har ingåtts efter ikraftträdandet. För äldre avtal gäller de äldre bestämmelser som redan finns i svensk rätt, så som 36 § avtalslagen.

Vänliga hälsningar,

Oscar Höglund, VD och medgrundare

Caroline Ekström, VP Global Licensing & Regulatory Affairs

Andrea Herlitz, Head of Public Affairs