



Stockholm den 15 december 2021

Till Justitiedepartementet

103 33 Stockholm

KLYS och Copyswedes gemensamma yttrande över Ds 2021:30 Upphovsrätten på den digitala inre marknaden

Presentation

KLYS utgör en samlad röst för yrkesverksamma kulturskapare i Sverige. Vi företräder genom våra 14 medlemsorganisationer cirka 30.000 upphovspersoner och utövande konstnärer verksamma inom områdena bild/form, scen/film, musik, litteratur och journalistik. KLYS arbetar för dessa yrkesgruppers gemensamma intressen såsom en stark och väl fungerande upphovsrätt, vilket också är en förutsättning för konstnärlig frihet inom berörda branscher.

Copyswede har till ändamål att för kulturskaparorganisationernas räkning träffa avtal samt inkassera och fördela ersättning för vissa vidareutnyttjanden av upphovsrättsligt skyddade verk och prestationer. De områden som Copyswede huvudsakligen verkar inom gäller vidareanvändning av verk och prestationer i form av ljud och rörliga bilder, främst radio- och TV-program. Copyswede sköter även det svenska systemet för privatkopiering. Copyswede har 14 medlemsorganisationer som alla företräder konstnärligt och litterärt verksamma upphovspersoner och/eller utövande konstnärer inom olika områden.

Flera av KLYS och Copyswede medlemsorganisationer skriver egna yttranden över promemorian och vi ber att utöver nedanstående synpunkter också få hänvisa till dem, för fördjupning och exempel inom respektive bransch/konstområde.

Inledning

Upphovsrätten är av helt central betydelse för kulturskapares villkor, såväl för deras försörjning och sociala trygghet, som för deras konstnärliga frihet. Den utgör en förutsättning för konstnärligt yrkesverksamma personer att få inflytande över hur deras arbetsresultat används och sprids. Genom upphovsrätten främjas därmed yttrandefriheten, mångfalden och kvaliteten i kultur- och medieutbudet, vilket är viktigt för demokratin. Ett väl fungerande och balanserat upphovsrättsligt system är också det viktigaste fundamentet för att den kulturella och kreativa sektorn ska kunna växa och blomstra.

Kultur- och mediesektorn har genomgått omfattande strukturella förändringar som framför allt präglas av den tekniska utvecklingen med många nya aktörer på internet, såsom distributörer av t ex film, musik, bild och litteratur. Nya tjänster och affärsmodeller har vuxit

fram som är anpassade till digital teknik, och det tillkommer ständigt nya former för användning av upphovsrättsligt skyddade verk och prestationer. Även om många lagliga och användarvänliga nättjänster har utvecklats inom olika konstområden, innebär digitaliseringen fortfarande uteblivna intäkter för många kulturskapare.

Den växande digitala ekonomin är till stor del baserad på verk och prestationer skapade av upphovspersoner och utövande konstnärer och allt fler aktörer vill tjäna pengar på frukten av deras arbete. Dessvärre når överskottet av denna växande ekonomi i orimligt liten utsträckning fram till skaparna av själva innehållet. Den kraftiga strukturomvandling som digitaliseringen medfört har också inneburit en maktförskjutning på kultur- och medieområdet från de som skapar innehållet till de som distribuerar det, såsom internetoperatörer och andra stora nättjänster, till exempel streamingtjänster av olika slag.

Denna maktförskjutning påverkar starkt de upphovsrättsliga styrkeförhållandena på nätet till nackdel för kulturskaparna, när de digitala jättarna åker snålskjuts på det värde som kulturskaparna bidrar med. Förutom att negativt inverka på kulturskaparnas arbetsvillkor och konstnärliga frihet, riskerar dessa genomgripande förändringar och maktförskjutningar att få mycket negativa och svåröverskådliga konsekvenser för mångfald, konstnärlig kvalitet och nyskapande. Det kulturekonomiska systemet är i gungning.

Denna utveckling har inneburit kraftigt försämrade möjligheter för kulturskapare att få till stånd skäliga avtalsvillkor när det gäller användning av deras verk och prestationer. Den typiskt sett svagare förhandlingsposition som kulturskapare intar i förhållande till sina motparter har på senare år försvagats ytterligare. Dessa förändringar riskerar också att allvarligt hämma utvecklingen av kulturella och kreativa näringar i Sverige och i Europa.

Det är **denna obalans på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden som KLYS arbetat med i decennier för att åtgärda** och som **det aktuella DSM-direktivet avser att komma till rätta med**. Därför är det viktigt att **regeringen nu - när ett unikt tillfälle ges - ser till att denna reform verkligen får heltäckande träff på relevanta aktörer och situationer på den berörda marknaden**. Det kan dröja många år innan ett motsvarande lagstiftningsarbete blir aktuellt igen.

Direktivet har potential att ligga till grund för **en av de viktigaste upphovsrättsliga reformerna i Sverige på 20 år**. Men då måste de nya bestämmelser som ska skydda upphovspersoner och utövande konstnärer **få bredare träffvidd i svensk upphovsrättslagstiftning. Det gäller såväl vid genomförande av artikel 15 och 17, som artiklarna 18-23.**

I många delar föreslår departementet ett klokt och adekvat genomförande av direktivet, men beträffande de för kulturskaparna mest avgörande bestämmelserna motsvarar inte promemorians förslag direktivets artiklar och **lever inte upp till direktivets grundläggande syfte. Regeringen måste därför i det fortsatta lagstiftningsarbetet genomföra en rad förbättringar och justeringar i centrala bestämmelser.**

Sammanfattning

KLYS och Copyswede sammanfattar här våra viktigaste synpunkter beträffande promemorians förslag till genomförande av DSM-direktivet i svensk rätt (förslagen följer promemorians kronologi):

- Endast de **inskränkningar** i DSM-direktivet som är **obligatoriska** ska införas i svensk upphovsrättslagstiftning (URL).
- En översyn av inskränkningarna i URL i en **särskild utredning** är både välkommen och angelägen, och **tillstyrks** därför. En sådan måste syfta till att stärka kulturskapares ställning, inte minst i digitala sammanhang, där även namnangivelsrätten ingår
- När det gäller användning av verk vid undervisning ska endast den obligatoriska delen av **artikel 5** genomföras och existerande avtalslicens ges företräde. Den möjlighet till kompensation för inskränkningen som anges i artikeln ska genomföras i URL.

- Förslaget till genomförande av **artikel 12** om avtalslicens **tillstyrks**.
- Förslaget till genomförande av **artikel 14** om fria återgivningar av bildkonstverk behöver **klargöras ytterligare**.

- **Artikel 15** måste implementeras genom en **särskild avtalslicens** för området.
- Terminologin "utgivare", "utgivning" etc i artikel 15 måste ändras i det fortsatta lagstiftningsarbetet, och begreppet "publicering" ska inte införas i lagtext.
- Direktivets **artikel 15.2** ska **införas uttryckligen** i lagtext vid genomförandet.
- Ordalydelsen i direktivet "användningen av enskilda ord i, eller mycket korta utdrag ur, en presspublikation" ska införas ordagrant i den föreslagna 48 b URL

- Genomförande av **artikel 17** i svensk rätt, såväl i lagtext som i författningskommentar, måste ske i **närmare anslutning till direktivets ordalydelse** och inte bygga på generaladvokatens förslag till dom eller på riktlinjerna från EU-kommissionen.
- Artikel 17 har i förslaget givits en **alldeles för smal räckvidd**. Definitionen av delningstjänster bör motsvara definitionen i direktivet, så att relevanta tjänster inte faller utanför de nya ansvarsreglerna. Att definitionen "konkurrerande tjänst" förs in i svensk rätt avstyrks.
- Tjänster som tillhandahåller **livesändningar och länkar måste omfattas** av genomförandet av artikel 17. Promemorians förslag i denna del avstyrks.
- Kravet i artikel 17 på vad delningstjänsterna ska ha gjort för att få tillstånd från rättighetshavarna är i direktivet högt ställt och bör i URL **formuleras "gjort vad de har kunnat" eller "gjort sitt bästa"** i stället för promemorians förslag "gjort vad som skäligen kan krävas". Promemorians förslag till formulering avstyrks.
- Det måste vid genomförandet klargöras att delningstjänsterna ska vara **ersättningskyldiga** även för den användning av verk som sker under åberopande av

inskränkingsbestämmelser.

- **Rapporteringskravet** för delningstjänster måste bli **tydligare** än i promemorians förslag och innebära att en detaljerad rapportering ges till rättighetshavarna.
- **Artiklarna 18-22** måste vid genomförandet få **bredare träffyta** och omfatta fler avtal, fler förvärvare och fler situationer samt gälla under en längre tidsperiod än vad som föreslås i promemorian. Förslagen i promemorian lever inte upp till direktivets krav och syfte i denna del.
- Artiklarna 18-22 måste genomgående **ges en större retroaktivitet vid** genomförandet, men särskilt vad gäller artikel 20 om möjligheten att jämka ett avtal, där **åtminstone 20 år gamla avtal (och senare) bör omfattas**.
- Att flertalet av artiklarna 18-22 föreslås genomföras som **tvingande bestämmelser tillstyrks**.
- Förslaget till genomförande av **artikel 18** säkerställer inte principen om rätt till lämplig och proportionerlig ersättning i svensk rätt.
- Upphovspersoner/utövare måste kunna rikta anspråk också mot en senare förvärvare av rättigheter. Det måste därför **säkerställas att de nya bestämmelserna om rätt till skälig ersättning också omfattar dem som förvärvaren i sin tur överlåtit rättigheter till**.
- Artikel 18.1 bör implementeras i närmare anslutning till direktivtexten och ange att upphovspersonen/utövaren ska ha rätt till både **lämplig, skälig och proportionerlig** ersättning när de överlåter sina rättigheter för användning.
- Artikel 18 måste vid genomförandet ge upphovspersoner och utövare rätt till lämplig och proportionerlig ersättning **under den tid som avtalet löper**. Bestämmelsen är **inte avsedd att begränsas i tid**.
- Rätten till skälig ersättning enligt den föreslagna 29 § URL ska kunna göras gällande **även mot senare led eller genom någon annan mekanism med motsvarande effekt**. Om avsikten är att detta i stället ska säkerställas genom lagstiftningsärende efter att **utredningen (Ju 2021:31)** lämnat sitt betänkande, så kräver sannolikt en sådan beredning att regeringen **meddelar utredningen ett tilläggsdirektiv**.
- Oavsett genomförande av artikel 18.1 måste den för att få reellt genomslag för vissa kulturskapargrupper, **kompletteras med en oavvislig rätt till skälig ersättning**
- Den avtalsanpassningsmekanism som föreslås genomföras med stöd av **artikel 20** måste **breddas till att omfatta även andra oskäliga avtalsvillkor än ersättningsnivån**. En sådan ska omfatta såväl den ekonomiska, som den ideella rätten.
- Även artikel 20 måste vid genomförande i svensk rätt kunna riktas **gentemot en senare förvärvare** av rättigheter.
- Avtal **upp till 20 år gamla** från det att lagstiftningen träder i kraft ska omfattas av (d v s avtal som träffats 1 juli 2002 och senare) den föreslagna avtalsanpassningsmekanismen
- Det måste vara möjligt att jämka en olämplig, oskälig och oproportionerlig ersättning **bakåt i tiden, och inte bara för återstående avtalstid**
- Beträffande rätten till information i **artikel 19** avstyrks förslaget om **införande av den frivilliga artikel 19.4**, som innebär att **endast de upphovspersoner/utövare vars**

verk/prestationer anses betydande med hänsyn till verket som helhet, ska ha rätt till information i enlighet med artikeln.

- **Begränsningen** av rätten till information i **enlighet med artikel 19.3** "om den skulle innebära en oproportionerlig administrativ börda" för användaren **avstyrks**. Om den införs måste den avgränsas till mer specificerade och legitima situationer
- Beträffande rätt till information från underlicenstagare **måste upphovspersonen/utövaren på begäran kunna erhålla information från underlicenstagare ifall denna information är nödvändig för att erhålla en skälig, lämplig och proportionerlig ersättning för sin upplåtelse**. Detta ska gälla även om den första förvärvaren är i besittning av informationen.
- Någon form av **sanktion för både licens- och underlicenstagare** bör vara kopplad till den informationsskyldighet som den nya rätten till information innebär för dem.

- Beträffande rätten att häva som genomförs med stöd av **artikel 22** tillstyrks tidsfristen om 6 månader efter det att upphovspersonen uppmanat förvärvaren att använda verket, men det bör **införas ett incitament för förvärvaren att bekräfta mottagandet av uppmaningen**.
- Även rätten till hävning i artikel 22 måste vid genomförande i svensk rätt kunna **riktas gentemot en förvärvare av rättigheter i senare led**.

- **Specifikationsprincipen/specialitetsgrundsatsen måste kodifieras** i svensk rätt i samband med genomförande av direktivet och skrivs in som en **ny indispositiv bestämmelse i URL**.

5. Nya inskränkningar i upphovsrätten

5.1 Allmänna utgångspunkter

I DSM-direktivet föreskrivs en rad tvingande inskränkningar i den upphovsrättsliga ensamrätten. Eftersom nya inskränkningar har avgörande inverkan på kulturskapares verksamheter och villkor vill KLYS och Copyswede påminna om vikten av att vara mycket restriktiv när det gäller att utvidga eller utöka antalet inskränkningar i upphovspersoners och utövares ensamrätt. Dessa rättighetshavare ska förbehållas rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana nyttjanden som har ekonomisk betydelse. Det innebär att varje yrkesmässigt eller systematiskt nyttjande av deras prestationer ska medföra ersättning till dem.

Mot denna bakgrund anser KLYS och Copyswede att regeringen **endast bör införa de inskränkningar som enligt direktivet är obligatoriska att införa**, och att utforma dessa så avgränsat och tydligt som möjligt i svensk lagstiftning.

KLYS och Copyswede delar slutsatsen i promemorian att det **finns anledning att se över upphovsrättslagens regler om inskränkningar i ett särskilt lagstiftningsarbete**, som inte ryms i detta sammanhang. Ett sådant lagstiftningsarbete tillstyrks och bör syfta till att ytterligare stärka kulturskapares ställning, inte minst i digitala sammanhang.

Det **s k trestegstestet bör tillämpas omsorgsfullt** både i det aktuella lagstiftningsarbetet och i det planerade, när det gäller omfattning och utformning av inskränkningar i upphovs- personers och utövers upphovsrätt. Jfr artikel 7.2 i DSM-direktivet som hänvisar till artikel 5.5 i Infosoc-direktivet, där trestegstestet kommer till uttryck.

5.2 Framställning av exemplar för text- och datautvinning

I promemorians förslag införs nya inskränkningar för framställning av exemplar för text- och datautvinning. KLYS och Copyswede delar bedömningen att nya bestämmelser behöver införas i upphovsrättslagen för att genomföra artikel 3 och 4 i direktivet och tillstyrker förslaget. Definitionerna i artikel 2 DSM-direktivet motsvarar i den föreslagna lagtexten i princip direktivtexten och får därmed anses vara en korrekt implementering.

Artikel 3 i DSM-direktivet, som rör forskningsinstitutioners rätt att utan tillstånd utföra text- och datautvinning, föreslås implementeras i URL 15 b §. Alla moment i artikel 3 föreslås inflyta i 15 b §, med några få alternativa språkliga vändningar, och får därmed även dem anses vara korrekt implementerade.

När det gäller forskningsändamålet håller KLYS och Copyswede med om resonemanget i promemorian om vad som ska förstås med forskning i sammanhanget. Beträffande lovlig tillgång delar KLYS och Copyswede bedömningen att de båda begrepp som används i artikel 3 respektive artikel 4 är att förstå på samma sätt och att det enligt förslaget går att använda samma begrepp i både 15 a § och 15 b §.

KLYS och Copyswede håller självklart med om att exemplarframställning från olovliga källor är uteslutet vid tillämpningen av de rättigheter för text- och datautvinning som ges olika användare. Som redogörs för i promemorian kan olika subjekt ha olika typer av lovlig tillgång till olika typer av innehåll som lämpar sig för text och datautvinning. Klara fall som köp eller abonnemang nämns. **KLYS och Copyswede är dock tveksamma till uppfattningen att det skulle vara okomplicerat att dra slutsatsen att lovlig tillgång genom annan inskränkning är giltigt i det aktuella sammanhanget.** Principiellt sett är det rättsligt tvivelaktigt att "stapla" inskränkningar på varandra, dvs innehåll som man fått tillgång till genom viss inskränkning, och på specifika villkor som gäller för just den inskränkningen, blir föremål för ytterligare tillgång genom annan inskränkning på grundval av den primära tillgången. I och med att innehållet blir föremål för nyttjandet p g a den sekundära inskränkningen sker typiskt sett ett brott mot de villkor på vilka tillgången enligt den primära tillgången vilade, vilket betyder att förutsättningarna för den primära inskränkningen/tillgången inte är giltig och därmed inte heller den sekundära.

När det gäller förbuds rätt innebär promemorians förslag att inte implementera den exemplifiering av på vilka sätt förbud enligt artikel 4 lämpligen ska lämnas, utan i stället att samla alla dylika bestämmelser under termen "lämpligt sätt". Exakt vad som kommer gälla i dessa stycken kommer i förlängningen att avgöras av EU-domstolen.

5.3 Användning av verk vid undervisning

I promemorian föreslås en ny 13 § URL för användning av verk i undervisning, som tar sikte på digital distansundervisning. **Bestämmelsen går något längre än den tvingande bestämmelsen i artikel 5 kräver, vilket KLYS och Copyswede avråder ifrån.** Den ska dock inte gälla om motsvarande användning kan ske med stöd av ett avtal med avtalslicensverkan som finns lätt tillgängligt på marknaden. Den svenska avtalslicensen inom undervisningsområdet har fungerat väl sedan 1970-talet och har utvecklats i linje med de krav och behov som successivt ställts på teknik och pedagogik. **Enligt KLYS och Copyswede är det viktigt att den nya bestämmelsen på området inte ska kunna uppfattas som ett alternativ till rådande avtalslösning.**

I DSM-direktivets artikel 5.4 ges möjlighet att införa en ekonomisk kompensation för inskränkningen, vilket departementet avstått ifrån. **KLYS och Copyswede ser dock bärande skäl för att en kompensationsordning inrättas som komplement till den föreslagna ordningen i promemorian.** I vissa avseenden är en implementering av en kompensationsordning en förutsättning för uppfyllandet av Sveriges åligganden enligt internationella konventioner. En sådan kompensationsordning skulle med fördel kunna samspela med tillämpliga licensieringsordningar och administreras av samma utfärdare. **Vi delar därför inte promemorians bedömning att en kompensationsordning skulle medföra en administrativ börda för användaren. Genom att införa kompensationsordningen och begränsa inskränkningen underlättar man i stället avtalstecknandet.**

Ett moment som är oklart i sammanhanget är **vilka källor till material som skolorna får använda.** Det framgår av promemorian att, eftersom avtalslicens endast kan gälla för offentliggjort innehåll, det är den grundläggande inskränkningen som är tillämplig på innehåll som inte är offentliggjort. Vilket icke-offentliggjort innehåll, förutom sådant som skapas av lärare och elever själva, som i praktiken kan vara aktuell i den pedagogiska miljön är oklart. Fråga är dock vad som gäller innehåll som gjorts åtkomligt utan lov från berörda rättighetshavare, inklusive sådant som tidigare inte offentliggjorts? Det bör framgå av förarbetena att bestämmelsen inte medger användning av olovligt tillgängliggjort innehåll.

5.4 Framställning av exemplar för bevarandeändamål

Artikel 6 DSM-direktivet föreslås implementeras som en komplettering av 16 § URL. 16 § innehåller sedan tidigare bestämmelser om rätt för olika typer av kulturarvsinstitutioner att utan särskilt tillstånd, kopiera material i samlingarna för bl a bevarandeändamål. DSM-direktivet innebär en utvidgning av kretsen institutioner, typiskt sett museer, samt av materialkategorier, typiskt sett datorprogram. **KLYS och Copyswede kan inte se annat än att förslaget till implementering i princip är korrekt och tillstyrker det.**

Det kan dock ifrågasättas varför det i promemorian inte föreslås en lydelse som omfattar direktivets rekvisit om att rätten endast omfattar innehåll som är en del av institutionens permanenta samlingar.

5.5 Gemensamma bestämmelser

Den tvingande effekt som regleras i direktivets artikel 7.1 framstår som otvetydig och implementeringsmetoden i form av ett explicit tillägg om saken i 13 §, i 15 b § respektive i 16 § 1 st URL, framstår som invändningsfritt ur ett implementeringsperspektiv.

Det man skulle kunna diskutera är om regleringen är giltig i dessa bestämmelser i hela deras lydelse. Att promemorian har grund för att med hjälp av Infosoc-direktivet vidga 13 § URL till att omfatta även analog användning betyder inte nödvändigtvis att den analoga användningen hamnar under tillämpning av artikel 7.1.

6. Kulturarvsinstitutioners användning av verk som inte finns i handeln

Direktivbestämmelsernas ursprungliga flexibilitet återspeglas i implementeringen, vilket borgar för att de utpekade parterna tillsammans trots allt ska kunna hitta ändamålsenliga och försvarbara avtalslösningar i praktiken. **KLYS och Copyswede tillstyrker förslaget i promemorian till genomförande av artikel 8-11.**

Det finns dock skäl att påpeka att det begrepp som valts i implementeringsförslaget "som inte finns i handeln" har visserligen överensstämmelse mellan "handel" och den engelska språkversionens "out of commerce", men saknar ett viktigt moment som out of commerce och utgångna delar, nämligen ut/out-ledet, dvs något har funnits till salu, men finns inte längre till salu. Den närmast liggande lösningen på den bristen är naturligtvis **att i stället använda sig av begreppet "som inte längre finns i handeln"**.

En stor delmängd av det innehåll som utgör kulturarvsinstitutionernas samlingar är insamlade genom pliktlagstiftningen. En annan delmängd är innehåll som inte ens offentliggjorts. En tredje delmängd av betydelse är innehåll som visserligen offentliggjorts, men inte är ämnat att distribueras till allmänheten på begäran. Trots detta kan det i normalfallet accepteras att kulturarvsinstitutionernas samlingar i sina helheter ställs till förfogande för forskningen i egentlig mening. Detta syfte tillgodoses dock redan genom den befintliga avtalslicensen i URL 42 d §. **Det kan enligt KLYS och Copyswede inte vara motiverat att införa nya bestämmelser med avseende på innehåll, som åtminstone inte någon gång varit avsett att vara tillgänglig för allmänheten, vilket manifesterats genom att det förts i handeln.**

7. Avtalslicenser

KLYS och Copyswede **tillstyrker** förslaget till implementering när det gäller avtalslicens.

Det kan konstateras att det enda moment som är nytt i en svensk kontext är kravet på att informera berörda grupper av rättsinnehavare viss tid i förväg innan licens lämnas. Även om

detta kan göra parterna på marknaden något mindre snabbfotade, har KLYS och Copyswede svårt att se att det i praktiken skulle kunna ställa till problem.

8. Medling vid licensiering av filmverk för beställvideotjänster

Artikel 13 rörande förhandlingsmekanismer på beställvideoområdet föreslås implementeras genom att lagen om medling i vissa upphovsrättstvister görs tillämplig också på avtalstvister på det specifika området för tillgängliggörande via beställvideotjänster på Internet. **KLYS och Copyswede tillstyrker förslaget.**

9. Fria återgivning av bildkonstverk

KLYS och Copyswede anser att det tydligare borde framgå av förarbetena att det endast är fotografisk bild av äldre konstverk som kan göra regeln tillämplig. Förarbetena bör utformas så att den fungerande svenska ordningen med fotografiska verk och fotografiska bilder inte äventyras. **Bestämmelsens omfattning behöver därför enligt KLYS och Copyswede klargöras ytterligare.**

För utvecklat resonemang i denna fråga hänvisar vi till organisationen Bildupphovsrätt Sveriges yttrande.

10. En ny rättighet för utgivare av presspublikationer

KLYS och Copyswede anser att:

- **Terminologin** med "utgivare", "utgivning" etc i DSM-direktivet måste **ändras** när direktivet anpassas till svensk lagstiftning (terminologi och HD-praxis). Begreppet "publicering" ska inte införas i lagtext
- Det ska införas en **särskild avtalslicens** för området.
- Direktivets **artikel 15.2 ska föras in i lagtexten.**
- Ordalydelsen i direktivet "**användningen av enskilda ord i, eller mycket korta utdrag ur, en presspublikation**" ska föras in i den nya **48 b URL**

Vissa begrepp i förslaget till lagtext i URL angående artikel 15

Förslaget till införande av den nya ensamrätten för presspublikationer innehåller en **begreppsbildning i vissa delar som KLYS och Copyswede inte kan tillstyrka.**

Det faktum att "*ger ut/.../ i enlighet med detta direktiv*" (ingresspunkt 56 andra stycket) och "*gavs ut*" i artikel 15.4 i direktivets mening uppenbart är något annat än att *ge ut* något enligt svensk rätt, såväl tryckfrihetsrättsligt som upphovsrättsligt (se NJA 2010 sid 135 p 22), innebär att direktivets begrepp inte ska användas; direktivet har uppenbarligen en tillämpning av "utgivning" och "utgivare" på medier där det sker överföring till allmänheten.

Begreppet utgivning/utgivare är såvitt bekant inte heller harmoniserat på EU-nivå. **Därför är KLYS och Copyswede bestämda uppfattning att andra begrepp måste användas.**

KLYS och Copyswede avstyrker vidare att begreppet "publicering", som i svensk språkdräkt inte har någon enhetlig innebörd - det kan t ex antyda att det handlar om ett "ur-uppförande" eller ett medium med särskild publicistisk dignitet med egenproducerat material – **över huvud taget används i lagtext.**

Begreppet "utgivare" bör i rubriken ersättas med "ensamrätt för presspublikationer" eller bara med "angående presspublikationer" respektive i övrigt i de föreslagna lagrummen med "rättsinnehavaren av en presspublikation". Begreppet "publicering" i förslaget i övrigt (te x 48 c § URL) bör ersättas med "tillgängliggörande" eller "tillgängliggörande genom spridning eller överföring".

Den nya rättigheten

Den rättighet som införs i och med artikel 15 i direktivet innebär att en ny samlad rättighet införs för ägaren till en presspublikation. Rättigheterna till "presspublikationer" finns dock redan hos de upphovspersoner som skrivit texterna, framställt bilderna, formgivit mm. Problemet är och har varit att rättigheterna är oklart fördelade och svagt organiserade. Därför har en ny rättighet framstått som nödvändig och den införs i direktivet som ett investeringsskydd för presspublikationen. Den nya närstående rättigheten för *rättsinnehavaren av presspublikationen* medför att dessa får en förhandlingsposition i förhållande till olika plattformar. De senare kan därför inte längre använda presspublikationen utan att teckna avtal om användningen - det sedan länge pågående intrånget i rättigheter kan därmed upphöra.

Upphovspersonernas rättigheter till det material som ingår i presspublikationerna kvarstår ogravrade av presspublicistens rättighet samtidigt som upphovspersonerna också garanteras en lämplig andel av den ersättning som den nya "investeringsrättigheten" ska ge. **Det görs genom artikel 15.2 och 15.5. KLYS och Copyswede anser att båda dessa artiklar bör återges i lagtexten.**

Avtal ska komma till stånd – särskild avtalslicens

Hur avtal ska komma till stånd utifrån den föreslagna lagstiftningen är den centrala frågan. Målsättningen med artikel 15 är att både utgivare och upphovspersoner ska tillförsäkras ersättning från plattformarna. **Den naturliga utgångspunkten för svensk del borde därför vara att dessa gemensamt ska tillvarata sina rättigheter.**

En särskild avtalslicens för området är rationell eftersom den ger samtliga parter i avtalet insyn i förhandling och fördelning av de ersättningar som förhandlats fram. En särskild avtalslicens har även fördelen för plattformen som tecknar avtal att denne skyddas från tillkommande krav från utanförstående. Eftersom avgränsningen av begreppet presspublikation i artikel 15 inte är helt tydlig framstår avtalslicens även av det skälet som lämplig. En särskild avtalslicens skapar inte i sig själv en avtalsmarknad men det är ett **starkt stöd för rättighetshavarna för ett gemensamt agerande. Genom en särskild avtalslicens**

kan parterna avgränsa avtalsvillkoren och omfånget av nyttjandet. Avtalslicensen är ett flexibelt instrument som disponeras av parterna gemensamt.

Vi ser tydliga problem om ett gemensamt agerande mellan hela branschen inte kan etableras. Dels uppstår den påtagliga risken att upphovspersoner inte får den ersättning de har rätt till. Vi ser också att det förutom konflikter mellan rättighetshavare och nyhetsaggregatorer/plattformar också kan uppstå konflikter mellan *rättsinnehavaren till presspublikationen* och upphovspersoner. Avtalstecknande kan försvåras eller tecknas på för låg, total nivå. En fragmenterad licensiering kan även leda till konflikter inom utgivarkollektivet, även det skulle försvåra att en rationell avtalsförhandling kommer till stånd. En fragmenterad licensiering kommer också att leda till olika behandling av upphovspersonernas rättigheter på samma marknad, man får olika betalt för likartade nyttjanden.

Det bör beaktas att det här handlar om stora ekonomiska värden. Värden som både kan gå förlorade och som kan medföra att konfliktnivån blir högre.

Upphovspersoners ställning ska stärkas

Genom att inte införa artikel 15.2 i svensk lag avviker förslaget från direktivet och ambitionen att nära följa direktivtexten frångås. Det är inte tillfredsställande med tanke på syftet med direktivet och särskilt som artikel 15 ska stärka upphovspersonernas position. Genom artikel 15 sker det en samtidig och nödvändig förstärkning av vissa medieföretags position. Det senare ska inte ske på de förras bekostnad utan tvärtom betonar artikel 15 att både de som direktivet kallar "utgivare" och upphovspersoner ska ha nytta av den nya regleringen. **Artikel 15 bör därför enligt KLYS och Copyswede införas på ett sådant sätt att upphovspersonerna ges inflytande över hur deras rättigheter hanteras inom ramen för den nya rättigheten. Om inte det sker äventyras deras rättigheter och möjligheter att få ersättningar.**

Den nya närstående rättigheten aktiveras bara i förhållande till "online-användning av deras presspublikationer som görs av leverantörer av informationsområdet tjänster". Den ska och får inte konsumera upphovspersonernas rättigheter och det ska inte heller möjliggöras att det sker i praktiken. **Upphovspersonerna måste därför ges möjlighet att delta i förhandlingar och avtalstecknande, eftersom deras rättigheter i högsta grad berörs.** Förhållandena på undervisningsområdet där medieföretag och upphovspersoner uppträder gemensamt är på många sätt likartade.

Enskilda ord, korta utdrag

I förslaget till 48 b § URL undantas från rätten "mycket korta utdrag ur en presspublikation." Ordalydelsen i direktivets artikel 5.1 är att undantaget avser "användningen av enskilda ord i, eller mycket korta utdrag ur, en presspublikation." Den exakta innebörden av vad det innebär är inte klarlagt och rättspraxis kommer att få klargöra vad som avses. Det är olyckligt att i den svenska lagtexten inte ta in hela uttrycket i artikeln, utan endast en bisats. Genom förslagets utformning kan tillämpningen av undantaget komma att breddas på ett sätt som inte är tillåtet enligt direktivet. Särskilt som det i promemorian på sidorna 119-120 även talas

om att bilder och video skulle kunna vara korta utdrag. **KLYS och Copyswede menar därför att hela artikeln för klarhetens skull bör föras in i lagförslaget.**

En bild är ett verk (i vissa fall fotografisk bild) och kan inte falla inom ramen för korta utdrag, vilket även gäller för en video. En bild måste betraktas som en helhet även när den ingår som en illustration till en berättelse eller nyhetshändelse. Bilder kan inte citeras som text. Inskränkningar för bild reglerar, på andra sätt, under vilka omständigheter bildverk får användas utan tillstånd som det handlar om i 48 b §. Även här måste uppmärksammas att upphovspersonerna har kvar sina rättigheter ograverade inom ramen för denna särskilda ersättningsrätt. **Ersättningsrätten får inte i något avseende gå längre med följd att ensamrätten konsumeras. Promemorians text kan ge intryck av ett avsevärt bredare friområde än vad domstolar kommer att fastställa.**

Upphovspersoners rätt måste komma till uttryck

Införandet av upphovspersonernas rätt till ersättning i promemorians förslag, innebär att obligatorisk kollektiv förvaltning införs. Ersättningsrätten införs endast i relation till presspublikationen och utgår endast om det förhandlats fram ersättning. Promemorian anger, underförstått, att den rätt som upphovspersonen har därför kan komma att bli värdelös. Därmed försvagas upphovspersonernas ställning.

Rätten kan i och för sig göras gällande av presspublikationen ensam, men upphovspersonernas rättigheter i förhållande till plattformen ska vara ograverade. Om upphovspersonen bara har valet att vända sig till medie företaget/rättsinnehavaren har den egna ensamrätten begränsats och frågan är om en ny tvångslicens eller inskränkning införs.

KLYS och Copyswede anser att det behöver klargöras att upphovspersonerna alltid har valet att även vända sig direkt gentemot plattformen och kräva ersättning för sina rättigheter.

Det nu framförda pekar mot att **samtliga rättigheter och rättighetshavare bör ställa sina rättigheter till förfogande samtidigt och samordnat i förhållande till nyhetsaggregator/ plattform.**

11. Fördelning av ersättning i vissa fall

Enligt promemorian föranleder artikel 16 DSM-direktivet inte några genomförandeåtgärder. **KLYS och Copyswede delar den bedömningen och tillstyrker förslaget.**

12. Upphovsrättsligt ansvar för vissa leverantörer av on-linetjänster

12.1 Utgångspunkter för genomförandet

KLYS och Copyswede anser att regeringens fokus i implementeringsarbetet i större utsträckning än vad promemorian ger uttryck för ska vara att förverkliga syftet med artikel 17, d v s att främja utvecklingen av licensmarknaden för rättighetshavare och s k

delningstjänster samt att säkerställa att de värden som genereras också tillfaller de upphovs personer och utövande konstnärer som skapar det innehåll som delas via dessa tjänster. Resultatet av genomförandet ska leda till en reell värdeöverföring från delningstjänsterna till kulturskaparna. **Ett sådant syfte förverkligas effektivast genom en implementering som är så lik direktivet som möjligt.**

KLYS och Copyswede anser därför att genomförandet av direktivets artikel 17 i svensk rätt, såväl i lagtext som i författningskommentar, bör ske i närmare anslutning till direktivets ordalydelse. Vi anser att artikeltexten i direktivet bör vara vägledande och tillmätas större betydelse än EU-kommissionens vägledning och generaladvokatens förslag till avgörande i Polen-målet. En sådan ordning ger bättre förutsättningar för en EU-konform lagstiftning och minskar behovet av prövningar i EU-domstolen. Den ökar också förutsebarheten, eftersom Sverige i så fall följer direktivets bestämmelser och begrepp.

KLYS och Copyswede förespråkar vidare regler på området som är så pass stabila att de kan tillämpas över tid och ger bästa möjliga förutsättningar för en sund marknadsutveckling inom hela kultur- och medieområdet.

Det ska påpekas att de olika konstområdena och marknaderna ser olika ut och har olika konkurrensförutsättningar, vilket bör tas i större beaktande i lagstiftningsarbetet kring artikel 17. Kulturskaparnas organisationer, såsom upphovsrättssällskap inom olika verksamhetsområden, står avtalsberedda för att klarera nyttjanden i enlighet med artikeln.

12.2 Vilka tjänster omfattas av det nya regelverket?

KLYS och Copyswede anser att utgångspunkten för bedömningen av om en plattform ska anses träffas av artikel 17 eller inte bör vara intresset av att reglerna som sådana kan tillämpas förhållandevis brett, men att tillämpningen ska ske med hänsyn till dessa aktörers skilda förutsättningar. Det är viktigt att även andra tjänster än Youtube och andra rättighetskategorier än musikaliska och audiovisuella verk, t ex bild- och textverk, kan omfattas av artikeln. Därför bör regeringen se till att särskilt betona den helhetsbedömning som framgår av skäl 63.

Bara de stora tjänsteleverantörerna omfattas

Genom promemorians förslag kommer bara de största tjänsterna att omfattas av det nya regelverket i enlighet med avgränsningen i 52 i § URL, och ger därmed artikel 17 **en alldeles för smal räckvidd i svensk lagstiftning.** Ett sådant begränsat tillämpningsområde kan inte ha varit syftet med DSM-direktivet. Förslaget innebär att väldigt många mindre och medelstora, men betydelsefulla, potentiella tjänster kommer att falla utanför tillämpningsområdet. Den digitala utvecklingen går snabbt och vi kan förvänta oss många nya tjänster på området som bör omfattas. Om alla dessa faller utanför tillämpningsområdet kommer de nya bestämmelserna i enlighet med artikel 17 att få en ganska liten betydelse för kulturskapare och andra kulturaktörer i Sverige, vars verk delas i den digitala miljön, eftersom färre licenser kommer att kunna träffas.

Den väg som justitiedepartementet valt här är också förvånande med tanke på att det i artikel 17 redan finns en anpassning till mindre och nystartade företag, vilket måste anses

innebära att **nya framtida tjänster är avsedda att omfattas**. Annars skulle lättnadsreglerna i artikel 17.6 § (ny 52 m §) vara överflödiga. **Enligt KLYS och Copyswede bör så många delningsplattformar som möjligt där upphovsrättsligt material tillgängliggörs träffas av artikel 17**. En breddning av dess tillämpningsområde kommer att öka såväl kulturskapares möjligheter att få betalt för användningen, som publikens möjligheter att ta del av en mångfald av skyddade verk och prestationer.

KLYS och Copyswede är således av uppfattningen att **definitionen av delningstjänster bör motsvara definitionen i direktivet, så att regeringen inte undantar relevanta tjänster från de nya ansvarsreglerna**. Formuleringar som begränsar tillämpningen av bestämmelserna till enbart marknadsdominerande, globala tjänster måste tas bort i lagstiftning och förarbeten. Det bör vidare tydliggöras att **även potentiellt konkurrerande tjänster ska omfattas**, och inte enbart tjänster som existerar idag. Vi **avstyrker därför att det tas in ett konkurrenskriterium på det sätt som nu föreslås i 52 1 §**.

KLYS och Copyswede ser flera problem med promemorians förslag. När färre licenser träffas kommer användare och konsumenter att ha ett mindre utbud att ta del av på tjänsterna och marknaden kommer inte att utvecklas som det var tänkt. De som skapat innehållet kommer inte heller att få fullt betalt, vilket i förlängningen inte är hållbart. Eftersom den nya lagstiftningen troligen kommer att gälla för lång tid framöver är det problematiskt om inte reglerna kan få träff på framtida aktörer.

Promemorians förslag åtgärdar inte heller de konkurrensproblem som uppstår då vissa tjänster har tydliga ansvarsregler och ingår licensavtal, medan andra utnyttjar "kryphål" och väljer att inte klarera rättigheter, trots att ett av syftena med artikel 17 är att råda bot på just detta. Samma spelregler bör därför gälla för fler företag för att få en sundare konkurrens i enlighet med direktivets avsikt.

När det gäller kriteriet "en stor mängd" instämmer KLYS och Copyswede i att bedömningen måste göras utifrån både en kvalitativ och kvantitativ bedömning. Vad som utgör en stor mängd varierar mellan olika verkskategorier, marknader och länder och bör därför bedömas från fall till fall i enlighet med skäl 63. Mängden material bör kunna sättas i relation till materialets karaktär. **Några minimiregler i sammanhanget bör därför inte införas**.

Men departementet tycks i sammanhanget lägga till ett ytterligare kriterium, nämligen att delningstjänsten ska tillgängliggöra *en mängd verk som anses vara stor i förhållande till andra tjänster för delning av innehåll*. Detta kriterium finns varken i direktivet, i kommissionens vägledning eller i generaladvokatens förslag till avgörande, varför det **enligt KLYS och Copyswede saknas stöd för att införa ett sådant krav i svensk lagstiftning**. Det är viktigt att lagstiftningen är framtidssäkrad och utformas så att den kan komma att omfatta rättigheter som ännu inte har kapitaliserats och där det följaktligen inte finns några konkurrerande tjänster (såsom t ex på bild- och formområdet). **KLYS och Copyswede avstyrker därför detta förslag till kriterium vid genomförandet av artikel 17 i svensk rätt**.

Det ska understrykas att konkurrenssituationen skiljer sig åt mellan konstområdena, inte minst mellan bildområdet å ena sidan och AV- och musikområdet å den andra. Inom bildområdet konkurrerar inte delningstjänsterna med etablerade streamingtjänster utan

med aktörer, ofta offentliga som t ex museer, som vill locka besökare till sina webbsidor genom att visa bildkonst. Dessa aktörer tecknar, till skillnad från delningstjänsterna, licens med Bildupphovsrätt, vilket ger delningstjänsterna en stor konkurrensfördel, eftersom de inte erlägger någon ersättning för användningen.

KLYS och Copyswede anser vidare att ytterligare aspekter såsom värdefullt innehåll för den svenska marknaden och kulturpolitiskt viktigt innehåll bör beaktas, d v s verk som präglas av konstnärlig kvalitet och förnyelse, kreativitet och mångfald (jfr de nationella kulturpolitiska målen). Det kan handla om tjänster som inte är stora och kommersiella, och inte har en stor publik, men som innehåller attraktivt och betydelsefullt innehåll för en svensk publik.

Tjänsteleverantörer som tillhandahåller livesändningar eller länkar omfattas inte

I promemorian föreslås att livesändningar inte ska omfattas av de nya ansvarsreglerna. **KLYS och Copyswede delar inte den bedömningen och avstyrker detta förslag.** När det gäller vilka typer av förfoganden som omfattas är KLYS och Copyswede tolkning att även livestreaming/sändningar omfattas av artikel 17. **Artikel 17 måste anses omfatta samtliga rättigheter som tillkommer kulturskapare enligt artikel 3.1 Infosoc-direktivet om "överföring till allmänheten".** Direktivet måste dessutom anses utgå från en likabehandling mellan alla verk som tillgängliggörs av en delningstjänst. En stillbild av ett konstverk och en livesändning av samma verk bör behandlas på samma sätt.

Mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i Youtube-målet blir det dessutom ännu viktigare att många delningstjänster omfattas av de nya ansvarsreglerna och att även livesändningar inkluderas. Annars finns **risk för kringgåenden genom att delningstjänster ändrar sina affärsmodeller och använder kryphål i lagen för att undvika upphovsrättsligt ansvar och att ge skälig ersättning till rättighetshavare.**

Departementet bygger sitt ställningstagande på en språklig tolkning där kravet på lagring inte kan anses uppfyllas vid livesändning, eftersom endast flyktiga exemplar uppstår hos tjänsten. **KLYS och Copyswede vänder sig emot en sådan tolkning, som vi anser är felaktig.**

Enligt definitionen av överföring till allmänheten i Infosoc-direktivet förutsätter förfogandet inte att någon lagring har skett, varför det inte kan tolkas på något annat sätt än att livesändningar måste anses omfattas av ansvarsfrihetsreglerna. Frågeställningen utvecklas av Stim i deras yttrande och KLYS och Copyswede hänvisar till den fördjupade argumentation som förs där.

Sammanfattningsvis anser KLYS och Copyswede att **tolkningen i promemorian av "laddats upp" och kravet på "lagring" strider mot direktivets ordalydelse och syfte samt mot upphovspersoners/ utövares rättigheter enligt Infosoc-direktivets artikel 3.1.**

Livesändningar fyller en allt viktigare roll på innehållsmarknaden och bör därför inte särregleras. Mot denna bakgrund **menar KLYS och Copyswede att regeringen bör tydliggöra att livesändningar också omfattas av de nya bestämmelserna.**

Det ska också beaktas att vissa delningstjänster erbjuder allmänheten tillgång till upphovsrättsligt skyddade verk inte bara genom uppladdning och lagring, utan också genom **förmedling av länkar.** Här vill KLYS och Copyswede framhålla att även länkning till verk kan

indexeras och sorteras i delningstjänster och att länkningen i sig inte ska medföra att delningstjänsten undgår ansvar enligt artikel 17. Precis som när det gäller livesändningar **anser KLYS och Copyswede att om länkarna till upphovsrättsligt skyddade verk tillhandahålls av en delningstjänst som tjänar pengar på innehållet, så bör delningstjänsterna dela med sig av ersättningarna och omfattas av regleringen.** Annars finns en risk för nya framtida tjänster av typen "Pirate Bay".

12.3 Det upphovsrättsliga ansvaret

KLYS och Copyswede välkomnar att ett uttryckligt klagörande i lagtext föreslås införas i en ny 52 j § som innebär att delningstjänsterna faktiskt vidtar en "överföring till allmänheten".

12.4 Tillstånd och verkan av ingångna avtal

KLYS och Copyswede tillstyrker förslaget i 12.4 att en tjänsteleverantörs tillstånd att överföra ett verk till allmänheten, också ska omfatta den överföring till allmänheten som görs av användaren, under förutsättning att användaren inte agerar i förvärvssyfte eller användarens verksamhet inte genererar betydande intäkter.

12.5 En ny ansvarsbegränsning för tjänsteleverantörer

Det är positivt att det slås fast att delningstjänsterna måste försöka träffa avtal med rättighetshavare som organiserar sig kollektivt och att lagstiftningen uppmuntrar till licensiering.

Enligt den engelska artikeltexten ska dock delningstjänsterna vidta "best efforts" för att få licensavtal på plats, vilket är ett högt ställt krav. I den svenska översättningen av artikeltexten motsvaras detta av att delningstjänsterna ska ha "gjort vad de har kunnat" för att få tillstånd från rättighetshavarna. I promemorians förslag har kravet däremot formulerats som "har gjort vad som skäligen kan krävas", vilket är ett betydligt lägre krav jämfört med "best efforts". **KLYS och Copyswede är av uppfattningen att kravet bör omformuleras och skärpas i det fortsatta lagstiftningsarbetet så att det bättre motsvarar kravet i den engelska direktivtexten, som bör vara styrande här.**

Även när det gäller 52 l st 1 p. 2 om tillstånd eller licensiering inte kan ske, ska delningstjänsterna enligt promemorians förslag "ha gjort det som skäligen kan krävas" för att hålla olagligt material borta från delningstjänsten, medan det i den engelska artikeltexten även här ställs krav på "best efforts. För vissa områden, t ex spelfilmer, är det i dagsläget inte aktuellt med licenser, varför det är **viktigt med ett högt ställt krav även här.**

De medlemsstater i EU som kommit längre i implementeringsprocessen har infört skarpere formuleringar om detta krav som stämmer bättre med direktivets krav och syfte. Under förhandlingen av direktivet framkom tydligt att kravet på best efforts t ex innebär att alla delningstjänster måste använda den senaste tekniken för igenkänning eller följa etablerad branschstandard.

KLYS och Copyswede föredrar formuleringen "gjort vad de har kunnat" eller det danska alternativet "gjort sitt bästa" i stället för "gjort vad som skäligen kan krävas". En formulering

som ligger närmare kravet i direktivet minskar risken för en framtida prövning i EU-domstolen och ökar incitamenten för de tekniska investeringar som är nödvändiga för att skapa en fungerande innehållsmarknad.

12.6 Användarnas rättigheter

KLYS och Copyswede saknar i avsnittet ett förtydligt ansvar för notice and staydown. Regeringen bör därför **säkerställa att innehåll som har ett mycket högt ekonomiskt värde är möjligt att skydda genom en effektiv notice and staydown-lösning.**

I EU-kommissionens vägledning föreslås att rättighetshavarna ska kunna öronmärka särskilt värdefullt innehåll, i syfte att delningstjänsterna ska vara skyldiga att hålla innehållet borta från tjänsten. Departementet har dock i promemorian inte föreslagit någon möjlighet till öronmärkning, mot bakgrund av generaladvokatens uttalande i det pågående Polen-målet, och menar i stället att storleken på den ekonomiska skadan ska vägas in vid bedömningen om delningstjänsterna har uppfyllt sitt ansvar för att hålla materialet borta. Detta stämmer enligt KLYS och Copyswede inte överens med direktivet och den intresseavvägning som ska göras. Regeringen bör därför **utveckla och förtydliga dessa resonemang så att det klargörs att delningstjänsterna har ett utökat ansvar för innehåll av mycket högt ekonomiskt värde.** Se vidare fördjupad argumentation i Stims yttrande.

I promemorians förslag införs också **ett antal tvingande inskränkningar** som ska skydda användarna på en delningstjänst. Uppladdat skyddat material som täcks av en sådan inskränkning behöver inte tas ned av tjänsten, vare sig på eget initiativ eller efter anmälan av rättsinnehavare.

Inskränkningarna införs för att avgränsa det upphovsrättsliga skyddet i förhållande till det skydd som finns för yttrandefrihet. Användare ges rätt att tillgängliggöra verk för citat, kritik och recensioner samt karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte. Flera av dessa avgränsningar är svårbedömda, och rättsfallen är få och ger liten vägledning.

KLYS och Copyswede menar att det finns risk för att inskränkningarna används på ett mer omfattande sätt än vad som är avsikten eller går att förutse. Det finns dessutom inte skäl för att upphovspersoners/utövares verk används utan ersättning. Det är inte delningstjänsten som ska ha förmånen av inskränkningen, utan tjänstens användare. KLYS och Copyswede är av uppfattningen att dessa tjänster **inte ska kunna undvika ersättningsansvar genom att undanta dessa inskränkningar från det område som ska regleras i avtal.** Det bör därför **klargöras i den nya lagstiftningen att delningstjänsterna ska vara ersättningskyldiga även för den användning av verk som sker under åberopande av inskränkingsbestämmelser.**

12.7 Rätt till information

Enligt regeringens förslag ska en leverantör som ingått ett avtal med en rättsinnehavare om överföring till allmänheten, informera rättsinnehavaren om den användning som sker med stöd av avtalet. **KLYS och Copyswede anser att rapporteringskravet för delningstjänster måste bli tydligare än i promemorian och innebära att en detaljerad rapportering ges till**

rättighetshavarna. Kraven som följer av artikel 17 ska innebära en utökad skyldighet jämfört med de krav som finns i nuvarande lagstiftning.

12.8 Klagomål och tvistlösning

KLYS och Copyswede instämmer i bedömningen i promemorian att rättsinnehavaren, för det fall denne redan lämnat en välgrundad underrättelse som bedömts tillräcklig för att plocka bort material, inte enbart på formella grunder kan åläggas att komplettera informationen.

Kapitel 13 Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt

Inledning

KLYS och Copyswede saknar i kapitel 13 en närmare beskrivning av syftet med artiklarna 18-23 i DSM-direktivet. Artiklarna är centrala i direktivet och syftar till starka upphovspersoner och utövare i deras avtalsrelationer, och att åtgärda den obalans som råder på den upphovsrättsliga avtals-marknaden, med särskilt fokus på den digitala miljön. I preambel 72 anges:

"Upphovsmän och utövande konstnärer är oftast i en svagare förhandlingsposition när de licensierar eller överlåter sina rättigheter, även genom sina egna företag, för utnyttjande mot ersättning, och dessa fysiska personer behöver det här direktivets skydd för att fullt ut kunna utnyttja de rättigheter som harmoniseras enligt unionsrätten."

KLYS har löpande under en lång rad år påtalat vad de negativa konsekvenser som digitaliseringen och den alltmer påtagliga obalansen mellan parterna på kultur- och mediemarknaden innebär för yrkesverksamma kulturskapare. Detta bland annat i en skrivelse till justitieminister Morgan Johansson 2015, i en skrivelse till justitiedepartementet 2019 inför genomförandet av DSM-direktivet i svensk rätt samt i en skrivelse till statssekreterare på justitiedepartementet Catharina Espmark 2020. Problematiken uppmärksammades bland annat av den konstnärspolitiska utredningen SOU 2018:23 Konstnär – oavsett villkor, som rekommenderade ytterligare lagstiftning på området.

Digitaliseringens konsekvenser för yrkesverksamma kulturskapare har också nyligen beskrivits i myndigheten Konstnärsnämndens rapport Digitaliseringens konsekvenser för konstnärers villkor (från i maj 2021), där det bland annat konstateras hur svårt det är för kulturskapare att få skäliga villkor och ersättningar för användning av deras rättigheter på internet, inte minst vid användning på nätplattformar och i digitala tjänster i senare led i avtalskedjan.

Direktivets artiklar 18-23 innehåller bestämmelser som KLYS arbetat på att få in i svensk upphovsrättslagstiftning i nästan 20 års tid, och som har potential att skapa en sund, hållbar och balanserad kultur- och mediemarknad, som främjar såväl dem som skapar det konstnärliga och kreativa innehållet, som dem som använder och tar del av upphovsrättsligt skyddat material. Men som bestämmelserna föreslås i promemorian riskerar de att **inte få träff på en mängd relevanta situationer på den digitala avtalsmarknaden där upphovspersoners och utövares rättigheter används och genererar intäkter**, vilket i sin tur innebär

att kulturskapare **inte kommer att kunna få skäligen villkor och ersättningar utmed hela den upphovsrättsliga värdekedjan.**

De nya bestämmelserna **måste därför utvecklas och på ett bättre sätt ta höjd för den snabba tekniska utvecklingen, däribland utvecklingen av nya affärsmodeller på den digitala avtalsmarknaden, för att kunna göra verklig skillnad för upphovspersoner och utövare i framtiden.** Detta måste **göras nu**, eftersom det kommer att dröja många år innan ny lagstiftning på området är aktuell igen, inte minst på EU-nivå.

13.1 Inledande överväganden om upphovsrättsliga avtal

Frihet att anpassa reglerna utifrån nationella förhållanden

Vi delar justitiedepartementets bedömning att artiklarna 18-23 i högre grad än de övriga bestämmelserna i direktivet lämnar utrymme för medlemsstaterna att själva bestämma det närmare innehållet vid genomförandet. **Detta nationella handlingsutrymme anser KLYS och Copyswede att den svenska regeringen bör utnyttja i större utsträckning än vad som föreslås** i den aktuella promemorian, bland annat genom att ge de nya bestämmelserna en **bredare träffyta**. Det gäller **särskilt genomförandet av artikel 18 och 20, mot bakgrund av den snabba tekniska utvecklingen och artiklarna i frågas potential att ge möjlighet för kulturskapare att komma åt den värdeökning som sker i senare led.**

Nya obligationsrättsliga bestämmelser bör tas in i upphovsrättslagen

Direktivet är inte helt tydligt när det gäller vilka förvärvare av rättigheter som ska omfattas av bestämmelserna i artiklarna 18-23. I promemorian föreslås de nya bestämmelserna bli obligationsrättsliga och endast gälla vid avtal mellan uphovspersonen/utövaren själv (eller dennes bolag) och den första förvärvaren, men det finns motstridigheter i promemorians texter. KLYS och Copyswede menar att **direktivet sträcker sig längre än till den första förvärvaren och att uphovspersoner/utövare med stöd av direktivet ska kunna rikta anspråk också mot en senare förvärvare av rättigheter.**

Det förtjänar att påpekas att det i artikel 18 och skälen 72-73, som specifikt relaterar till den artikeln, inte finns något som tyder på att bedömningen av ersättningens lämplighet och proportionerlighet skulle vara knuten till något specifikt avtalstillfälle eller någon enda eller specifik avtalsmotpart.

I direktivets skäl 78 talas det om svårigheten för uphovspersoner och utövare att kunna omförhandla långvariga avtal med sin avtalsmotpart *eller med dem till vilka rätten har övergått*. Formuleringen *”dem till vilken rätten har övergått”* innebär att bestämmelsen omfattar även andra än den första avtalsmotparten.

Frågan är annars *hur* skälig ersättning till kulturskaparen samt jämningsmöjlighet av oproportionerligt låg ersättning ska kunna **säkerställas när det gäller intäkter som deras rättigheter genererar hos en senare förvärvare, t ex en distributör?** Det ger inte promemorian något tydligt svar på.

Som de nya bestämmelserna kommit att utformas i promemorian tycks **hela ansvaret för att säkerställa lämplig och proportionerlig ersättning läggas på den första förvärvaren, och inte på förvärvare i senare led, vilket inte uppfyller direktivets syfte. Det är oftast hos förvärvare i senare led som de stora intäkterna genereras, till exempel hos streamingtjänster som Spotify och Netflix.**

Enligt 28 § URL kan den till vilken upphovsrätt överlåtits inte överlåta rätten vidare utan avtal härom med upphovspersonen. Det förhållandet skulle dels kunna vara ett skydd för upphovspersonen i förhandlingar om villkor för vidareöverlåtelse, dels ge möjlighet för upphovspersonen att direkt träda in i ett avtal med en tredje part. Men i de flesta branscher kräver motparten rätt till vidareöverlåtelser i flera led. Upphovspersonen har små möjligheter att motsätta sig detta och om upphovspersonen ställer krav på insyn i affärsförhållanden och andra mellanhavanden eller begär förbehåll för nyttjanden, finns enligt vår samlade erfarenhet en överhängande risk för att inget avtal över huvud taget kommer att träffas mellan parterna.

Sådana omständigheter gör att, även om de som förvärvaren överlåtit rättigheter till också avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet, det inte lämnas någon garanti för upphovspersonen att erhålla skälig ersättning. Därför måste **regeringen säkerställa att bestämmelserna om rätt till skälig ersättning också ska omfatta dem som förvärvaren i sin tur överlåtit rättigheter till.** Ett sätt vore att **i anslutning till 28 § ange att bestämmelserna i 29 § ska tillämpas vid avtal om vidareöverlåtelse av upphovsrätt** till någon som avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet.

Frågeställningen utvecklas nedan under avsnitt 13.2 och 13.3.

De nya bestämmelserna bör gälla för upphovsmän, utövande konstnärer och framställare av fotografiska bilder

KLYS och Copyswede **tillstyrker** förslaget i denna del. Att alla upphovspersoner och utövande konstnärer inklusive framställare av fotografiska bilder ska omfattas av de nya bestämmelserna är en självklarhet.

Generella regler bör eftersträvas i den utsträckning det är möjligt

KLYS och Copyswede har länge påtalat behov av att ersätta de nuvarande branschspecifika bestämmelserna i upphovsrättslagens tredje kapitel med **generella regler**, som gäller olika branscher och sektorer på upphovsrättsområdet, och **välkomnar** därför förslaget även i denna del.

De nya bestämmelserna bör endast omfatta avtal där upphovsmannen själv överlåter rättigheter

En viktig fråga är om upphovspersoners och utövares arvingar ska omfattas av bestämmelserna. Promemorian är otydlig på denna punkt och KLYS och Copyswede anser därför att det uttryckligen bör anges att **arvingar och testamentstagare ska omfattas av ersättningsreglerna**. En arvtagare kan vara minst lika skyddsvärd i form av svag förhandlingsposition som kulturskaparen själv, och det är enligt KLYS och Copyswede

olämpligt att i upphovsrättssammanhang jämställa arv med andra typer av överlåtelse. KLYS och Copyswede hänvisar i övrigt till ALIS synpunkter när det gäller arvingar, som vi helt stödjer.

De nya bestämmelserna bör omfatta både fullständiga och delvisa överlåtelse av upphovsrätt

I promemorian föreslås att både fullständiga och delvisa överlåtelse av upphovsrätt ska omfattas. Detta tillstyrks av KLYS och Copyswede. I sammanhanget vill vi dock påminna om att upphovsrätten som sådan inte fullständigt kan överlåtas, eftersom den ideella rätten bara kan efterges i begränsad omfattning. Det leder därför fel att tala om överlåtelse av hela upphovsrätten. KLYS och Copyswede förordar sedan länge **införande av termen upplåtelse** i stället för **överlåtelse** i upphovsrättslagen. Den ekonomiska ensamrätten kan dock överlåtas i sin helhet, men sådana upplåtelse bör enligt KLYS och Copyswede endast göras i undantagsfall.

Bör bestämmelserna begränsas till en viss typ av överlåtelse?

För att de nya bestämmelserna ska ha något värde för kulturskapare bör de **få träff på så många typer av avtal som möjligt**. Det är naturligtvis rimligt att vissa avtal faller utanför tillämpningsområdet, men **KLYS och Copyswede anser att alla de avtal som har praktisk och ekonomisk betydelse för uphovspersoner och utövare bör omfattas**. I promemorian görs begränsning av tillämpningsområdet till överlåtelse i förvärvsverksamhet. I promemorian definieras inte vad förvärvsverksamhet är. Begreppet förekommer dock i svensk upphovsrätt i betydelsen systematisk, omfattande eller på annat sätt yrkesmässig verksamhet, som inte behöver vara kommersiell. Ett exempel är t ex upplåtelse för användning av offentliga institutioner och myndigheter, där vinstsyfte saknas.

KLYS och Copyswede menar att det behövs en **bredare räckvidd när det gäller vilken typ av avtal som ska omfattas, men att avgränsningen "förvärvsverksamhet" är att föredra framför "kommersiell" verksamhet, så länge "förvärvsverksamhet" ges en bred träffyta och omfattar upplåtelse som inte sker i vinstsyfte för användning också i t ex ideella och offentliga verksamheter**.

När det gäller anställningsavtal bör dessa kunna omfattas av bestämmelserna, inte minst för att undvika att en uppdragsgivare kringgår den aktuella skyddslagstiftningen genom att visstids- eller projektanställa en uphovsperson eller utövare.

Bestämmelsernas tillämpning i tiden

En mycket viktig fråga för kulturskaparkollektivet, som ju utgör den skyddsvärda gruppen i sammanhanget, är de nya reglernas retroaktivitet. Eftersom det ofta är äldre avtal som innehåller oskäliga villkor, däribland villkor om låga ersättningsnivåer, vore bestämmelserna ett slag i luften om inte dessa kan prövas med de nya reglerna. KLYS och Copyswede anser därför att **bestämmelserna genomgående bör ges en större retroaktivitet**, men särskilt vad gäller genomförande av artikel 20 om möjligheten att jämka ett avtal, där **åtminstone 20 år gamla avtal bör omfattas**. En sådan längre period är lämplig eftersom bestämmelsen då kan fånga upp avtal som träffades före den stora digitala omställningen som skedde för cirka 15

20 år sedan, i form av nya digitala tjänster, till exempel streamingtjänster. Det finns inget i direktivet som förhindrar en sådan ordning. Direktivet reglerar således inte vad som ska gälla för äldre avtal, utan det är en fråga för nationell rätt.

Enligt svensk rätt finns det möjlighet att göra avsteg från principen om att nya obligationsrättsliga regler inte ska tillämpas på redan ingångna avtal om det med hänsyn till innehållet i en ny regel finns skäl för att den ska tillämpas på äldre avtal. I ersättningsrättskapitlet finns **flera sådana bestämmelser, som utifrån sitt syfte förutsätter att de kan användas även på äldre avtal, där artikel 20 framstår som den mest självklara att ge en längre retroaktivitet.**

Oavsett hur gamla avtal som kommer att omfattas av de nya bestämmelserna, måste dock understrykas att det **aldrig är acceptabelt med oskäliga ersättningar eller oskäliga villkor.** Principen om skälig ersättning måste alltid gälla ändå. Med de nya reglerna sätts dock en praxis för vad som ska bedömas som skälig ersättning, som bör kunna vägleda i frågor om ersättningsnivåer även beträffande upplåtelser i äldre avtal.

Övriga synpunkter från KLYS och Copyswede när det gäller inledande överväganden i avsnitt 13.1

KLYS och Copyswede tillstyrker att nya tvingande regler tas in i upphovsrättslagen på området. Det torde vara en korrekt bedömning att detta är en grundförutsättning för att de bestämmelser som påbjuds i artiklarna 18-22 ska kunna utformas på ett sådant sätt att deras syfte säkerställs. Att så är fallet har såväl KLYS och Copyswede som justitiedepartementet själva givit uttryck för under implementeringsarbetet. Att behålla dispositiva bestämmelser på detta område i upphovsrättslagen skulle innebära att de även i framtiden kommer att förhandlas bort av kulturskapares motparter till nackdel för upphovspersoner och utövare.

För kulturskaparna är det dock viktigt att artiklarna 18-22 får **en så bred räckvidd som möjligt - både när det gäller tillämpning i tid, när det gäller typ av överlåtelse som omfattas och när det gäller vilka förvärvare som träffas av bestämmelserna.** Även om bestämmelserna görs tvingande, så får de, i den form de föreslås i promemorian, **enligt KLYS och Copyswede en alldeles för begränsad träffyta i dessa tre hänseenden för att kunna göra verklig nytta.** Begränsningarna gör det möjligt för upphovspersoner/utövares motparter att på olika sätt kringgå den nya lagstiftningen.

13.2 Rätt till skälig ersättning

I promemorian föreslås en ny bestämmelse i 29 § 1 st URL om rätt till skälig ersättning vid överlåtelse i förvärvsverksamhet mellan upphovsperson/utövare och den första förvärvaren, d v s vid den första upplåtelsen. Bestämmelsen föreslås vara ett genomförande av principen om lämplig och proportionerlig ersättning i artikel 18 DSM-direktivet, som utgör en typ av bestämmelse som KLYS och Copyswede arbetat för i många år och som var avgörande för att DSM-direktivet skulle kunna gå igenom i EU-parlamentet. **KLYS och Copyswede välkomnar en sådan princip i svensk rätt, men har en rad invändningar mot hur den föreslås genomföras, som vi anser förfelar bestämmelsens syfte.**

Bestämmelsen bör ge rätt till skälig ersättning

I promemorians förslag används kriteriet *skälig ersättning* i stället för *lämplig och proportionerlig ersättning*. De senare är de kriterier som anges i artikel 18 DSM-direktivet. Kriteriet skälig finns dock i rubriken till kapitel 3 i DSM-direktivet. Det är alltså dessa tre kriterier som anges i DSM-direktivet och **eftersom de inte kan anses som synonyma, bör en heltäckande implementering som ger upphovspersoner och utövare det skydd de behöver, ange alla tre kriterier i lagstiftningen**. Vad som är skäligt brukar vara en avvägning mellan parterna, medan lämplig och proportionerlig ersättning måste ses ur andra objektiva aspekter.

KLYS och Copyswede anser därför att den bestämmelse i URL med vilken artikel 18 implementeras bör ange att upphovspersonen/utövaren har rätt till både *lämplig, skälig och proportionerlig ersättning*. Följdändring bör göras i den bestämmelse som utgör genomförande av artikel 20, där både kriterierna lämplig och skälig anges, vilket också talar för att de inte kan anses synonyma. Vi menar att en anpassning till DSM-direktivets ordalydelse i detta hänseende är viktigt för att ge upphovspersoner och utövare ett legitimt skydd i enlighet med direktivets syfte.

Brister när det gäller den nya bestämmelsens omfattning

En allvarlig svaghet i förslaget till svenskt genomförande är att utgångspunkten för bedömningen av skäligheten ska vara *förhållandena vid avtalets ingående*. I den föreslagna lagtexten står *"När en upphovsman överlåter..."* KLYS och Copyswede tolkning av **artikel 18 är dock att den ska ge upphovspersoner och utövare rätt till lämplig och proportionerlig ersättning under den tid som avtalet löper**. Innebörden av ordet "när" eller "where" i den engelska versionen, ska inte uppfattas som en begränsning till avtalstillfället, utan i betydelsen "om" eller "i de fall" en upphovsperson överlåter sina rättigheter. KLYS och Copyswede vill därför hävda att **bestämmelsen inte är avsedd att begränsas i tid**.

Om en sådan begränsning införs kan bestämmelsen komma att bli ett slag i luften för många kulturskapare vars ersättning kan anses lämplig, skälig och proportionerlig vid avtalstillfället, men ganska snabbt efteråt inte längre vara det. Eftersom artikel 20 eller den nya 29 § 2 st URL endast fångar upp situationer där ersättningen kommit att bli *oproportionerligt låg* (d v s inte endast oskälig) och dessutom bara ger stöd för jämkning av ersättningen för återstående avtalstid, **uppstår här stora luckor i upphovspersonernas/utövarnas skydd, där lämplig och proportionerlig ersättning inte säkerställs över tid, utan endast vid några avgränsade tillfällen**. Detta kan inte ha varit avsikten med direktivet.

Promemorians förslag till genomförande av artikel 18 och 20 innebär att **en upphovsperson/utövare under en löpande avtalstid riskerar att varken få sin ersättning prövad enligt artikel 18 eller enligt artikel 20**. KLYS och Copyswede illustrerar denna brist i förslaget till svensk implementering med en rad exempel i bilaga till detta remissyttrande.

Det bör således enligt KLYS och Copyswede vara möjligt att få en ersättnings skälighet, lämplighet och proportionerlighet prövad under hela den tid som avtalet löper. Om inte detta är möjligt måste artikel 20 genomföras på ett annat sätt. Se nedan under avsnitt 13.3.

En ytterligare brist i förslaget till genomförande av artikel 18.1 är att förvärvare i senare led inte omfattas av principen om att upphovspersoner och utövare ska ha rätt till skälig ersättning. Enligt KLYS och Copyswede bedömning finns dock inget i direktivet som hindrar att en senare förvärvares nyttjande omfattas av principen om lämplig och proportionerlig ersättning. Sverige kan hur som helst använda möjligheten till nationella variationer på området, vilka i promemorian också bedöms vara stora.

I promemorian lyfts på sidan 190 frågan om en oavvislig ersättningsrätt och det konstateras där att det inte kan uteslutas att en sådan rätt kan vara både *nödvändig och lämplig för att säkerställa att upphovspersoner och utövande konstnärer sammantaget får en rimlig ersättning.* **KLYS och Copyswede delar helt den analysen och vill understryka vikten av att sådana eller motsvarande mekanismer genomförs.** Den utredning som promemorian hänvisar till (Utredningen om vissa ersättningsfrågor på upphovsrättsområdet dir. Ju 2021:31) som tillsatts för att se över bl a denna fråga, har alltså en avgörande betydelse för att säkerställa att rimlig ersättning erhålles och får därmed också indirekt en betydelse för att möjliggöra säkerställandet av mekanismer för lämplig och proportionerlig ersättning. **Detta innebär dock inte att genomförandet av artikel 18 i det här lagstiftningsärendet kan underlåta att implementera bestämmelsen, så att syftet med direktivet i denna del uppfylls.**

Som nämnts ovan bör detta ske genom att rätten till skälig ersättning enligt den föreslagna 29 § URL ska **kunna göras gällande även mot senare led eller genom någon annan mekanism med motsvarande effekt.** Om avsikten är att detta i stället ska säkerställas genom lagstiftningsärende efter att ovan nämnda **utredning (Ju 2021:31)** lämnat sitt betänkande, så kräver sannolikt en sådan beredning att **regeringen meddelar utredningen ett tilläggsdirektiv.**

Rätten till skälig ersättning bör inte kunna avtalas bort

KLYS och Copyswede delar bedömningen i promemorian att artikel 18.1 DSM-direktivet bör genomföras genom en tvingande bestämmelse till upphovspersoners och utövares fördel. Det ligger också i linje med direktivets krav om att medlemsstaterna ska säkerställa att lämplig och proportionerlig ersättning utgår till upphovspersoner och utövare vid upplåtelse om nyttjanderätt av deras rättigheter. Det är också en indispositiv bestämmelse på området som KLYS och Copyswede under många år beskrivit som helt nödvändig för att skapa en bättre balans på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden.

Engångsersättningar och överlåtelser utan ersättning

Enligt KLYS och Copyswede bör engångsersättningar i princip bara anses vara skäliga, lämpliga eller proportionerliga i undantagsfall (t ex vid beställningsuppdrag där nyttjandet är tydligt avgränsat när det gäller tid, rum och användningsområde). Både engångsersättningar och överlåtelser utan ersättning måste kunna prövas med stöd av en ny 29 § 1 st URL. Vid bedömningen får hänsyn tas till omständigheterna i varje enskilt fall.

Engångsersättningar måste dock skiljas från totalöverlåtelser (s k buy outs eller friköp), som innebär en överlåtelse av hela den ekonomiska upphovsrätten utan begränsningar i tid, rum

och användningsområde till en engångsersättning, och som KLYS och Copyswede menar *aldrig* kan anses förenliga med artikel 18.1 DSM-direktivet.

I bedömningen av vad som är proportionerligt i förhållande till det ekonomiska värdet bör samtliga relevanta intäkter som kan sägas ha anknytning till verket beaktas.

Referensen till "praxis på marknaden" i preambel 73 är problematisk, eftersom direktivet i denna del syftar till att ändra på en osund branschpraxis. Praxis på marknaden bör därför endast vara vägledande för vilken ersättning som ska bedömas som lämplig och proportionerlig i den mån den inte utgör en orimlig och orättvis praxis. Idag utgör praxis inom många kulturbranscher ersättningsnivåer som inte kan anses leva upp till artikel 18.1. **Kollektivt förhandlade ersättningar är inte en garanti för skäliga ersättningar och därför bör de nya reglerna i svensk upphovsrättslag ge stöd även i dessa sammanhang.**

Det finns flera exempel på ersättningar, inte minst på bild- och formsidan, som trots kollektiva förhandlingar av kulturskapares organisationer inte kan anses leva upp till artikel 18. **Villkor i standard- och tariffavtal är många gånger resultat av avtalsförhandlingar där upphovspersoner eller deras företrädare varit i en underlägsen ställning.** Även de avtal som finns där massutnyttjanden enligt tariffen reglerats av kulturskapares organisationer och användare/kunder kan vara missvisande om dessa tariffen tillämpas på enskilda fall, eftersom en tariff för massutnyttjanden ligger lägre än enskilda förhandlade avtal. Det är därför **viktigt att branschpraxis blir möjlig att åsidosätta med stöd av de nya reglerna i URL, om den inte uppfyller kraven.** (Jfr sidan 253 i författningskommentaren som öppnar för detta.)

Rätten till skälig ersättning bör inte gälla redan ingångna avtal

KLYS och Copyswede delar inte bedömningen i promemorian att den nya rätten till skälig ersättning bara bör gälla för framtida avtal. DSM-direktivet överlämnar åt medlemsstaterna att avgöra om bestämmelserna i artikel 18-23 ska gälla även äldre avtal. Beroende på en ny regels karaktär kan det enligt promemorian finnas anledning att göra avsteg från huvudprincipen i svensk rätt att nya obligationsrättsliga bestämmelser inte tillämpas på äldre avtal. KLYS och Copyswede finner att artikel 18 har sådan karaktär och menar att **artikel 26.2 DSM-direktivet ska tolkas på så sätt att även äldre avtal ska omfattas, åtminstone vid en brytpunkt vid ett visst antal år.**

KLYS och Copyswede anser därför att **avtal som träffats fr o m den 1 juli 2001 ska kunna omfattas av prövning enligt den nya 29 § 1 st.** Den situation som ska prövas bör dock bara kunna utgå från förutsättningar som gäller efter att den nya lagstiftningen trätt i kraft. På så sätt får parterna tid på sig att anpassa avtalsvillkoren om t ex ersättningsnivåer i löpande avtal, till direktivets krav.

Oavsett var lagstiftaren hamnar beträffande genomförande av artikel 18.1 i svensk rätt är dock KLYS och Copyswede av uppfattningen att den för att få reellt genomslag för vissa kulturskapargrupper av principen om en lämplig och proportionerlig ersättning, måste **kompletteras med en oavvislig rätt till skälig ersättning** enligt den modell som SAMI och Musikerförbundet beskrivit och arbetat för i många år. En sådan rymms inom artikel 18.2 som

ger medlems-staterna utrymme att införa mekanismer för att säkerställa principen i artikel 18.1.

13.3 Rätt till ytterligare skälig ersättning

I promemorian föreslås en ny bestämmelse i 29 § 2st URL om rätt till ytterligare skälig ersättning om ersättningen blivit oproportionerligt låg i förhållande till förvärvarens intäkter från utnyttjandet av verket. Denna nya jämningsregel föreslås vara ett genomförande av artikel 20 i DSM-direktivet. KLYS och Copyswede, som länge har påtalat behovet av en särskild jämningsregel i upphovsrättslagen, välkomnar en sådan bestämmelse, men har **en rad synpunkter på promemorians förslag till genomförande av den.**

En ny rätt till ytterligare ersättning i vissa fall

KLYS och Copyswede håller med om slutsatsen i promemorian att 36 § avtalslagen inte är tillräcklig för att leva upp till artikel 20 i DSM-direktivet och att en jämningsregel i enlighet med artikeln som gäller särskilt för upphovsrättsliga avtal bör införas. **Enligt KLYS och Copyswede bör dock även andra oskäliga avtalsvillkor i upphovsrättsliga avtal omfattas av bestämmelsen** på det sätt som KLYS och Copyswede tidigare föreslagit. Vi har länge efterlyst en uttrycklig avtalsanpassningsmekanism i URL (jfr våra yttranden över upphovsrättsutredningen 2010/11 samt i vår skrivelse från 2015 till regeringen) i form av **en indispositiv allmän jämningsbestämmelse om oskäliga avtalsvillkor vid rättighetsförvärv, som omfattar såväl den ekonomiska som den ideella rätten.**

Det finns många exempel på olämpliga och oskäliga upplåtelser när det gäller såväl tid, rum som användningsområde, men också när det gäller eftergifter av ideell rätt. Formuleringar i avtal om upplåtelser "utan begränsning i tid, geografiskt eller i omfattning" och "för alla nu och i framtiden förekommande medier och användningssätt" eller "med idag känd eller i framtiden uppkommande teknik" förekommer alltför ofta. Från kulturskaparhåll kallar vi avtal som innehåller denna typ av villkor för "fulavtal" och de kan inte anses vara skäliga, även om ersättningen möjligen skulle bedömas vara det.

I upphovsrättsutredningen SOU 2010:24 Avtalad upphovsrätt föreslog utredaren professor Jan Rosén att **en jämningsregel för den ideella rätten skulle införas i upphovsrättslagen.** De argument som framförs i upphovsrättsutredningen (sid 116-117) i denna del gäller enligt KLYS och Copyswede alltjämt idag. Villkor för den ideella rätten kan varken prövas med stöd av 36 § avtalslagen eller med stöd av den nya jämningsmöjligheten i form av 29 § 2 st URL.

Som promemorians förslag ser ut kommer upphovspersoner och utövare att även fortsättningsvis tvingas vända sig till 36 § avtalslagen för att få oskäliga villkor prövade när det gäller den ekonomiska rätten, om villkoret inte utgör oproportionerligt låg ersättning. Detta är en väg som vi från KLYS och Copyswede löpande under åren visat inte är framkomlig i praktiken för enskilda kulturskapare. I promemorian konstateras också att generalklausulen i avtalslagen används relativt restriktivt och att tröskeln för tillämpning av artikel 20 är lägre än det som krävs för att general-klausulen ska kunna användas i motsvarande syfte. Det ska också påminnas om att 36 § avtalslagen kan ske även till nackdel för upphovspersonen vilket gör den vanskelig att använda för enskilda kulturskapare också av den anledningen.

När det gäller jämkning av villkor för den ideella rätten kommer upphovspersoner och utövare med promemorians förslag fortfarande inte att kunna få det prövat någonstans.

Om det inte är möjligt att bredda jämningsmöjligheten i 29 § 2 st till oskäliga villkor generellt bör den åtminstone **breddas till att också kunna pröva om ersättningen är oproportionerligt låg i förhållande till utnyttjandets omfattning och inte bara i förhållande till förvärvarens intäkter.**

Den närmare innebörden och utformningen av den nya ersättningsrätten

I avsnittet tas förhållandet mellan artikel 18 och artikel 20 upp. Det är en helt avgörande fråga för hur dessa bestämmelser ska utformas i den svenska upphovsrättslagstiftningen. För KLYS och Copyswede är **det viktigt att upphovspersoner och utövare har möjlighet att erhålla skälig, lämplig och proportionerlig ersättning för användning av deras rättigheter för hela avtalets löptid och så länge deras rättigheter exploateras, oavsett tidpunkt och oavsett nya förvärvare av rättigheterna.** Detta måste också ha varit avsikten med DSM-direktivet.

KLYS och Copyswede anser därför att **det måste vara möjligt att få retroaktiv skälig ersättning, åtminstone för en begränsad tid tillbaka; förslagsvis 20 år,** med stöd av 29 § 2 st alternativt att **skälig ersättning enligt 29 § 1 st, ska kunna tillämpas även utifrån omständigheter efter det första avtalstillfället.** (Jfr avsnitt 13.2 om Rätt till skälig ersättning ovan.)

En ytterligare brist eller lucka i det föreslagna systemet är att den ersättning som ska kunna prövas enligt den nya 29 § 2 st måste vara oproportionerligt låg. Det räcker alltså inte att den blivit oskälig eller icke proportionerlig, utan det måste enligt promemorian *”krävas ett relativt tydligt missförhållande mellan den avtalade ersättningen och det ekonomiska värde som rättigheten visat sig ha efter överlåtelsen”.*

KLYS och Copyswede är av uppfattningen att den nya bestämmelsen **måste vara tillämplig också i andra fall än vid relativt kvalificerade avvikelser och att tröskeln för den inte får vara för hög. I annat fall kommer den inte att få någon effekt i Sverige.** Detta styrks genom uttalandet i författningskommentaren på sidan 256: *”Det finns emellertid anledning att utgå från att det inte krävs en lika kvalificerad avvikelse från vad som skulle ha vart en skälig ersättning som det krävs för att en ersättning ska anses oskälig enligt 36 § avtalslagen.”*

Enligt KLYS och Copyswede bör det **inte finnas ett glapp mellan genomförande av artikel 18 och artikel 20,** på så sätt att en ersättning som anses olämplig och oproportionerlig enligt artikel 18 inte är så pass oproportionerlig att den kan prövas med stöd av artikel 20.

Enligt direktivet ska rätten till ytterligare ersättning gälla också i förhållande till den till vilken partens rätt övergått (skäl 78), och i promemorian sägs detta gälla någon som trätt in i avtalet med upphovspersonen/utövaren i förvärvarens ställe, t ex vid en bolagsöverlåtelse. Promemorians förslag bör dock uttryckligen utsträckas till att också ge möjlighet för en upphovsperson eller utövare att **vända sig till en senare förvärvare** av dennes rättigheter för att få skälig ersättning eller jämka en ersättning som blivit oproportionerligt låg. KLYS och

Copyswede tolkning av skäl 78 är att **artikel 20 måste kunna riktas även gentemot en senare förvärvare.**

Det är inte ovanligt att en upphovspersons rättigheter överlåts vidare från den första förvärvaren till en senare, t ex en distributör av film eller musik, och där genererar intäkter som kulturskaparen inte kommer åt. **Det är dessutom oftast hos förvärvare i senare led som de stora intäkterna genereras. Promemorians förslag tycks dock innebära att dessa inte ska omfattas av den nya 29 § 1 och 2 st. Den föreslagna lagstiftningen skulle i så fall inte säkerställa lämplig, skälig och proportionerlig ersättning i senare led, vilket är en stor brist.** De ersättningar som betalas till upphovspersoner och utövare av en senare förvärvare för användning av deras rättigheter skulle således inte kunna angripas på något sätt genom promemorians bestämmelser, annat än möjligen via den första förvärvaren.

Det ska understrykas hur svårt det kan vara för den enskilde kulturskaparen att förutse och påverka kommande ersättning från en senare förvärvare redan vid ingången av avtalet med den första förvärvaren. Den första förvärvaren är dessutom ofta en producent som varken har stor budget eller vinstmarginal.

Eftersom medlemsstaterna ges stor frihet på detta område bör den svenska regeringen inför framtagande av proposition **tydliggöra att den nya 29 § 2 st ska omfatta även en senare förvärvare av rättigheter.**

En motsvarande möjlighet finns bl a i Tyskland och Nederländerna, **där upphovspersoner och utövare kan vända sig direkt gentemot en tredje part (underlicenstagare) för att få sin ersättning jämkad om den blivit oproportionerligt låg i förhållande till senare förvärvares intäkter.**

Denna möjlighet bör dessutom **kompletteras med en oavvislig ersättningsrätt**, åtminstone för utövare på musikområdet i enlighet med det förslag som SAMI och Musikerförbundet driver.

Det underliggande syftet med direktivet om s k transfer of value (värdeöverföring) förfelas om det inte finns möjlighet för kulturskapare att i dessa situationer få skäliga ersättningar och justera dem vid utnyttjanden i senare led.

Rätt till representation

Upphovspersoners och utövarers representanter ska enligt direktivets artikel 20 ha rätt att göra anspråk på ersättningen. Det gäller t ex organisationer som företräder deras intressen såsom intresseorganisationer, fackförbund och kollektiva förvaltningsorganisationer. Enligt promemorian behövs inte någon särskild reglering i denna fråga så länge det finns ett uppdrag om det. **KLYS och Copyswede anser dock - till skillnad från slutsatsen i promemorian - att det uttryckligen bör framgå av den svenska lagtexten att 29 § 2 st är tillämplig även på representanter, så att detta blir tydligt för alla inblandade parter.**

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

KLYS och Copyswede välkomnar att bestämmelsen ska vara tvingande, vilket också krävs i DSM-direktivets artikel 23.1, som stipulerar att avtalsbestämmelser som hindrar efterlevnaden av artikel 20 ska vara utan verkan.

Bestämmelsen föreslås ges viss retroaktiv verkan, men den är enligt KLYS och Copyswede mening alldeles för kort för att fånga upp avtal som slöts för längesen, men fortfarande är i kraft och ger kulturskapare oproportionerligt låga ersättningar. Det föreslås i promemorian att avtal upp till 10 år gamla från det att lagstiftningen träder i kraft ska omfattas (d v s avtal som träffats 1 juli 2012 eller senare om lagstiftningen träder i kraft som planerat 1 juli 2022). **Eftersom det i hög grad är avtal som är äldre än 10 år vars ersättningar kommit att bli oproportionerligt låga, bör en längre retroaktivitet medges.** Annars riskerar den nya lagstiftningen att bli ett slag i luften. Själva syftet med artikel 20 har varit att just komma till rätta med oskäligheten i en omfattande mängd äldre avtal som många kulturskapare är eller har varit bundna av och som de inte kan eller har kunnat komma ur.

KLYS och Copyswede förordar därför att **avtal som är upp till 20 år gamla ska omfattas. Den situation som ska prövas bör dock endast kunna utgå från förutsättningar som gäller fr o m att den nya lagstiftningen träder i kraft (den 1 juli 2022) och framåt.** På så sätt får parterna tid på sig att anpassa avtalsvillkor om t ex ersättningsnivåer i löpande avtal, till direktivets krav.

En retroaktivitet på 20 är lämplig eftersom en sådan tidsgräns skulle kunna fånga upp avtal som träffades innan den revolution av nya digitala tjänster som på olika sätt började tillgängliggöra upphovsrättsligt skyddade verk på nätet under 00-talet.

Det borde finnas möjlighet att jämka en ersättning som blivit oproportionerligt låg också i avtal som sagts upp innan den 1 juli 2022 och inte längre är i kraft, annars finns risk att motparter säger upp avtalen strax innan så att de överhuvudtaget inte ska kunna prövas.

Sammanfattningsvis föreslår KLYS och Copyswede att den jämkningsmöjlighet som nu införs i URL ska **breddas till oskäligen avtalsvillkor i upphovsrättsliga avtal generellt inklusive villkor om ersättning som inte längre kan anses vara "lämplig, skälig och proportionerlig" samt villkor om ideell rätt.** Det ska dessutom vara **möjligt att jämka en olämplig, oskälig och oproportionerlig ersättning bakåt i tiden, och inte bara för återstående avtalstid.** Det ska också vara **möjligt att vända sig till en senare förvärvare för att jämka en sådan ersättning,** liksom är möjligt i t ex Tyskland och Nederländerna.

13.4 Rätt till information

Rätten till information i artikel 19 DSM-direktivet föreslås införas som en ny 29 a § URL. En sådan transparensbestämmelse är central för kulturskapare och innebär att de ska kunna få den information de behöver från licenstagaren eller från dem till vilka rätten har övergått och från underlicenstagare, bl a för att kunna bedöma det ekonomiska värdet av deras rättigheter. Bestämmelsen utgör därmed också en förutsättning för att den enskilde

kulturskaparen (eller dennes företrädare) ska kunna tillämpa övriga bestämmelser i DSM-direktivets så kallade ersättningsrättskapitel (artiklarna 18-23).

KLYS och Copyswede målsättning är att professionella kulturskapare som bidrar med sina rättigheter i olika typer av produktioner **i så stor utsträckning som möjligt får information om nyttjandet i enlighet med artikel 19 DSM-direktivet**. Vi har därför en del invändningar mot hur artikel 19 föreslås genomföras i svensk rätt.

En ny rätt till information

De gamla förlagsavtalsreglerna föreslås ersättas med nya generella regler om rätt till information, på så sätt som KLYS och Copyswede länge förespråkat. **En generell ordning på området** som omfattar alla sektorer **tillstyrks därför av KLYS och Copyswede**.

Rätten bör inte gälla för alla utnyttjanden

KLYS och Copyswede delar promemorians slutsats om att informationsplikten inte bara ska omfatta förvärvare som har haft intäkter från ett utnyttjande, utan också där förvärvaren avser att utnyttja rättigheterna i förvärvsverksamhet, men utan vinstsyfte, t ex i offentliga och ideella verksamheter, om ersättningen är beroende av nyttjandets omfattning. Detta möjliggörs genom föreslagen 29 a § p. 2.

Men enligt KLYS och Copyswede bör bestämmelsen i 29 a § **också fånga upp de situationer där upphovspersonen/utövaren fått en engångsersättning och nyttjandet kommit att bli omfattande, även om förvärvaren inte har intäkter från utnyttjandet, eftersom det ekonomiska värdet av rättigheterna ändå kan påverkas i ett sådant fall**.

Rätten bör inte gälla för bidrag som inte är betydande

KLYS och Copyswede avstyrker förslaget om införande av artikel 19.4 i 29 a § sista stycket, som innebär ett undantag från informationsplikten om upphovspersonens/utövarens bidrag till verket inte är betydande med hänsyn till verket som helhet. Artikel 19.4 i DSM-direktivet är fakultativ och behöver inte genomföras i svensk rätt.

Bestämmelsen är svårtillämpad, eftersom begreppet "betydande" är problematiskt och subjektivt. Den riskerar att drabba alltför många kulturskapare på ett negativt sätt. **KLYS och Copyswede menar att samtliga upphovspersoner och utövare i så stor utsträckning som möjligt ska ha rätt till relevant och uttömmande information om hur hans prestation utnyttjas och vilka intäkter som genererats**.

Om regeringen ändå väljer att behålla bestämmelsen, måste den **avgränsas till noggrant specificerade och legitima situationer samt utgå från bidrag som ur såväl kvantitativ som kvalitativ synvinkel haft liten inverkan på slutresultatet** i relation till det verk eller det framförande som kulturskaparen bidragit till.

Möjligheten för en upphovsperson/utövare, vars bidrag inte är betydande, att få den information som behövs för att kunna framställa krav på ytterligare skälig ersättning enligt förslaget till 29 § 2 st, kan bli mycket begränsad för enskilda kulturskapare. **Hur ska de kunna**

veta att de har rätt till ytterligare ersättning om de inte har fått löpande information i enlighet med artikel 19.1?

En allmän lättnadsregel bör också införas

Till skillnad från promemorieförfattarna anser KLYS och Copyswede inte att det är nödvändigt att begränsa upphovspersoners och utövares rätt till information på det sätt som föreslås i promemorian. I 29 a § 1 st anges att rätten till information *får begränsas till vad som rimligen kan krävas om den skulle innebära en oproportionerlig administrativ börda*. Bestämmelsen motsvarar artikel 19.3 i direktivet, som är frivillig för medlemsländerna att genomföra.

Begränsningen kan enligt KLYS och Copyswede komma att utnyttjas systematiskt för att förvärvare av rättigheter ska kunna slippa sitt informationsansvar. Vi menar att digitaliseringen, förutom möjligen viss initial kostnad, i stor utsträckning underlättar automatiserad rapportering och snarare innebär minskad administration och kostnad för information till upphovs personer/ utövare. **KLYS och Copyswede anser därför att om en begränsning i enlighet med 19.3 införs, måste den avgränsas till mer specificerade och legitima situationer.**

KLYS och Copyswede är inte ute efter att påtvinga berörda förvärvare orimliga administrativa bördor. Däremot bör det rimligen krävas av dem att de använder sig av och utvecklar befintliga rapporteringssystem samt – i den mån det behövs och är rimligt – kompletterar med nya. **Sådana åtgärder ligger i både förvärvares och kulturskapares intresse.**

Självklart måste det finnas en rimlighet här vad gäller på detaljnivå och administrativa kostnader. Vi förutsätter dock att berörda bolag arbetar för ökad automatisering och digitalisering på området, så att den rapportering som direktivet kräver – och som inte heller är orimlig för att uppnå direktivets syfte – kan erbjudas kulturskaparna så snart som möjligt.

När det gäller de fakultativa bestämmelserna i artikel 19. 3 och 19.4 föreslår KLYS och Copyswede att de kan **tillåtas inom ramen för överenskommelser i kollektivavtal, om de begränsas till tydligt specificerade och legitima situationer.**

Information från underlicenstagare

Direktivet ger upphovspersonen/utövaren en rätt att på begäran erhålla ytterligare information från en underlicenstagare, som upphovs personerna inte har en direkt avtalsrelation med. En förutsättning för transparenskravets genomslag i praktiken är att ordentlig insyn ges också för nyttjanden av rättigheter hos förvärvare i senare led för olika typer av digital användning. När det gäller t ex bokmarknaden är insyn i abonnemangstjänsternas (såsom Storytels och Bookbeats) affärsmodeller helt nödvändig för upphovs personerna. På musik och det audiovisuella området är det på motsvarande sätt viktigt att få insyn i streamingtjänsternas nyttjanden (t ex från Netflix och Spotify).

Bestämmelsen föreslås genomföras genom en ny 29 § b URL som innebär att upphovspersonen enbart har rätt till information från underlicenstagare ifall den första förvärvaren

inte har tillgång till informationen, samt att den första förvärvaren först då är skyldig att informera om underlicenstagarens identitet.

Det är av högsta relevans för en enskild kulturskapare att kunna få reda på vilka aktörer ens huvudlicenstagare/första förvärvare licensierat vidare rättigheterna till samt hur stor andel av intäkterna senare förvärvare innehåller av det totala värde som upphovspersonen skapar. KLYS och Copyswede anser att förslaget bör innefatta **en rätt för upphovspersonen att erhålla information från underlicenstagare på begäran ifall denna information är nödvändig för att erhålla en skälig, lämplig och proportionerlig ersättning för sin upplåtelse**. Detta ska gälla även om den första förvärvaren är i besittning av informationen.

Som en lägsta nivå anser KLYS och Copyswede att **den första förvärvaren ska ha en skyldighet att redovisa till vilken/vilka denne överlåtit rättigheterna vidare, samt hur stor andel av intäkterna dessa aktörer erhåller. Både brutto- och nettointäkter bör redovisas**.

Det behövs en särskild regel om företagshemligheter

I en ny 29 c § föreslås en särskild regel om företagshemligheter. **KLYS och Copyswede tillstyrker förslaget**. Att enbart med hänvisning till att viss information utgör företagshemligheter utelämnas sådan information som är av betydelse för upphovspersonens/utövarens värdering av ett specifikt samarbete är inte ett hållbart argument om syftet med direktivet ska kunna genomföras fullt ut.

Upphovspersonen/utövaren behöver inte allmän information om förvärvarens avtal med tredje part, utan enbart den information som har betydelse för det enskilda avtalsförhållandet. Ett fruktbart samarbete mellan upphovsperson och förvärvare bygger på tillit. Det kan endast uppnås om transparens råder i alla led.

Inom vissa avtalsområden, t ex bokområdet, förekommer det dessutom sedan länge i de flesta förlagsavtal en sekretessbestämmelse med innebörden att avtalsparterna förbinder sig att inte avslöja innehållet i avtalet annat än för ekonomisk eller juridisk rådgivare eller vid tvist i domstol.

Bestämmelserna bör vara tvingande

Enligt KLYS och Copyswede uppfattning är det en självklarhet att bestämmelsen om rätt till information måste göras tvingande för att transparensrätten i artikel 19 ska kunna säkerställas på nationell nivå.

Rätten till information bör gälla också vissa äldre avtal

KLYS och Copyswede anser till skillnad från promemorieförfattarna att transparenskravet bör gälla för redan ingångna avtal, men att information i enlighet med den nya bestämmelsen **måste börja lämnas först när lagstiftningen trätt i kraft**. Med undantag för möjligheten att begära den information som behövs för att kunna utöva rätten till ytterligare skälig ersättning, som **också bör gälla äldre avtal upp till 20 år gamla**. Jfr vårt förslag om förlängd retroaktivitet för rätt till ytterligare ersättning från 10 år gamla, till 20 år gamla avtal under avsnitt 13.2.

Ytterligare frågor som enligt KLYS och Copyswede bör regleras i URL till följd av artikel 19

KLYS och Copyswede menar att det finns **behov av information även vid icke-utnyttjande när nyttjandet upphört** och anser att regeringen bör utnyttja möjligheten att i detta avseende gå längre än direktivet kräver, vilket det inte finns något som hindrar. Informationen behövs inte minst för att kunna ge kulturskapare underlag för bedömning om det finns rätt att återkalla rättigheter eller inte enligt artikel 22.

I sammanhanget kan inspiration hämtas från den information som krävs i enlighet med lagen om kollektiv förvaltning av upphovsrätt (LKFU).

När det gäller frågan om det finns anledning att reglera om **upphovspersoners och utövares representanter ska kunna begära information från underlicenstagare** ska understrykas att LKFU (lagen om kollektiv förvaltning av upphovsrätt) inte omfattar alla organisationer som representerar kulturskapare. **Från KLYS och Copyswede ser vi därför behov av att uttryckligen reglera detta.**

Någon form av **sanktion för både licens- och underlicenstagare** bör vara kopplat till den informationsskyldighet som den nya rätten till information innebär för dem.

Artikel 19.5 innebär att en dispositivitet till förmån för upphovspersoner och utövare är tillåten i kollektivt förhandlade avtal, d v s parterna ska t ex kunna komma överens om längre gående transparensregler i ett kollektivavtal. **KLYS och Copyswede anser att bestämmelsen med den innebörden bör införas uttryckligen i URL.**

13.5 Rätt att häva ett avtal

De alltmer heltäckande rättighetsöverlåtelseerna och friköpen har lett till stora problem med sk inlåsnings effekter av konst och kultur. När en förvärvare köper på sig rättigheter till ett upphovsrättsligt skyddat verk utan begränsning i vare sig tid, rum eller användningsområde, innebär det normalt att förvärvaren övertar rättigheter som denne inte behöver eller har för avsikt att utnyttja. Om avtalet är exklusivt innebär det samtidigt att varken någon annan användare eller upphovspersonen själv kan tillgängliggöra verket för allmänheten i framtiden. Mediebolag förvärvar dessutom många gånger rättigheter enbart i spekulativt eller kapitalbildande syfte eller för att förhindra att annan part ska kunna exploatera ett verk eller en prestation på visst sätt. Ur ett tillgänglighets-, yttrandefrihets- och demokrati-perspektiv är denna inlåsnings av rättigheter skadlig. **Det är därför både angeläget och välkommet att en ny generell hävningsrätt föreslås införas i svensk rätt som kan komma till rätta med denna problematik.**

En ny hävningsrätt

De gamla reglerna i URL om nyttjandeplikt och rätt till hävning föreslås ersättas med en ny generell bestämmelse om rätt till hävning i 29 d § URL. **Detta är något som KLYS och Copyswede förespråkat länge och som vi tillstyrker.** Vi håller också med om att den

direktivbaserade regleringen av utövande konstnärers rätt att häva avtal om musikinspelningar som finns i 45 d § URL, bör behållas.

Bestämmelsen föreslås bli tvingande till sin karaktär vilket välkomnas av KLYS och Copyswede. Enligt vår uppfattning är enda möjligheten för Sverige att säkerställa denna rättighet för upphovs-personer och utövare att **göra den indispositiv i svensk upphovsrättslagstiftning**. Annars kommer den att avtalas bort och inte bli effektiv för den skyddsvärda rättighetshavargrupp som det handlar om här. **KLYS och Copyswede kan acceptera att den ska kunna åsidosättas genom kollektivt förhandlade avtal för att kunna ta hänsyn till specifika förhållanden i olika branscher.**

De närmare förutsättningarna för hävningsrätten

Det är viktigt att det nyttjande som krävs enligt den nya bestämmelsen utgör ett kvalificerat nyttjande, t ex regelmässigt, fortlöpande, återkommande, i enlighet med sedvanligt nyttjande eller på ett sätt som rimligen kan förväntas med utgångspunkt i upplåtelsens karaktär. Det ska inte vara möjligt att undgå hävning genom tillfälliga eller mycket begränsade förfoganden. Det ska t ex inte räcka att ett verk endast är tillgängligt på nätet eller endast lagerfört.

I författningskommentaren på sidan 262 2 st anges dock att det ska räcka att rättigheterna används på något av de sätt som förutses i avtalet. I sådana fall bör det dock klargöras att det ska **vara möjligt att delvis häva avtalet** i de delar av avtalet som förvärvaren inte utnyttjat rättigheterna.

Tidsfristen om 6 månader efter det att upphovspersonen uppmanat förvärvaren att använda verket är rimlig, men det vore lämpligt att **införa ett incitament för förvärvaren att bekräfta mottagandet av uppmaningen genom att:**

1. Fördela tidsfristen om sex månader till att initialt gälla tre månader och en rätt för förvärvaren att begära ytterligare tre månader. Genom att ge förvärvaren rätt att erhålla tre månader ytterligare blir det ett incitament för förvärvaren att återkoppla till upphovspersonen för att åberopa denna rätt. Upphovspersonen får därigenom bevis för mottagandet av uppmaningen.
2. Alternativt införa en bevislättnad för upphovspersonen vid översändande av uppmaningen. Problematiken som ofta uppstår vid "delgivningsförfaranden" är att bevisbördan ligger hos den som ska delge att denna mottagits. Därför behövs en bevislättnadsregel för upphovspersonen som innebär att det ska räcka med att upphovspersonen ska kunna visa att denna har gjort flera försök att skicka uppmaning till förvärvaren.

Jfr beskrivning av och exempel på denna problematik i Svenska Musikerförbundets remissyttrande.

Bestämmelsen ska endast gälla vid överlåtelser där förvärvaren har ensamrätt att utnyttja verket, dvs endast exklusiva avtal, om förvärvaren inte utnyttjar verket efter det att en rimlig tid förflutit. När det gäller möjlighet att **upphäva avtalets exklusiva karaktär, vilket möjliggörs i artikel 22.2 fjärde stycket**, anser KLYS och Copyswede att regeringen bör, utöver möjligheten att återkalla rättigheten helt eller delvis, uttryckligen införa detta i den nya 29 d § URL. Till skillnad från slutsatsen i promemorian på sidan 219 menar KLYS och Copyswede att **en särskild bestämmelse om detta bör införas.**

Upphovsmannen ska få behålla mottagen ersättning

KLYS och Copyswede tillstyrker ett införande av en bestämmelse som innebär att upphovspersoner/utövare ska få behålla mottagen ersättning.

Om flera upphovsmän berörs av en hävning bör de endast gemensamt kunna utöva hävningsrätten

KLYS och Copyswede delar promemorians uppfattning att rätten till hävning i dessa fall endast bör kunna utnyttjas gemensamt, på samma sätt som i 45 d § URL.

Upphovsmannen bör ha rätt till information om huruvida verket utnyttjas

Enligt 29 d § URL andra stycket ska en upphovsperson som inte har rätt till information enligt 29 a § URL ha rätt att på begäran kunna få den information som krävs för att kunna bedöma om han eller hon har möjlighet att häva sitt avtal. **Denna lösning kan bli svår för enskilda kulturskapare att tillämpa i praktiken.** Hur ska en upphovsperson få kännedom om att ett verk inte nyttjas om denne inte får löpande information om detta? Bättre vore att **ge så många upphovspersoner/utövare som möjligt rätt att få information** enligt 29 a § alternativt **en avstämningsplikt** gentemot upphovspersoner och utövare som inte har rätt till information enligt 29 a § URL.

Marknadens parter bör kunna avtala om annat

KLYS och Copyswede delar promemorians slutsats om att det i kollektivt förhandlade avtal ska kunna gå att bestämma mer specifika regler för hävningsrätten inom till exempel vissa sektorer, men hävningsrätten i 29 d § URL **ska endast kunna åsidosättas till upphovspersoners/utövares fördel. Den nivå som stipuleras i 29 d § URL, måste således alltid utgöra miniminivå.** En sådan **justering bör därför enligt KLYS och Copyswede göras i 29 d § sista stycket URL.**

Särskilt om filmverk

KLYS och Copyswede tillstyrker att även filmverk ska omfattas av den nya hävningsrätten i 29 d URL.

Ytterligare frågor som enligt KLYS och Copyswede bör regleras i URL till följd av artikel 22

Även **rätten till hävning bör kunna riktas gentemot en förvärvare i senare led.** Vid läsning av formuleringen i författningskommentaren på sidan 263 första stycket "Hävningsrätten kan göras gällande även mot den som förvärvat den rätten enligt det första avtalet med upphovsmannen. osv" kan också en sådan möjlighet läsas in.

KLYS och Copyswede anser att rätten till återkallelse enligt artikel 22 också bör **kunna tillämpas** av upphovspersoner och utövare **om inte motparten lever upp till transparenskravet** i artikel 19. Direktivet säger inget om detta, men det var en fråga som drevs från kulturskaparhåll i direktivarbetet, och som kan och bör införas på nationell nivå. **KLYS och Copyswede saknar denna möjlighet i promemorians förslag.**

I övrigt vill KLYS och Copyswede beträffande artikel 22 framföra att det också finns **behov av automatisk återgång av vissa rättigheter**. Det gäller i de fall licenstagaren helt upphört med sin verksamhet, t ex när bolaget gått i konkurs/likviderats eller när bolaget i fråga sedan lång tid har helt ny inriktning på sin verksamhet.

13.6 Rätt till alternativ tvistlösning

I promemorian föreslås en ny bestämmelse i 27 § URL andra stycket sista meningen om att det inte ska vara möjligt att inskränka upphovspersoners/utövares möjligheter att påkalla alternativ tvistlösning i tvist om rätt till ytterligare skälig ersättning eller rätt till information.

KLYS och Copyswede **varken tillstyrker eller avstyrker förslaget**, utan hänvisar i denna del till våra medlemsorganisationer, som många av dem lämnar egna yttranden.

När det gäller rätt till alternativ tvistlösning i artikel 21 DSM är promemorians bedömning att nuvarande skiljeförfarande och privat medling anses uppfylla direktivets krav. **KLYS och Copyswede håller inte med om det**, vilket vi har framfört under det svenska genomförandearbetet och till den utredning som tillsatts (dir 2021:31) för att överväga en särskild ordning på området.

Syftet med artikel 21 DSM-direktivet måste vara att utveckla en god branschpraxis, något som det är föga troligt att skiljeförfarande och privat medling kan åstadkomma. Skiljeförfarande är inte ett lämpligt förfarande för upphovspersoner och utövare. De är mycket kostsamma och inte ett alternativ för mindre kapitalstarka parter som enskilda kulturskapare. Rent privat medling är inte heller en önskvärd väg för kulturskapare.

En lämpligare ordning skulle vara **ett särskilt medlingsförfarande för denna typ av tvister** i likhet med det som finns idag för medling i vissa upphovsrättstvister för att få till stånd avtalslicensavtal.

En förutsättning för detta är att parterna inte ska kunna dra ut på tiden för mycket när det gäller medlingen, att kompetens om kultur- och mediesektorn finns hos medlaren samt att systemet faktiskt blir billigare och enklare för upphovspersoner och utövare än vad domstolsprocess eller skiljeförfarande skulle vara. Ett sådant tvistelösningsförfarande bör också utformas på så sätt att när en upphovsperson eller utövare väljer att påkalla i sådant forum så är motparten skyldig att inställa sig.

KLYS och Copyswede vill i sammanhanget återigen understryka obalansen på avtalsmarknaden inom kultur- och mediesektorn där enskilda upphovspersoner och utövare inte vågar hävda sin rätt på risk för bojkott eller yrkesförbud. En lösning är att **ge representativa kulturskapar-organisationer en starkare förhandlingsposition**, så att de ges bättre möjligheter att företräda enskilda eller grupper av upphovspersoner och utövare. En

annan är att ge kulturskapare och deras organisationer **bättre ekonomiska resurser att kunna driva processer på området.**

Övrigt lagstiftningsbehov i anslutning till genomförande av artiklarna 18-23

En fråga som ligger i linje med syftet med direktivets artikel 18-23 är behovet av tydliga och specificerade avtal på upphovsrättens område. Det finns sedan länge en avtalsprincip som gäller för avtal om upphovsrätt som kallas "specifikationsprincipen" eller "specialitetsgrundsatsen". Principen innebär att den som enligt avtal om upplåtelse har rätt att förfoga över upphovsrätt inte ska anses ha fått en mer omfattande rätt än som klart framgår av avtalet. **Eftersom den inte finns kodifierad i svensk lagstiftningen följs den inte i den utsträckning som skulle behövas på upphovsrättsområdet.**

KLYS och Copyswede anser därför att en förutsättning för att Sverige ska kunna leva upp till bestämmelserna i DSM-direktivet är att **specifikationsprincipen/specialitetsgrundsatsen kodifieras och skrivs in som en ny indispositiv bestämmelse i URL** i anslutning till de generella avtalsregler som nu föreslås. Tydligare avtal kommer till följd av detta att minska belastningen på övriga bestämmelser och antalet tvister.

För KLYS

För Copyswede

Karin Inde

Mattias Åkerlind

Ordförande KLYS

VD Copyswede

KLYS – EN SAMLAD RÖST FÖR SVERIGES KULTURSKAPARE

Sveriges Författarförbund, Dramatikerförbundet, Svenska Journalistförbundet, Läromedelsförfattarna, Konstnärernas Riksorganisation, Svenska Tecknare, Svenska Fotografers Förbund, Föreningen Svenska Tonsättare, SKAP, Federationen Svenska Musiker, Fackförbundet Scen & Film, Sveriges Scenkonstregissörer, Oberoende Filmares Förbund, Unionen- fackklubben vid SR, SVT och UR

Alströmergatan 12, 7 tr, 112 47 Stockholm • klys@klys.se • www.klys.se

Bilaga 1.

Exempel där förslagen till genomförande av artikel 18 och 20 blir ett slag i luften och får för smal räckvidd:

Bild- och formområdet:

Fotograf NN skapar på Bokförlaget BB:s uppdrag illustrerande fotografier till en tryckt bok. Vid diskussioner om boken, antyder bokförlagets representant att "boken förmodligen inte kommer att ha någon större spridning utanför sitt fackområde - som är smalt". "Några större intäkter förväntas inte", menar förlaget. Fotografen skickar detta till förlagsrepresentanten i ett epostmeddelande strax efter mötet som bekräftelse på deras diskussion om bokens intäktsmöjligheter.

Illustrationsgraden är 50% av den totala boken. Alla användnings-/nyttjandeområden täcks in av överenskommelsen, som också tillåter förlagets vidareupplåtelse och är obegränsad i tid och upplagor. För uppdraget och nyttjandet får fotografen 12 000:- SEK exkl. moms med ett engångsbelopp. Ersättningen är låg eftersom fotografen varit mycket intresserad av att få uppdraget och lagt sig medvetet lågt i prissättningen. Avtalet mellan parterna undertecknas 2005-05-30.

Boken är en omedelbar succé, säljer slut i upplaga efter upplaga och ges även ut som e-bok hos flera e-bokstjänster. Den hamnar på topp 10 för årets mest sålda fackbok samt topp 20 hos e-bokstjänster flera år i rad och inbringar stora inkomster för Bokförlaget BB åren 2007-2021. Fotografen har sedan årsskiftet 2006/07 varit på utlandsuppdrag i många år och återkommer först 2021 då hen blev varse om hur bra boken sålt och reser då krav mot förlaget på retroaktiv ersättning med stöd av den nya avtalsanpassningsmekanismen i upphovsrättslagstiftningen, som ska träda i kraft och kunna tillämpas fr o m den 1 juli 2022.

Om ingen retroaktivitet tillämpas när det gäller ersättning kommer avtalet att ge fotografen oproportionerligt låg ersättning mot bakgrund av förutsättningarna (det som förlagsrepresentanten föresvävade fotografen innan avtal ingicks) samt utfallet av utgivningen. Inte heller får fotografen del av ersättning från de externa e-bokstjänsterna som förlaget ingått avtal med. Rätten till skälig ersättning enligt 29 § 1 st kan ju inte heller tillämpas här eftersom den inte gäller för tiden efter avtalstillfället, utan endast för de förhållanden som rådde vid avtalstillfället 2005-05-30.

Om endast krav som omfattar möjlighet till omförhandling vid tidpunkten för kravställan omfattas enligt 29 § 2 st missar fotografen dessutom möjligheten att få retroaktiv ersättning. Hen får då nöja sig med att förhandla om bättre ersättning från 2022 i stället för att få en skälig ersättning för den tid som boken getts ut. Om inte längre tid än 10 års retroaktivitet tillämpas tappar också fotografen möjlighet till skälig ersättning tillbaka till avtalstillfället 2005.

Exemplet visar på vikten av att kunna pröva en ersättnings skälighet över tid och att kunna jämka och få ytterligare skälig ersättning också för avtalstid bakåt i tiden, på det sätt som KLYS förespråkar i yttrandet. Det visar också behovet av en längre retroaktivitet på minst 20 år.

Musikområdet

En konkret problematik är den korta retroaktiviteten för rätt till ytterligare ersättning i den nya 29 § 2 st, där en omfattande mängd gällande avtal som skulle exkluderas är skrivna före 2012. Dvs innan fildelning, streaming, VOD blev standard. Många av dessa avtal reglerar inte upphovspersoners och utövaras andel av dessa - då oformulerade - intäkter.

Ett exempel (en dom) på ovanstående problematik, d v s villkor som upprättades i avtal tiden före streaming och som kom att gälla även för streaming genom konkludent handlande från musiker:

Exemplet gäller avtal som ingicks på 70-talet och avsåg fysisk utgivning. När streaming kom till valde skivbolaget ensidigt att tillgängliggöra verken även på begäran och tillämpa samma royaltynivå som gällde för det fysiska. Genom att rättighetshavaren/musikern inte reagerade på detta förrän långt senare ansågs han bli bunden av detta genom konkludent handlande.

Detta exempel gäller för i stort alla musiker som medverkade på inspelningar som gavs ut innan streamingen. Man hade med stor sannolikhet kunnat angripa detta direkt då musiken lades ut på streamingplattformarna, men eftersom tiden har gått har denna chans försvunnit. Musikerna visste helt enkelt inte att detta gick att angripa vid tillfället. Det hade varit skillnad ifall det t.ex. då funnits en "rätt att kräva ytterligare ersättning", som den som nu föreslås införas i upphovsrättslagen.

Kontentan: När nu rätten till ytterligare ersättning enbart omfattar avtal som träffades för 10 år sedan eller senare ges fortfarande ingen möjlighet till upprättelse för rättighetshavare som sitter i samma situation. Vid tillfället då musiken tillgängliggjordes på streamingplattformarna hade skivbolaget med högsta sannolikhet redan fått täckning och vinst för den investering de ursprungligen gjorde för att ge ut fysiska exemplar. För det nya utnyttjandet borde intäkterna enligt vår inställning fördelats lika.

Om promemorians förslag går igenom kommer utövarna inte att kunna få någon sådan ytterligare ersättning eftersom retroaktiviteten inte sträcker sig längre bakåt än 10 år. En mycket längre retroaktivitet, minst 20 år, bör därför införas för rätten till ytterligare ersättning i enlighet med KLYS förslag.

Manus/film- och TV-området:

En manusförfattare får i uppdrag att skriva manus till en TV-serie. Manusavtal ingås och ersättning för arbetet med manus ska utgå efter tarifferna i tillämpligt ramavtal (även om så inte alltid sker). Sedan utgår också en royalty, även den med utgångspunkt i ramavtalen. Royaltyn kan t.ex. vara x % av manusarvodet för ett visst specifikt nyttjande i tio år.

Rätt till ytterligare ersättning 29 § 2 st om ersättningen har varit oproportionerligt låg.

Vid varje år kommer manusförfattaren ha rätt att se vilka intäkter olika nyttjare har från exploatering av verket. Författaren har dock endast rätt att jämka avtalet om författarens ersättning har varit oproportionerligt låg i förhållande till den direkta motpartens intäkter av exploateringen. Dessa intäkter inflyter eventuellt till producenten de första åren, men avtalet jämkas endast framåt i tiden, varav de största intäkterna eventuellt görs av producenten under de första åren av nyttjande. För att kunna jämka krävs det även att producenten har en bra "deal" med de som faktiskt exploaterar produktionen, så att producenten får några intäkter och att t.ex. inte tredje-partsnyttjandet har rätten att nyttja verket genom en "buy-out" gentemot producenten. Frågan blir då var verkets ekonomiska värde finns? Finns det hos producenten (författarens direkta avtalspart) eller hos de som producenten licensierar ut produktionen till?

Exemplet visar bl a att jämkningen i enlighet med 29 § 2 st URL måste kunna göras retroaktivt, på det sätt som KLYS förespråkar i yttrandet, samt kunna riktas också gentemot en förvärvare av rättigheterna i senare led.

Författare/förlag

Ett exempel från författarområdet som är väldigt alarmerande, är att det finns förlag som erbjuder författare avtal genom vilket författaren gör en fullständig överlåtelse av sina rättigheter till verket, inte bara till utgivning i olika bokformat, utan även film- och tv-rättigheter, inklusive rätten till bearbetning för all framtid. – en fullständig buy-out med andra ord.

Det här har vi inte sett tidigare i bokbranschen även om vi vet att det förekommer på andra områden (musik-). Ur ett ”användarperspektiv” förstår vi nyttan med en fullständig överlåtelse, men för författaren kan konsekvenserna bli väldigt omfattande. Det är nog näst intill omöjligt för en författare att överblicka det fulla värdet av en sådan överlåtelse när verket inte ens kommit ut på marknaden.

De garantihonorar som erbjudits har inte heller varit särskilt frestande (som mest femsiffriga belopp). Författaren har dock erbjudits en royaltypå nyttjanden, primär och sekundär royaltypå.

Avtalen har också kreativa namn – en del kallas uppdragsavtal, andra kallas ”Writing Services Agreement”. Man ser på författaren som en leverantör av text, helt enkelt.

För att komma till rätta med detta skulle jämningsmöjligheten i 29 § URL behöva omfatta också oskäligen avtalsvillkor, på det sätt som KLYS förespråkat länge och föreslår i yttrandet.