

# Konstnärernas Riksorganisation.

Växel/Office: +46 8 54 54 20 80  
Hornsgatan 103, SE-117 28 Stockholm,  
Sweden, www.kro.se

## Remissyttrande ang. utredningen Ds 2021:30

Konstnärernas Riksorganisation företräder 3 400 yrkesverksamma bildkonstnärer, konsthantverkare och formgivare i Sverige.

Konstnärernas Riksorganisation har deltagit i och står bakom de remissyttrandena över Utredningen Ds 2021:30 *Upphovsrätten på den inre marknaden* (Utredningen) som lämnats in av KLYS och Copyswede samt Bildupphovsrätt. Detta yttrande ska därmed endast ses som ett tillägg i vissa frågor som är av särskild vikt för just bild- och formkonstnärer.

Det finns förslag till nya bestämmelser i 13 § (jfr. art.5), 48b-d §§ (jfr. art 15) samt i 6b kap. (jfr art 17) som, utöver det som här kommenteras, också kommer att få betydelse för bild- och formkonstnärer, men avseende dessa förslag hänvisar vi i dess helhet till det remissyttrande som lämnats in av KLYS och Copyswede (nedan KLYS) samt Bildupphovsrätt.

Upphovsrätten är av stor betydelse för våra medlemmar som skydd för den konstnärliga integriteten samt som grund för ersättning för nyttjande. Men upphovspersoner och utövande konstnärer är oftast i en svagare förhandlingsposition när de licensierar eller överlåter sina rättigheter, även genom sina egna företag.

## Inledande överväganden

I *Direktiv 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden* (DSM direktivet), särskilt kapitel 3 (artiklarna 18–23) föreskrivs skydd som ska göra det möjligt för upphovspersoner och utövande konstnärer att bättre kunna nyttja sina rättigheter (se skäl 72). Artikel 18 relaterar till situationer då upphovspersoner och utövande konstnärer *licensierar eller överlåter sina*

*rättigheter*, emedan artikel 19, 20 och 22 avser bestämmelser i förhållande till *redan ingångna licenser och kontrakt*.<sup>1</sup> Till skillnad från övriga delar av direktivet gäller dessa bestämmelser alla former av nyttjanden, digitala såväl som analoga.

Utredningen (s. 236) förklarar att genom förslagen i denna del stärks kulturskaparnas ställning och de ges bättre förutsättningar att hävda sin rätt i avtalsförhandlingar.

Det är viktigt att bära i minnet att detta är bakgrunden och syftet med de bestämmelser som nu föreslagits som nya eller ändrade bestämmelser i 29 – 29 e §§ i Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (Upphovsrättslagen).

Bestämmelserna i 29–29 e §§ ska inte tillämpas på överlåtelse av upphovsrätt till datorprogram. Men det är viktigt att det görs skillnad på datorprogram och deras innehåll. EUD klargjorde redan 2014 i *Nintendo-målet*<sup>2</sup>, att “videospel” (jfr datorspel) inte bara består av datorprogram utan också av grafiska och ljudelement som, även om de är krypterad i datorspråk, kan vara skyddade av upphovsrätt som sådana.

Det är idag allt vanligare att professionella konstnärer efterfrågas som innehållsleverantörer till datorspel, varför det är viktigt att gränsdragningen mellan datorprogram och dess innehåll uppmärksammas tydligare, med risk annars för en uppfattning att allt material som ingår i datorspel jämföras med bestämmelserna för datorprogram och därmed inte omfattas av de nya skyddsbestämmelserna.

---

<sup>1</sup> European Copyright Society, bestående av ett antal namnkunniga upphovsrättsforskare ([professor Séverine Dusollier](#), professor Lionel Bently, Martin Kretschmer, Marie-Christine Janssens och Valérie-Laure Benabou), har sammanfattat de principer som presenteras i art 18–22 bland annat enligt följande.<sup>1</sup>

-Artiklarna 18–22 är bindande och kan inte avtalas bort, annat än ifall då det uttryckligen är tillåtet enligt direktivet.

-Undantag från tillämpningen av artiklarna 18–22 måste, trots deras syfte att balansera olika intressenters intressen, tolkas strikt och kan inte fungera som ett sätt att exkludera vissa kontrakt eller situationer från de skyddande bestämmelserna till nackdel för upphovspersoner och utövande konstnärer. Det gäller särskilt de tillåtna undantagen för datorprogram, anställningskontrakt, avtalslicenser, open access licenser.

-Lagvalsbestämmelser i licenser eller överlåtelseavtal får inte beröva upphovspersoner och utövande konstnärer möjligheten att dra nytta av direktivets tvingande bestämmelser;

-Artiklarna 18–22 **ska tillämpas, som principer, också i gällande kontrakt**, såsom det anges i artikel 26.

Senast besökt 2021-12-13

[https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs\\_comment\\_art\\_18-22\\_contracts\\_20200611.pdf](https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf)

<sup>2</sup> EUD, den 23 januari 2014, *Nintendo*, C-355/12, EU:C:2014:25.

## Rätt till skälig och proportionerlig ersättning

Med de föreslagna ändringarna i 29 § Upphovsrättslagen genomförs artiklarna 18 och 20 från direktivet. I art. 18 anges *principen om lämplig och proportionerlig ersättning*, i betydelsen att när upphovsmän och utövande konstnärer licensierar eller överlåter sina rättigheter avseende utnyttjandet av deras verk eller andra alster, ska de ha rätt till lämplig och proportionerlig ersättning. Utredningens förslag till lagtext ligger tyvärr ganska långt från direktivtexten då den anger att när en upphovsman överlåter upphovsrätt till någon som avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet, har upphovsmannen rätt till skälig ersättning.

En lämplig och proportionerlig ersättning beräknas på det faktiska eller potentiella *ekonomiska värdet* på de överlåtna rättigheterna med beaktande av upphovsmannens eller den utövande konstnärens bidrag till verket eller prestationen i dess helhet och alla andra omständigheter i det enskilda fallet, till exempel praxis på marknaden eller det faktiska utnyttjandet av verket. Se skäl 73.

Utredningen valde att i stället använda ”skälig ersättning” då det är ett etablerat begrepp i upphovsrättslagen, bl.a. i 54 §. Det används idag för en fiktiv licens vid intrång och närmare om hur det ska beräknas har tolkats i praxis, se bl.a. NJA 2019 s.3. Genom att använda ”skälig ersättning” i den nya ersättningsbestämmelsen, men med den tolkning som anges i direktivet, vill utredningen (s. 192) få igenom en direktivanpassning också av hur ersättning för otillåtna nyttjanden (intrång) ska beräknas. Men fråga är om tolkningen av skälig ersättning verkligen kommer att ändras bara genom att begreppet används med en annan betydelse i en ny bestämmelse. Det blir i vart fall oklart fram till dess begreppets tolkning prövats i praxis.

**Konstnärernas Riksorganisation anser att begreppet lämplig och proportionerlig ersättning bör används även i den nya ersättningsbestämmelsen för att markera att ersättningen nu bör bestämmas med utgångspunkt i det som anges i direktivet.**

Den föreslagna lagtexten anger överlåtelse av upphovsrätt, till skillnad från direktivet (art 18) som anger *licensiering eller överlåtelse av rättigheter*. Utredningen (s.183 f) förklarar att bestämmelserna bör utformas i linje med den terminologi som används i upphovsrättslagen. Med överlåtelse avses i upphovsrättslagen såväl fullständiga rättighetsöverföringar (överlåtelser) som mer begränsade övergångar (upplåtelser). Det är olyckligt att man här bibehåller en otydlig skrivning i lagtexten som avviker från den terminologi som används avseende rättighetsförvärv i allmänt. Risk finns att bestämmelsens ”överlåtelse” felaktigt kommer att tolkas som att bestämmelsen endast avser fullständiga rättighetsövergångar.

## **Konstnärernas Riksorganisation anser att lagtexten bör följa direktivet och i stället använda uttrycket ”licensiering och överlåtelse av rättigheter”.**

### **En rätt bara för upphovspersonen och utövande konstnärer i förhållande till alla förvärvare**

I direktivet klargörs att det är de fysiska personerna (upphovsmän och utövande konstnärer) som är i behov av det skydd som nu införs (skäl 72). Bestämmelserna är obligationsrättsliga och kan bara göras gällande i förhållande till upphovsmannens avtalsmotpart, vilket antingen är förvärvaren av upphovsrätten eller någon som trätt in i avtalet och övertagit dennes förpliktelser (s 251f).

Konstnärernas Riksorganisation uppfattar att skrivningarna i direktivet och utredningen anger att rätten till skälig (lämplig och proportionell) ersättning endast kan åberopas av upphovspersoner och utövande konstnärer själva eller via deras företag. Bestämmelsen kan dock användas av upphovspersonerna i förhållande till förvärvare i olika led, men gäller inte för förvärvarna själva. (De kan möjligen använda sig av andra jämkningsregler, som t.ex. 36 § Avtalslagen.)

**För det fall utredningens uttalande i stället ska tolkas som att rätten till lämplig och proportionell ersättning (här kallat skälig ersättning) endast gäller i förhållande till förste förvärvaren är det en tillämpning som strider mot hela direktivet syftet att säkerställa att upphovspersoner och utövande konstnärer erhåller skälig och proportionell ersättning för rättighetsupplåtelser. Eller som det skrivs i skäl 72 " skydd för att fullt ut kunna utnyttja de rättigheter som harmoniserats enligt unionsrätten."**

Begränsningen att rätten till skälig ersättning endast ska gälla i förhållande till den förste förvärvaren återfinns inte i texten i nya 29 § Upphovsrättslagen, inte heller i art 18, dess tillhörande skäl eller någon annanstans i direktivet. Utredarna har då läst klargörandet i art 18 och skäl 72, som att rätten till skälig ersättning gäller enbart i det första rättighetsförvävsavtalet där upphovspersonen och utövande konstnärer utgör direkta avtalsparter. Med utgångspunkt i direktivets syfte i den här delen, ska det snarare läsas som ett klargörande att det enbart är upphovsmän och utövande konstnärer som i förhållande till aktörer de överlåter sina rättigheter till (jfr s.181) kan åberopa skälig ersättning.

**Om skälig ersättning endast gäller i förhållande till förste förvärvaren har man redan innan bestämmelsen träder i kraft säkerställt att den kommer att få liten betydelse.** Många, för att inte säga, de flesta rättigheter överläts/upplåts i en förvärvskedja, där första förvärv sällan är det led där de större intäkterna erhålls. Och det är just förvärvskedjan och de senare ledens intäkter relaterat till rättigheterna

(proportionella kravet) som utredarna helt missat. En licens eller överlåtelse är gällande mot upphovspersonen eller den utövande konstnären om förste förvärvaren enligt avtalet har en rätt att vidareöverlåta rättigheter. Att senare förvärvare samtidigt inte ska omfattas av kravet på skälig ersättning medför en oförklarlig åtskillnad mellan förste och senare förvärvare samt också för upphovspersonen som är lika bunden av rättighetsupplåtelse till förste förvärvaren som till senare förvärv som skett genom en legal förvärvskedja.

Denna särbehandling av de rättighetsförvärvare som inte är förste förvärvare strider också mot de referenser till krav på skälig ersättning som utredningen själv gjort på s. 189. Här anges att det redan i skäl 10 i direktivet om upphovsrätten i informationssamhället anges att upphovsmän och utövande konstnärer måste få en lämplig (*skälig*) ersättning för utnyttjandet av deras prestationer samt att EU-domstolens uttalande att en ersättning för att vara lämplig bland annat måste stå i rimlig proportion till det ekonomiska värdet av den prestation som tillhandahålls (EU-domstolen i C-403/08 och C-429/08 [Premier League]). Det hänvisas också till upphovsrättslagens bestämmelser om ersättning vid olovliga utnyttjanden (se NJA 2019 s. 3) samt avslutningsvis till 36 § avtalslagen. Inte i någon utav dessa källor, en del av gällande rätt, har det gjorts någon skillnad på om det är förste eller senare förvärvare eller någon som inte har tillstånd alls.

Begränsningen blir också svårt att förstå och godta då andra avtalsrättsliga principer avseende upphovsrättsliga avtal, såsom specifikationsprincipen och tumregeln, gäller i alla förvärvsled. Utredarna hänvisar också i andra delar av utredningen till en bredare grupp av förvärvare. På s. 181 skrivs följande. *Som framgår av ersättningskapitlets rubrik rör bestämmelserna på ett övergripande plan frågor om skälig ersättning i upphovsmäns och utövande konstnärer avtal. De avser alltså att reglera vad som ska gälla i rättsförhållandet mellan å ena sidan upphovsmän och utövande konstnärer och å andra sidan de aktörer som dessa överlåter sina rättigheter till.*

**På grund av den otydlighet avseende vilka förvärvare av upphovsrätt som omfattas av skälighetskravet vill Konstnärernas Riksorganisation understryka vikten av KLYS förslag att det i anslutning till 28 § måste anges att bestämmelserna i 29 § ska tillämpas vid avtal om vidareöverlåtelse av upphovsrätt till någon som avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet.**

### **Ytterligare ersättning**

*”Att det ekonomiska värdet visar sig vara högre än vad parterna utgick från vid överlåtelsen innebär emellertid inte i sig att den avtalade ersättningen är oproportionerlig.”* Se utredningen s.255.

Med anledning av att ytterligare ersättning endast kan bli aktuell om den avtalade ersättningen visar sig vara oproportionerlig låg, och det är oklart var gränsen går mellan en ersättning som är skälig, oskälig och oproportionerligt

låg, finns risk att det kommer att ta tid och dyra process att utröna när det kan bli fråga om ytterligare ersättning.

För formgivare kan rätt till ytterligare ersättning föreligga om en formgiven produkt med tiden visar sig bli en försäljningssuccé, ibland till och med en modern klassiker, särskilt i fall då den ursprungliga ersättningen var ett relativt blygsamt engångsbelopp. En osäkerhet kring vad som avses med opropotionerligt låg ersättning kommer att också här vara ett hinder mot bestämmelsens tillämpning i praktiken.

**Då otydlighet i tolkning av 29 § finns i flera delar vill Konstnärernas Riksorganisation lyfta behovet av att i den s.k. Ersättningsutredningen (dir 2021:31), se över möjligheten för upphovspersoner att lättare och billigare få en tvist prövad som en avgörande förutsättning för att de nya bestämmelserna ska få ett praktiskt genomslag i närtid.** Risk finns annars att det kommer att ta mycket lång tid att fasa ut avtalsvillkor och ersättningar i strid med direktivbestämmelserna.

## Upphovsmannens rätt till information

Upphovsmannen och utövande konstnärers rätt till skälig ersättning, ytterligare ersättning och/eller hävning förutsätter information om rättighetens nyttjande och intäkter. I en ny bestämmelse i 29a § ska den som förvärvat rättigheter, om vissa förutsättningar är uppfyllda, minst en gång per år informera upphovsmannen om de sätt på vilka verket har utnyttjats, samtliga intäkter som förvärvaren har haft från utnyttjandet och den ersättning som upphovsmannen har rätt till. Upphovspersonen har också en kompletterande rätt enligt 29d§ att få sådan information på begäran.

Otydligheter i bestämmelsen kommer att påverka upphovspersonens möjligheter att åberopa också andra rättigheter i förhållande till rättighetsförvärvare. En sådan otydlighet är skrivningen i 29a§ 3 st. (jfr art 19.4) som anger att rätten till löpande information inte gäller om upphovsmannens bidrag till verket, eller upphovsmannens bidrag i förhållande till ett annat verk där verket ingår, *inte är betydande*. Information erhålls då först efter begäran. I bedömningen av vad som är betydande bidrag ska såväl kvalitativa aspekter som kvantitativa vara av betydelse. Det handlar alltså inte bara om att avgöra hur stor del av verket den aktuella prestationen utgör, utan också att pröva hur viktigt det är.

Skillnaden mellan att förvärvaren är skyldig att löpande informera om verkets nyttjande m.m. jfr med att upphovspersonen själv måste begära ut sådan information kan framstå som av mindre betydelse, men kommer avgöra om en upphovsperson ens känner till att de nya bestämmelserna kan vara tillämpliga.

**Det blir därmed viktigt att säkerställa att undantag från rätten till löpande information är så begränsad som möjligt samt att det sker en intresseavvägning i de fall då bidraget skulle kunna kategoriseras som ”inte betydande”, men det inte innebär någon egentlig insats för förvärvaren att tillhandahålla löpande information till upphovspersonen**

### **Upphovsmannens rätt att häva (nyttjandeplikt)**

Bestämmelsen som medför en nyttjandeplikt för förvärvare av exklusiva rättigheter, är mycket viktig och kommer att få betydelse för många upphovspersoner. Bland Konstnärernas Riksorganisation finns formgivare som har fått sina verk ”inlåsta” hos exklusiva licenstagare som inte nyttjar verket. När ingen produktion och försäljning sker erhåller upphovspersonen ingen (royalty)ersättning då den oftast är knuten till intäkter från försäljning. Och, med anledning av att licensen är exklusiv, så kan inte upphovspersonen vända sig till en annan partner för utnyttjande av de berörda verken (skäl 80). En producent kan också, om än rent teoretiskt, begränsa konkurrensen för formgivna produkter, genom att teckna exklusiva licenser för produkter enbart i syfte att *inte* marknadsföra just de produkterna. Också från samhällsperspektiv är det en förlust såtillvida att det s.k. allmänna formförrådet inskränks.

I den nya bestämmelsen i 29d§ införs nyttjandeplikten som en rätt för upphovspersonen att helt eller delvis häva *exklusiva* upphovsrättsupplåtelser/ överlåtelser om förvärvaren inte utnyttjar verket. Jfr art 22 i Direktivet. Hävning kan dock ske först en rimlig tid efter överlåtelserna och efter det att upphovspersonen uppmanat förvärvaren att nyttja verket.

I bestämmelsen står ”överlåtelse” men, som tidigare diskuterats, ska det tolkas som både upplåtelse (licensierat) och överlåtelse av rättigheter (jfr art 22, skäl 80 samt utredningen (s.183f, 261)). Frågan här är varför utredningen väljer att krångla till bestämmelsen ytterligare genom att i stället för det etablerade begreppet *exklusiv* licens/överlåtelse som används i direktivet och på marknaden, återigen välja ett eget begrepp, ”ensamrätt”, som också det kräver sin egen tolkning i sammanhanget. Nu krävs en ganska omfattande tolkningsmanöver för att förstå innebörden av ”om en överlåtelse ...innebär att förvärvaren har ensamrätt”. Varför inte bara skriva som det står i art 22 i direktivet ”exklusivt har licensierat eller överlatit sina rättigheter”?

Också när det gäller utredningens beskrivning av vilket ”utnyttjande av verket” som krävs för att hävning inte ska få ske är det svårt att läsa sig till vad som egentligen avses. Så här skriver utredningen (s.217) ”förvärvaren måste utnyttja verket på ett sätt som i vart fall inte i allt för hög grad avviker

från vad som rimligen kan förväntas med utgångspunkt från överlåtelsens karaktär och vad som anses utgöra ett sedvanligt utnyttjande.” I författningskommentaren (s262) utvecklas detta något. Det krävs att det rör sig om en substantiell och regelbunden användning, även om det inte måste ske vid varje given tidpunkt. Resonemanget avslutas med att det inte går att undgå att avtalet hävs ”genom tillfälliga eller mycket begränsade förfoganden.”

Så, en mycket viktig bestämmelse som fått en onödigt svårtolkad skrivning. Återigen en viktig skyddsbestämmelse som kommer att behöva fastställas i praxis.

## Alternativ tvistelösning

Som framkommer i resonemanget kring varje ny bestämmelse, förutsätts i princip en praxisutveckling för att bestämmelserna ska tolkas närmare och därmed få ett genomslag i branschpraxis. Tyvärr är det så att just de upphovspersoner som har svagast förhandlingsposition och erhåller lägst ersättning också är de som inte kommer att ha möjlighet att driva processer. Risk finns därmed att det kommer att ta lång tid innan avtalsvillkoren förändras till det bättre, eller ens bli skäliga. Och detta trots att de i flera fall är tvingande bestämmelser.

Idag finns t.ex. ett stort antal avtal som med största säkerhet, vid en rättslig prövning på grund oskälighet, skulle jämkas helt eller i delar. Problemet är att de som drabbats av de oskäliga villkoren och avtalen inte har någon möjlighet att få dem prövade i en process. Det är för dyrt och upptar tid som den enskilde företagaren behöver för att driva sin verksamhet. Den som ändå väljer att driva en process, kan riskerar utestängning från framtida uppdrag

Det gör att **det finns ett stort behov av att finna andra sätt än traditionell praxisutveckling för att de nya skyddsbestämmelserna ska få ett genomslag i praktiken.** Tyvärr har detta inte uppfattats av den särskilda utredning (Dir 2021:31) som har att titta på behovet av en sådan ordning. Oavsett den mångfald av exemplar och förklaringar som presenterats för den utredningen anses det inte (men på vilken grund?) finnas behov av annan tvistelösningsordning. Utredningen har resonerat kring en lista på möjliga personer som kan fungera som medlare. Långt ifrån tillfredsställande och helt klart ett stort problem om det finns en strävan hos lagstiftaren att få genomslag för de nya upphovsrättsliga bestämmelserna inom överskådlig tid.

**Som KLYS föreslår kan en möjlig ordning – för snabbare praxisutveckling – vara att representativa kulturskaparorganisationer ges en starkare förhandlingsposition genom möjligheter att företräda enskilda eller grupper av upphovspersoner och utövare.**



**Oavsett val av förenklat tvisteförfarande krävs för att det ska fungera i praktiken att organisationerna och/eller de upphovspersoner som har behov av att få en tvistefråga löst, ges bättre ekonomiska förutsättningar att kunna driva processer på området.**

## **De nya bestämmelsernas tillämpning i tiden**

Med anledning av att det är *principer* avseende upphovsrättsliga avtal som införs, i vissa fall redan etablerade i andra bestämmelser och tolkningsprinciper, jfr t.ex. 36 § Avtalslagen, finns det inget som hindrar att det föreskrivna principerna *tillämpas på alla verk och andra alster som skyddas av nationell lagstiftning om upphovsrätt* som är i kraft den 7 juni 2021 eller senare (art 26.1)<sup>3</sup> För att undvika den rättsosäkerhet som kommer att uppstå om olika tolkning ska gälla för avtal som ingår före resp. efter lagens ikraftträdande, bör principerna därmed vara tillämpliga också på redan ingångna avtal.

## **För Konstnärernas Riksorganisation**

Sara Edström, Ordförande  
Eva Månsson, Verksamhetschef  
Katarina Renman Claesson, Förbundsjurist  
Konstnärernas Riksorganisation

---

<sup>3</sup> Se European Copyright Society sammanfattning av de principer som presenteras i art 18–22 vari bland annat anges att artiklarna 18–22 **ska tillämpas, som principer, också i gällande kontrakt**, såsom det anges i artikel 26. Senast besökt 2021-12-13  
[https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs\\_comment\\_art\\_18-22\\_contracts\\_20200611.pdf](https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf)