

Stockholm den 1 september 2010

Justitiedepartementet

103 33 Stockholm

**KLYS och Copyswedes gemensamma yttrande över delbetänkandet Avtalad upphovsrätt SOU 2010:24**

Presentation

**KLYS** - Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares Samarbetsnämnd - företräder cirka 30.000 konstnärligt yrkesverksamma i Sverige såsom författare, musikskapare, bildkonstnärer, dramatiker, regissörer, musiker, journalister och skådespelare. KLYS utgörs idag av 18 medlemsorganisationer som inom ramen för KLYS samarbetar i frågor av gemensamt intresse. Hit hör frågor om upphovsrätt, arbetsmarknad, yttrandefrihet och kulturell mångfald.

Den ekonomiska föreningen **Copyswede** har till ändamål att för konstnärorganisationernas räkning träffa avtal samt inkassera och fördela ersättning för vissa vidareutnyttjanden av upphovsrättsligt skyddade verk och prestationer. De områden som Copyswede huvudsakligen verkat inom gäller vidareanvändning av verk och prestationer i form av ljud och rörliga bilder, främst radio och TV-program. Copyswede har 14 medlemsorganisationer som alla företräder konstnärligt och litterärt verksamma uphovsmän och/eller utövande konstnärer på olika områden.

För KLYS och Copyswedes konstnärsgupper, som för sin konstnärliga frihet och för sin försörjning är starkt beroende av en balanserad och väl fungerande upphovsrätt, har den aktuella utredningens förslag avgörande betydelse.

KLYS och Copyswede har, ända sedan Copyswede bildades 1982, haft ett nära upphovsrättsligt samarbete, bl a inom ramen för KLYS upphovsrättsgrupp. Både KLYS och Copyswede finns representerade med ett antal experter i den aktuella upphovsrättsutredningen, såväl genom jurister från KLYS och Copyswede, som från våra medlemsorganisationer Sveriges Författarförbund, Svenska Journalistförbundet, Teaterförbundet, Sveriges Dramatikerförbund, Svenska Fotografers förbund, BUS, Sami och STIM. Inom ramen för KLYS upphovsrättsgrupp har KLYS och Copyswede också ett nära samarbete med upphovsrättsorganisationen ALIS i frågor om bl a upphovsrättsutredningen.

KLYS och Copyswede har också samordnande roller i **nätverket Kulturskaparna**, som lanserades i mars 2010, och som bl a arbetar för att synliggöra kulturskaparna när det gäller frågor kring upphovsrätt på internet.

## Inledning

Tillgängliggörande av konst och kultur, inte minst i den digitala miljön, är en av vår tids viktigaste samhällsfrågor. Upphovsrätten har fått en allt större betydelse genom informations-samhällets framväxt.

Upphovsrätten utgör inte bara en garanti för att upphovsmannen och den utövande konstnären (med upphovsmannen jämställs fortsättningsvis den utövande konstnären) ska ha möjlighet till inflytande över och möjlighet att ta betalt för användningen av sina verk och prestationer, utan innebär också ett viktigt instrument för att människor på ett smidigt sätt ska kunna ta del av konst, musik, film och litteratur.

Ett av huvudsyftena med den aktuella utredningen har varit att den upphovsrätt som tillerkänns upphovsmannen i upphovsrättslagen också ska ge denne rimlig utdelning i praktiken. Så är inte alltid fallet idag. Upphovsrättens avtalsregler bör vara utformade på så sätt att de skapar en tillfredsställande balans på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden. En fungerande och välbalanserad upphovsrättslig avtalsmarknad är nödvändig för att skapa bästa möjliga tillgång för allmänheten till en stor variation av konstnärliga verk och prestationer. En balanserad marknad förhindrar att musik, litteratur, film och bildkonst "låses in" hos producenter och utgör istället en garanti för att allt detta kan spridas till alla människor som vill ta del av konstnärligt innehåll. Genom en balanserad marknad uppnår man flera av de viktiga kulturpolitiska målsättningarna med upphovsrätten; att främja yttrandefrihet, tillgänglighet och mångfald. En sådan balans har avgörande betydelse för framtida tillgängliggöranden av kultur, inte minst i den digitala miljön.

För att få till stånd denna nödvändiga balans på upphovsrättsmarknaden krävs en förstärkning av upphovsmannens ställning som avtalsslutande part. Upphovsmän vill som regel inget hellre än att nå ut med sina verk till en publik, men de vill att det ska ske till goda villkor på en marknad där de kan hävda sig och sina rättigheter i förhållande till sina motparter.

Tyvärr lyckas inte utredningen genom sina förslag råda bot på den obalans och otydlighet som råder på dagens upphovsrättsmarknad. Detta främst beroende på att de förslag som läggs, och som sägs vara avsedda att utgöra skyddsregler för upphovsmannen, görs dispositiva och kan avtalas bort snabbt och enkelt av motparten. Och detta redan på g a vad som utmärker den svagare partens utgångsläge.

Med dispositiviteten som utgångspunkt missar utredaren det faktum att den enskilde upphovsmannen med få undantag är den svagare parten i ett avtalsförhållande gällande upphovsrätt. Detta gäller särskilt när denne skapar verk och prestationer på en marknad som saknar kollektivt uppträdande, där flera medverkar till utbytbart och avtalsstyrkan ofta verkar emot det allmänna intresset av ett brett kulturutbud. Det kan konstateras att utredningen saknar skyddslagstiftningsaspekten när den formulerar sina förslag.

En bättre balans på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden genom en förstärkt ställning för upphovsmannen främjar inte bara yttrandefrihet, tillgänglighet och mångfald utan också utvecklingen av legala tjänster och affärsmodeller på Internet, som ger ökad tillgång till kultur och som ger en rimlig utdelning till alla parter.

Ett förslag i utredningen som innebär en rejäl försämring när det gäller kulturskaparnas avtalssituation och därmed ytterligare rubbar balansen på marknaden, är förslaget till ny arbetsgivarregel. Den kommer att bidra till att stärka den redan starke parten på arbetsmarknaden, t ex de olika medieföretagen såsom tidningar och radio- och TV-företag, allt på bekostnad av den enskilde upphovsmannen. Detta går stick i stäv med utredningens syfte. Förslaget innebär också tydlig risk för inlåsnings effekter, som kan hota medborgarnas berättigade intresse av att få ta del av konst och kultur.

Utredningens förslag till utvidgade avtalslicensmöjligheter i upphovsrättslagen är i grunden mycket positiva. Men en utbyggnad av avtalslicensen förändrar inte i sig den obalans som råder på marknaden. För att avtalslicenser ska ge utdelning till de som skapar krävs att kulturskaparna kan träffa bra avtal redan vid första avtalstillfället. Dessa avtal ligger normalt till grund för vad upphovsmannen har rätt att få i ersättning från olika avtalslicensordningar. Väl fungerande avtalslicenser förutsätter balanserade avtal mellan upphovsmannen och deras motparter, varför avtalslicensreglerna, särskilt den nya generella avtalslicensbestämmelsen, är beroende av ett ändamålsenligt och förstärkt 3:e kapitel upphovsrättslagen.

### Bakgrund

KLYS och Copyswede har sedan länge drivit frågan om en starkare ställning för upphovsmannen som avtalsslutande part i syfte att skapa en bättre balans på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden. 2005 tillsattes en särskild arbetsgrupp inom KLYS för att se över vilka förändringar som krävs i bl a 3:e kapitlet upphovsrättslagen (URL) för att uppnå detta.

I februari 2007 redogjorde KLYS utförligt för de problem som kulturskapare ställs inför i olika avtalssituationer i en skrivelse till justitieministern och kulturministern. Där beskrevs och exemplifierades också den obalans som råder på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden. I skrivelsen framfördes kulturskaparkollektivets samlade uppfattning när det gäller behovet av förstärkning av upphovsmannens ställning som avtalsslutande part i upphovsrättslagen. Innehållet i skrivelsen redogjordes för muntligen vid en uppvaktning hos justitieminister Beatrice Ask strax därefter.

När upphovsrättsutredningen tillsattes för cirka två år sedan, delvis för att se över just 3 kap URL, hade KLYS och Copyswede därför höga förväntningar. En lång rad experter från upphovsmännens och de utövande konstnärernas organisationer utsågs till utredningens expertgrupp.

Den 28 maj 2009 sammanfattade KLYS sina synpunkter på utredningens arbete dittills i en skrivelse till utredningen. Många av de synpunkter som framfördes då gäller även idag och upprepas i det nu aktuella yttrandet.

### Sammanfattning

Upphovsrättsutredningen lever i viktiga delar inte upp till direktiven och motsvarar inte heller de förväntningar som upphovsmanna- och utövargrupperna har haft på den. KLYS och Copyswede anser inte att utredningens förslag innebär den förstärkning av upphovsmäns och utövande konstnärers avtalsställning som hade behövts för att komma till rätta med de, från kulturskaphåll väl dokumenterade, missförhållanden och den bristande balans som råder mellan parterna inom många konstområden.

Trots det omfattande arbete som konstnärorganisationerna har lagt ned på att visa på oskäligen avtalsvillkor och på den faktiska obalans som råder på de flesta upphovsrättsområden föreslås inte några ytterligare skyddsregler av substans i 3:e kapitlet URL. Alla de förslag som läggs i kapitel 3, utom ett, görs dispositiva. Detta innebär att den normalt starkare parten (förlag, skivbolag, filmproducenter o s v) enkelt kommer att kunna fortsätta att sätta skyddsreglerna ur spel genom att avtala bort dem.

Utifrån KLYS synsätt innebär utredningens förslag i bästa fall en kodifiering av gällande rätt, men i vissa fall sätter det upphovsmannen i en sämre situation än vad som gäller med dagens regler och bidrar till en alltmer osund obalans på upphovsrättsmarknaden. Detta gäller i synnerhet på förlagsavtalsområdet, som är den del av den upphovsrättsliga avtalsmarknaden som är mest lagreglerad idag. Utredningen kan i vart fall inte bedömas råda bot på de problem för upphovsmännen som KLYS redogjort för i sin skrivelse från 2007 och som sedan löpande dokumenterats från konstnärorganisationerna.

De förslag som utredaren lägger gör en särskild förhandlingsordning på området än mer angelägen för att marknadens parter ska kunna samverka till en modifiering av lagreglerna på ett sätt som bättre tillgodoser respektive upphovsmanna- och utövarkategoriernas intressen. Om en förhandlingsordning fanns att tillgå för parterna skulle dessutom trycket på de enskilda paragraferna i 3:e kapitlet bli mindre.

Det mest oroande förslaget i utredningen är den nya arbetsgivarregel som föreslås. Regeln synes ge arbetsgivarna "ensamrätt", d v s exklusiv rätt till upphovsmannens arbetsresultat utan någon begränsning i tid. En sådan ensamrätt är mycket mer långtgående än vad som kan anses utgöra gällande rätt idag, t ex enligt den sk tumregeln. Förslaget innebär också tydlig risk för inlåsnings effekter, som kan hota medborgarnas berättigade intresse av att få ta del av konst

och kultur. Om utredningens förslag till arbetsgivarregel införs förstärks den obalans som redan råder på upphovsrättsmarknaden, vilket motverkar utredningens syfte.

Det finns dock även förslag i utredningen som är positiva och som går i rätt riktning. Till dessa hör förslaget om en generell avtalslicensbestämmelse. Den utgör ett smidigt sätt för kulturskapare och deras motparter att genom kollektiv rättighetsklarering möjliggöra massutnyttjanden av konst och kultur, t ex i den digitala miljön. Avtalslicensmodellen bidrar till att nyttjanden kommer till stånd och därmed till att förhindra onödiga inlåsnings effekter av konst och kultur. Samtidigt ger den upphovsmännen inflytande över hur deras verk används.

Vi välkomnar således att avtalslicensmodellen ska byggas ut, men för att det ska fungera på ett tillfredsställande sätt måste den enskilde kulturskaparen ha möjlighet att träffa väl avvägda avtal redan från början. Annars riskerar man att avtalslicenserna inte får den effekt som utredaren önskar. Väl fungerande avtalslicenser förutsätter balanserade primäravtal mellan upphovsmän/utövande konstnärer och deras motparter. Kulturskaparna bör därför, som ovan sagts, ges ett starkare lagstiftningsstöd än vad utredningen föreslår att förhandla fram rimliga och tydliga avtal redan i första led. När de gäller nya, för upphovsmannen ännu okända, avtalslicensordningar, vars användningsområden parterna omöjligt kan förutse i ett första avtal, är det än viktigare med ett starkt 3:e kapitel URL. Det är av lätt insedda skäl mycket svårt för en kulturskapare att förbehålla sig rättigheter för ännu okända nyttjanden.

Vidare saknar KLYS och Copyswede i utredningen en ordentlig analys av medieutvecklingen och dess konsekvenser för upphovsmannens ställning som avtalsslutande part. Vi menar att utvecklingen på medieområdet kraftigt bidragit till den bristande balansen på avtalsmarknaden som råder idag. Jfr KLYS skrivelse till Beatrice Ask från 2007 där detta beskrivs.

KLYS och Copyswede menar sammanfattningsvis att utredningen i viktiga delar inte lever upp till direktiven och inte kommer att resultera i den tydlighet, flexibilitet och varaktighet samt den balans på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden, som är nödvändig för att upphovsrätten ska fungera på ett tillfredsställande sätt i praktiken.

### 3. En översyn av 3 kap. upphovsrättslagen

#### *3.2 Utgångspunkter för nya regler om upphovsrättens övergång*

I utredningen föreslås att de särskilda reglerna i 3:e kapitlet om förlagsavtal ska slopas. Istället införs ett antal allmänna regler som ska vara generellt tillämpliga på avtal om upphovsrätt. KLYS och Copyswede välkomnar denna förändring, som innebär att de nya reglerna kommer att gälla för upphovsmän och utövande konstnärer inom alla konstområden. Det särskilda skyddsbehovet för kulturskapare föreligger över hela kulturfältet.

Behovet av skyddsregler och en särskild förhandlingsordning (s. 88-91)

Såväl före som under utredningsarbetet har konstnärorganisationerna på olika sätt visat på den underlägsna ställning som upphovsmannen intar i avtalsituationen och presenterat exempel på oskäligen avtalsvillkor till följd av den skeva balansen på marknaden. Även i remissyttrandena från KLYS medlemsorganisationer över den aktuella utredningen kommer exempel att ges. KLYS och Copyswede hänvisar till dessa när det gäller dokumentation av den faktiska situationen och behovet av skyddsregler.

När det gäller sk inlåsning av rättigheter finns det många exempel där den som köpt på sig rättigheter - förlag, skivbolag och andra producenter – lagt ”död mans hand” på rättigheter eller inte uppvisar den aktivitet när det gäller att tillgängliggöra verket, som upphovsmannen har att förvänta sig.

**Det kan konstateras att behovet av skyddsregler för upphovsmän och utövande konstnärer är mycket stort på området. Behovet måste således också betraktas som generellt.**

Enligt kommittédirektiven till upphovsrättsutredningen (Dir 2008:37) ska utredaren bli utreda och ta ställning till om upphovsmannens och den utövande konstnärens ställning som avtalspart bör stärkas. KLYS och Copyswede vill särskilt framhålla konstaterandet på sid. 12 i direktiven, att ”det är angeläget att de ensamrättigheter som upphovsrättslagen tillerkänner upphovsmän också får genomslag i den praktiska tillämpningen. Om det inte finns rimliga möjligheter att dra nytta av sina rättigheter riskerar upphovsrättens grundläggande funktion, att stimulera nytt skapande, att urholkas. En sådan utveckling vore varken till gagn för aktörerna på den upphovsrättsliga marknaden eller för samhället i stort.”

Det är ett känt faktum att parternas förutsättningar typiskt sett är olika vid skilda avtal om upphovsrätt och att parterna inte är jämspelade från social och ekonomisk utgångspunkt. Upphovsmannen står ofta i en beroendeställning gentemot sin motpart och har därför många gånger svårt att hävda sina rättigheter. Detta faktum har också erkänts av lagstiftaren vid flera tillfällen. Situationen för med sig att det är mycket vanligt att överenskommelsen om upphovsrättigheter resulterar i avtalsvillkor som inte är rimliga och som är till nackdel för upphovsmannen. När den avtalsfrihet som råder på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden missbrukas på detta sätt leder avtalsförhandlingen till ett orättvist resultat.

**Att så oftast, men naturligtvis inte alltid, är fallet anser KLYS och Copyswede är mer än tillräckligt för att upphovsmannens ställning som avtalspart generellt sett bör stärkas. Vi är därför mycket kritiska till utredarens slutsats i denna del.**

KLYS och Copyswede anser att utredaren i sitt resonemang på sidan 89 byter fokus från att tala om en förstärkning av upphovsmannens ställning som avtalspart till en ambition att bringa bättre ordning på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden. Utredaren avviker här från att fullfölja den enligt oss viktigaste delen i uppdraget, nämligen den som tydligt framgår av kommittédirektiven citerade ovan.

Den hänvisning som utredaren gör till de förslag som läggs om nya möjligheter att utlösa avtalslicens hjälper inte upphovsmannen på den viktiga primäravtalsmarknaden, som ju ligger till grund för avtalslicenserna. De förslag som läggs på avtalslicensområdet utgör alls inte någon förstärkning av upphovsmannens ställning som avtalsslutande part vid den första upplåtelsen.

Ett av de grundläggande problemen för upphovsmannen är att de flesta bestämmelserna i 3:e kapitlet URL är dispositiva och regelmässigt avtalas bort av dennes motparter. Utredarens utgångspunkt har dock varit avtalsfrihet och förslagen som läggs präglas av icke-tvingande regler. Endast i något enstaka fall väljer utredaren att göra avsteg från principen om avtalsfrihet. **En övergripande invändning från KLYS och Copyswede är därför att många av de föreslagna bestämmelserna kommer att bli verkningslösa som förstärkt skydd för upphovsmän och utövande konstnärer, eftersom de så enkelt kan avtalas bort.**

Avtalsreglerna ska bidra till ordning och reda på marknaden och ge incitament för tillkomsten av väl avvägda branschavtal. **Enligt KLYS och Copyswede bör därför avtalsreglerna i 3 kap URL göras tvingande i större utsträckning än utredningen föreslår. Vi menar att det förekommer, eller finns risk för, missförhållanden inom de flesta upphovsrättsliga avtalsområden, varför införande av fler indispositiva regler i URL vore en högst ändamålsenlig åtgärd.**

**Det av KLYS och Författarförbundet framförda förslaget om en särskild förhandlingsordning avfärdas utan närmare analys av utredaren. KLYS beklagar detta och menar att behovet av en särskild förhandlingsordning är helt nödvändig för flera upphovsmannagrupper.**

Den förhandlingsordning i lag som KLYS förespråkar är tänkt att främja standardisering av avtal och att garantera avtalens skälighet. KLYS värnar också om avtalsfriheten, men vill komma åt obalansen på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden genom en förhandlingsmöjlighet, inom ramen för vilken jämbördiga parter kan förhandla fram rimliga avtalsvillkor.

Ett sätt att främja att väl avvägda avtal kommer till stånd mellan parterna på marknaden för upphovsrätt är därför enligt vår mening att införa en lagstadgad förhandlingsordning i URL till förmån för representativa konstnärsorganisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer inom olika områden samt för deras motparter.

Enligt utredningens direktiv ska upphovsrättslagstiftningen vara varaktig och flexibel. Mot bakgrund av dels den snabba utveckling som sker på upphovsrättsmarknaderna, dels den mängd olika prestationer – och branscher – som berörs av de upphovsrättsliga reglerna, kan varaktigheten och flexibiliteten säkerställas genom att ge branscherna utrymme att själva skapa sådana lösningar. En förhandlingsordning skulle fånga upp alla de problemområden som inte avhjälpas med stöd av reglerna i 3 kap URL. Behov av en lagstadgad förhandlingsordning finns inom flera av de upphovsrättsliga avtalsområdena.

Det ska framhållas att gällande och eventuellt framtida avtalslicensordningar, såsom inom ramen för en ny generell avtalslicens, också förutsätter väl avvägda primäravtal för att kunna fungera på ett tillfredsställande sätt för upphovsmän och utövande konstnärer.

**Enligt KLYS och Copyswede är en lagstiftning som resulterar i etablering av väl avvägda avtal förmodligen det enda sättet att garantera vissa upphovsmannagrupper rimliga ersättningar och avtalsvillkor. Jfr nedan avsnitt 3.6.**

I övrigt när det gäller avsnitt 3.2 har KLYS och Copyswede noterat att utredaren föreslår en ny rubrik för kapitel 3 *Allmänna bestämmelser om avtal* (i författningsförslaget). Vi föredrar denna rubrik framför den gamla rubriken *Upphovsrättens övergång*. KLYS och Copyswede välkomnar också att en distinktion gjorts i lagtexten mellan termerna överlåtelse och upplåtelse, t ex i 27 § URL.

När det gäller utredningens förslag till ny 28 § föredrar KLYS och Copyswede formuleringen *har rätt att förfoga över* istället för *förvärvat*, som användes i den tidigare bestämmelsen. Det ter sig dock oklart vad begreppet ”förfoganderätt” i andra meningen 28 § är avsett att omfatta. Ett förtydligande skulle behövas härvidlag, antingen direkt i lagtext eller i förarbetena.

### *3.3 Tolkning av avtal på upphovsrättens område*

#### *3.3.3 Överväganden*

Utredningen föreslår en tolkningsregel i URL som sägs motsvara en kodifiering och precisering av den s k specialitetsgrundsatsen, vilken förs in i 3 kapitlet 27 § 3 st URL som en dispositiv lagregel.

Specialitetsgrundsatsen innebär att endast i avtalet uttryckligen angivna utnyttjandeformer ska anses omfattade av avtalet, medan den s k specifikationsprincipen innebär att omfattande, otydliga och tysta avtal ska tolkas restriktivt till upphovsmannens förmån.

Såvitt KLYS och Copyswede kan utläsa är ambitionen med utredningens förslag att den ska ge uttryck för såväl specialitetsgrundsatsen som specifikationsprincipen, även om det i rutan på sid 102 står att förslaget innebär en kodifiering av den s k specialitetsgrundsatsen (och inget annat).

KLYS och Copyswede har länge förespråkat att en särskild tolkningsbestämmelse för upphovsrättsliga avtal, som ska ta sikte på att skydda den enskilde upphovsmannen vid upplåtelse- eller överlåtelseavtal med olika motparter, bör införas i URL genom en kodifiering av såväl specialitetsgrundsatsen som specifikationsprincipen.

KLYS och Copyswede delar utredarens uppfattning att det finns skäl att kodifiera, precisera och utveckla de båda tolkningsprinciperna i URL. Men utredningens förslag är enligt vår mening inte tillräckligt tydlig till sin utformning och innebär inte någon reell kodifiering och precisering av vare sig specialitetsgrundsatsen eller specifikationsprincipen.

Det är framför allt den sista satsen i utredningens förslag till ny 27 § 3 st ”*eller som får anses följa av avtalet eller dess syfte*” som leder till att bestämmelsen blir otydlig och svårtillämpad. Utredaren synes, genom att föra in den sista satsen i paragrafen, vilja att bestämmelsen också ska ge uttryck för specifikationsprincipen, d v s att omfattande, otydliga och tysta avtal ska tolkas restriktivt till upphovsmannens favör, vilket i och för sig är positivt. Men som bestämmelsen nu är utformad i utredningens förslag framgår inte denna viktiga funktion. En tolkningsbestämmelse som inte med tillräcklig tydlighet markerar funktionen att erbjuda ett skydd för i vart fall upphovsmannen mot onödigt vidsträckta upplåtelser, skulle kunna leda till att förvärvare regelmässigt specificerar förvärvet till att exempelvis omfatta samtliga tänkbara exploateringsformer, i alla länder, under hela den upphovsrättsliga skyddstiden.

För att en tolkningsregel i URL ska resultera i en verklig förstärkning av upphovsmannens ställning, krävs att den utformas på ett sätt som motverkar möjligheten till alltför omfattande rättighetsförvärv och att den tydligt framhåller ett restriktivt förhållningssätt till upphovsmannens favör. KLYS och Copyswede menar att hänvisningen till ett avtals *syfte* i utredningens förslag kan visa sig mycket olyckligt, om inte ett förtydligande görs i lagtext eller förarbeten, eftersom syftet med ett rättighetsförvärv i en situation där avtalsparterna har olika uppfattningar om förvärvets omfattning, regelmässigt skiljer sig åt mellan parterna.

Eftersom bestämmelsen dessutom görs dispositiv ger den inte alls upphovsmannen det rättsskydd som denne behöver i upphovsrättslagstiftningen. Som bestämmelsen är utformad i utredningens förslag ger den ett svårtillämpat och svagt rättsskydd, kanske t o m ett svagare rättsskydd än dagens rättsläge påbjuder med en icke-kodifierad specialitetsgrundsats respektive specifikationsprincip.

Genom att göra tolkningsregeln dispositiv möjliggör man för en stark part att avtala bort tillämpningen av den och skapar därmed en osäkerhet om vad som ska gälla för det fall att oklarhet råder om omfattningen av ett upphovsrättsligt avtal.

Ovan nämnda sista sats samt bestämmelsens icke-tvingande karaktär bidrar inte heller till den ordning och reda som direktiven efterlyser och som utredaren också säger sig vilja uppnå. En kodifiering av grundsatsen/principen ska enligt utredaren nämligen ”främja tydliga och väl preciserade avtal i alla led” (sid 104).

Den föreslagna tolkningsbestämmelsen kan således sammantaget snarare få motsatt effekt och försvaga upphovsmannens ställning i avtalssammanhang om den inte förtydligas. Genom formuleringen minskar upphovsmännens möjligheter att utanför domstol hävda att ett avtal, som påstås innehålla en bredare rättighetsöverlåtelse, faktiskt inte gör det. De blir då helt utelämnade att föra en kostsam process i domstol för att saken ska prövas rättsligt.

**Istället för utredningens förslag till ny 27 § 3 st föreslår KLYS och Copyswede en kodifierad, indispositiv specialitetsgrundsats i enlighet med följande lydelse:**

*’Den som enligt avtal om upplåtelse eller överlåtelse har rätt att förfoga över upphovsrätt enligt denna lag ska inte anses ha fått en mer omfattande rätt än som klart framgår av avtalet.’*

**samt att specifikationsprincipen förtydligas i anslutning till denna bestämmelse i lagtext eller i förarbetena, så att tolkningsprincipens restriktiva funktion tydligt framgår. Att bestämmelsen ska gälla till förmån för den typiskt svagare parten – upphovsmannen eller den utövande konstnären – bör tydligt framgå i förarbetena, men helst redan i själva lagtexten.**

KLYS och Copyswedens föreslagna bestämmelse bör göras indispositiv, liksom i Danmark och Norge, och därmed inte kunna avtalas bort. Utredaren anför själv att en nordisk enhetlighet talar för att införa tolkningsregeln i lagstiftningen. Att bestämmelsen görs dispositiv talar dock emot den nordiska rättslikhet som utredaren argumenterar för.

En kodifierad specifikations/specialitetsbestämmelse av tvingande karaktär enligt KLYS och Copyswedens modell ska gälla både skriftliga och muntliga avtal. När det gäller frågan om att bestämmelsen även bör omfatta otydliga och tysta avtal kan ett uttalande i förarbetena, motsvarande de danska, tjäna som information i denna fråga. Genom ett sådant uttalande kan uttryck såsom ”klart framgår” eller ”uttryckligen framgår” utan vidare införas i lagtexten och därmed klart visa på vad lagstiftaren menar är viktigt i avtalsförhållandet mellan parterna, nämligen ”undvikande av oklarheter och tvister” (sid 104).

Vårt förslag till bestämmelse kommer att fungera som ett reellt incitament för förvärvaren att specificera avtalets omfattning med större omsorg än vad som sker idag och därmed motverka alltför svepande avtalsformuleringar, vilket leder till bättre ordning och förutsebarhet på avtalsmarknaden samt minskade inlåsnings effekter av konstnärliga verk och prestationer.

### 3.4 Jämkning av avtal på upphovsrättens område

#### 3.4.3 Överväganden

I utredningen föreslås att en uttrycklig hänvisning till jämningsregeln i 36 § avtalslagen införs i 3 kap 29 § 1 st URL. För oskäligen avtalsvillkor som rör den ideella rätten införs dock en särskild jämningsbestämmelse i 29 § 2 st URL.

KLYS och Copyswede anser att det skulle behövas en allmän jämningsregel i själva URL, som omfattar såväl den ekonomiska som den ideella rätten, för att rätta upp den obalans i avtalsstyrka som föreligger på upphovsrättens område. En ren hänvisning i URL till 36 § avtalslagen är inte tillräcklig för att skapa en sådan balans.

36 § avtalslagen och avtalsvillkorslagen mellan näringsidkare har inte visat sig kunna garantera upphovsmannen eller den utövande konstnären ett tillfredsställande skydd mot oskäligen avtalsvillkor. Det finns bara några enstaka rättsfall att hänvisa till på området, mycket på grund av de stora kostnader och risker som en rättsprocess innebär för en enskild upphovsman eller utövande konstnär.

De domar som på senare tid hanterat frågan om oskäligen avtalsvillkor för upphovsmän är bl a Björgell-målet (HovR, Mål nr T 1512-07), SKAP-målet (MD, mål nr 2006:30) och den aktuella fotografdomen (MD, mål nr 2010:12). I de första två målen prövades tillämpligheten av 36 § avtalslagen respektive jämningsregeln i avtalsvillkorslagen mellan näringsidkare. Varken i Björgell-målet eller i SKAP-målet fann domstolarna att jämningsreglerna var tillämpliga. När det gäller utförligare beskrivning och analys av dessa mål hänvisas till berörda organisationers yttranden, t ex SLFF, FST/SKAP och Fotografernas förbund. KLYS och Copyswede kan dock konstatera att de allmänna jämningsreglerna inte varit till någon hjälp för upphovsmän i senare rättspraxis. Möjligheterna att kunna jämka oskäligen avtalsvillkor som rör upphovsrättsliga frågor med stöd av allmänna jämningsregler måste i vart fall i nuläget anses kraftigt begränsade.

Den tidigare jämningsregeln i URL, som upphävdes 1976, innebar att ett avtalsvillkor fick jämkas om det uppenbarligen skulle strida mot god sed på upphovsrättens område eller på annat sätt vara otillbörligt. Syftet med regeln var just att skydda den enskilde upphovsmannen, som normalt är den svagare parten. Vid tillkomsten av den nuvarande 36 § avtalslagen uttalade lagstiftaren att upphovsmännens ställning inte skulle försvagas i förhållande till vad som tidigare gällt. Förarbetsuttalandena är nu mer än 30 år gamla och det får antas att värdet av dessa i praktiken kan ha kommit att förminska av senare utvecklad praxis på det avtalsrättsliga området. Dessutom har såväl teknikutvecklingen som strukturella förändringar på de marknader där KLYS och Copyswedens upphovsmanna- och utövargrupper är verksamma gjort att osäkerheten kring vad som egentligen gäller vid en skälighetsbedömning av olika typer av upphovsrättsavtal är betydande.

**Vi föreslår därför att det istället för en hänvisning till 36 § avtalslagen återinförs en allmän jämningsregel i 3 kap URL om oskäligen avtalsvillkor vid rättighetsförvärv som exempelvis innefattar en möjlighet för upphovsmannen eller den utövande konstnären att, i fall verket blir en bestseller eller succé, få ytterligare ersättning i relation till det ökade nyttjandet (jfr tysk lagstiftning). I samband med återinförandet av en allmän jämningsregel på upphovsrättsområdet finns också möjligheter att i lagens förarbeten ge ytterligare anvisningar om hur regeln ska tillämpas i olika situationer och på olika typer av nyttjanden. På så vis ökar förutsebarheten för samtliga berörda aktörer.**

**KLYS och Copyswede föreslår följande lydelse i en återinförd allmän jämningsregel i URL;**

*'Har avtal träffats om upphovsrätt får avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden, god sed på upphovsrättens område och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.*

*Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tas till behovet av skydd för den som i egenskap av upphovsman eller utövare intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.'*

Jämningsregeln ska gälla avtal om upphovsrätt och omfatta såväl ekonomisk som ideell rätt (d v s både överlåtelse, upplåtelse och eftergifter av upphovsrätt). Utformningen ovan tar i övrigt sin utgångspunkt i 36 § avtalslagen med ett viktigt tillägg; kriteriet *god sed på upphovsrättens område*, som fanns med i den gamla jämningsregeln i URL.

En jämningsregel i URL enligt ovan skulle få en mycket större preventiv effekt på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden, än vad nuvarande 36 § avtalslagen - som idag är enda vägen att gå för upphovsmannen när det gäller oskäligen avtal - ger, eftersom en sådan upphovsrättslig jämningsregel ger en tydlig signal till parterna på avtalsmarknaden.

KLYS och Copyswede välkomnar i och för sig utredningens förslag om att införa en ideellrättslig jämningsregel i URL. Vi har i utredningen fått gehör för argumentet att avtalslagen och avtalsvillkorlagen mellan näringsidkare enbart tar sikte på avtal på förmögenhetsrättens område, varför upphovsrättens ideell- och personlighetsrättsliga karaktär inte kan anses höra hemma här. Upphovsrätten är inte en privaträttslig förmögenhetsrätt vilken som helst. Eftersom någon jämningsregel som får träff på den upphovsrättsliga ensamrättens ideell- och personlighetsrättsliga aspekter inte finns idag, föreligger en lucka i lagen i detta hänseende. Denna lucka täpps igen genom utredningens förslag.

Enligt utredaren bör dock den föreslagna ideellrättsliga jämningsregeln i 29 § 2 st vara dispositiv, ”med hänsyn till att den dispositiva regeln i 36 § avtalslagen utgör förebild”. Enligt KLYS och Copyswede drar utredaren en felaktig slutsats här, eftersom 36 § avtalslagen *inte* ska gå att avtala bort. I alla fall inte enligt förarbetena till 36 § avtalslagen. I specialmotiveringen i prop. 1975/76:81 s 136 anges att ”Det ligger i sakens natur att den nya generalklausulen är tvingande. Det är således inte möjligt att utesluta dess tillämpning genom särskilda avtalsvillkor.”

**Sammanfattningsvis påkallar KLYS och Copyswede, istället för utredningens förslag, en indispositiv allmän jämningsregel i URL, som ska omfatta både den ekonomiska och den ideella rätten.**

### 3.5 Nyttjande av förvärvade rättigheter

#### 3.5.3 Överväganden

En allmän nyttjandeplikt för förvärvaren föreslås införd i en ny 30 § URL. Enligt förslaget får upphovsmannen häva ett avtal om upphovsrätt om förvärvaren inte gjort verket tillgängligt för allmänheten inom rimlig tid eller senast inom fem år.

**KLYS och Copyswede välkomnar en generell aktivitetsregel när det gäller rättigheter som förvärvats med ensamrätt.** Vi har sedan länge förespråkat att en regel bör införas som innebär att om förvärvaren av en rättighet till ett verk inte inom skälig tid utnyttjat de i avtalet upplåtta förfoganderättigheterna, genom att t ex tillgängliggöra prestationen för allmänheten, så går rättigheterna tillbaka till upphovsmannen, som kan gå till en annan användare t ex annat bokförlag, skivbolag eller annan filmproducent. En sådan regel ska bl a syfta till att förhindra negativa inlåsnings effekter och ge upphovsmannen bättre möjligheter att nå ut till en stor publik med sina verk. Detta är också ett viktigt samhällsintresse.

När det gäller tidsgränsen vill KLYS och Copyswede påpeka att den föreslagna tidsgränsen ”senast inom fem år” är en alldeles för lång tid för de flesta konstområden. Att det föreligger stora skillnader mellan olika konstområden vilka tidsgränser som är rimliga bör förtydligas i förarbetena. På bokförlagsområdet är två år absolut maximum, medan det på film- och TV-området är vanligt med längre tidsfrister p g a finansiering och långa produktionstider.

**KLYS och Copyswede delar inte utredningens uppfattning att utgångspunkten för beräkningen av tidsfristen bör sättas till tidpunkten för uppfyllelse från upphovsmannens sida. Tidsfristen bör istället löpa från tidpunkten då avtalet träffades.** Eftersom det ligger i upphovsmannens intresse att få till stånd ett nyttjande, finns det inget som talar för att upphovsmannen skulle avvakta att fullgöra i syfte att fördröja ett tillgängliggörande. Det normala är att upphovsmannen *vill* nå ut med sitt verk. Det är därför rimligt att tänka sig att upphovsmannen levererar verket snarast möjligt. Eftersom leveranstidpunkten dessutom

många gånger är en otydlig tidpunkt, är det ur bevissynpunkt enklare att tillämpa avtalstidpunkten som utgångspunkt för beräkning av tidsfristen.

Typiskt sett torde en viktig förutsättning för att en upphovsman ska upplåta en exploateringsrätt till en viss producent vara att producenten ser till att verket görs tillgängligt för allmänheten i så stor omfattning som möjligt. Detta kan motiveras av ekonomiska skäl, exempelvis i de fall där ersättningen utgår i form av royalty, men också av mer ideellrättsligt betonade skäl, d v s att verket ska nå en större avnämning. Underlåtenhet att använda en förvärvad rättighet torde därför regelmässigt vara att anse som en sådan omständighet som konstituerar en hävningsrätt, som också berättigar till skadestånd. Därför bör det i bestämmelsen uttryckligen finnas en möjlighet att säga upp avtalet samt att kunna få skadestånd. Skadeståndsdelen i nuvarande 33 § bör således behållas. Dessutom bör den nya bestämmelsen kompletteras med en regel som motsvarar dagens 34 §, som i viss mån ålägger förvärvaren ett strikt ansvar för att en förvärvad rättighet faktiskt används.

Bestämmelsen föreslås av utredningen bli dispositiv, till skillnad från i Danmark, där den gjorts tvingande, utom såvitt avser den tidsgräns inom vilken utnyttjandet ska ske. Skälet till att bestämmelsen i Danmark gjordes tvingande var att de tidigare dispositiva reglerna regelmässigt avtalades bort, i vart fall när det gällde fonogramavtal. KLYS och Copyswede frågar sig vad det är som får utredaren att tro att så inte sker/kommer att ske i Sverige?

**KLYS och Copyswede förespråkar att bestämmelsen görs indispositiv i större utsträckning, åtminstone i enlighet med vad som skett i Danmark. Även i detta sammanhang bör understrykas att samhällsintresset talar för en tvingande aktivitetsregel för förvärvaren.**

**Personer som är sysselsatta på kulturområdet genom korta och återkommande anställningar måste anses diskriminerade av förslaget. Den nya aktivitetsregeln bör därför enligt KLYS och Copyswede även omfatta dessa personer.**

**KLYS och Copyswede tillstyrker utredningens förslag att bestämmelsen om att avtal om överföring till allmänheten och offentligt framförande, som utgångspunkt ska gälla för en tid om tre år och inte medföra ensamrätt, ska vara kvar i lagen.**

**KLYS och Copyswede delar inte utredningens uppfattning att det inte bör införas en allmän bestämmelse om förvärvares skyldighet att låta upphovsmannen ändra i ett verk inför nya förfoganden. En sådan dispositiv rätt, i enlighet med den bestämmelsen som diskuterades under utredningsarbetet, bör finnas i den nya upphovsrättslagen. Rätten att ändra i verk är fundamental ur ideellrättslig synpunkt. En sådan dispositiv regel innebär att parterna ges incitament till att reglera denna för upphovsmannen mycket viktiga fråga.**

### 3.6 Upphovsmannens rätt till ersättning samt avräkning och kontroll

I utredningen föreslås en ny allmän bestämmelse i 3:e kapitlet som ger upphovsmannen rätt till skälig ersättning vid upplåtelse av förfoganderätt till ett verk för användning i förvärvsverksamhet. Bestämmelsen ska enligt utredningen vara dispositiv.

KLYS och Copyswede välkomnar i huvudsak en sådan generell ersättningsbestämmelse i URL och vi ställer oss positiva till att den ska omfatta utnyttjanden i *förvärvsverksamhet*. Bestämmelsen ska således gälla när utnyttjandet sker som ett led i ett företags verksamhet oavsett om ett *förvärvssyfte* eller ett *vinstsyfte* föreligger eller inte. Förvärvsverksamhetsbegreppet får anses omfatta yrkesmässigt eller annars systematiskt nyttjande.

Lagstiftarens utgångspunkt vid tillkomsten av URL var att upphovsmannen skulle förbehållas rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana nyttjanden av verket som har praktisk betydelse. Denna teknikneutrala ståndpunkt innebär att varje yrkesmässigt eller systematiskt utnyttjande av verket ska medföra ersättning till upphovsmannen, oavsett om verket sprids på papper, CD eller via internet.

Vi har däremot vissa invändningar när det gäller utformningen av bestämmelsen i 31 § och dess dispositivitet.

Till att börja med vill vi från KLYS och Copyswede framföra att skäligheten inte kan göras dispositiv. Vi vill också problematisera skälighetsbegreppet. Enligt utredningen ska vad som anses skäligt avgöras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Relevanta omständigheter är exempelvis sedvana, handelsbruk, ofta tillämpade marknadsvillkor och tidigare avtalsförhållanden.

Att ersättningen ibland kan utgöras av mycket små belopp är ett stort problem för många kulturskapargrupper, där de låga beloppen blivit vanliga som ett resultat av upphovsmannens svaga förhandlingsposition. **Bestämmelsen i 31 § bör enligt KLYS och Copyswede vara indispositiv och kompletteras med en formulering om att skälig ersättning innebär att den ska stå i proportion till utnyttjandets eller förvärvets omfattning.** Rätt till proportionell ersättning för upphovsmannen finns i en lång rad europeiska länder såsom Frankrike, Spanien, Italien och Grekland.

Ett sätt att lösa problematiken med att alltför låga ersättningar blivit påstådda som ”handelsbruk” på vissa konstområden är genom den lagstiftade förhandlingsordning som KLYS förespråkar ovan. Se avsnitt 3.2.

Enligt tysk lagstiftning ska den ersättning som bestämts enligt avtal med båda parter representativa organisationer alltid anses skälig. Här kan en direkt parallell göras till förslaget om en förhandlingsordning, som skulle ge fritt verksamma upphovsmän en möjlighet att få förhandla kollektivt och därmed att träffa avtal om rimliga ersättningsnivåer.

Utredningen föreslår inte någon förändring av den oeftergivliga ersättningsrätten i enlighet med uthyrnings- och utlåningsdirektivet (92/100/EEG), som implementerats på ett enligt KLYS och Copyswede otillfredsställande sätt i nuvarande 29 § 2 st., eftersom den inte kunnat förverkligas i praktiken. Bestämmelsen flyttas till st 2 i den nya föreslagna 31 §. **KLYS har tidigare anfört och anser alltjämt att den oeftergivliga ersättningsrätten bör göras gällande genom upphovsmännens egna organisationer. I dagsläget kan den i praktiken inte göras gällande av konstnärernas organisationer, utan bara genom producent/distributörsledet. Detta eftersom de upphovsmän som berörs av bestämmelsen oftast gått miste om att disponera över sin uthyrningsrätt genom att denna rätt hamnat hos en producent med stöd av presumptionsregeln i 39 § URL. KLYS anser vidare att den oeftergivliga ersättningsrätten bör utvecklas, så att den omfattar även andra verk och prestationer och andra nyttjanden än de som den begränsar sig till idag.**

Det kan dock från KLYS och Copyswede framföras att utredningens förslag till annan formulering i ett nytt 2 st i 31 § är att föredra framför den gamla formuleringen i 29 § 2 st.

KLYS och Copyswede ställer sig positiva till utredningens förslag till indispositiv regel om rätt för upphovsmannen till avräkning och kontroll i en ny 32 §. De skäl som anförs till stöd för att göra bestämmelsen tvingande gör sig dock enligt oss gällande för flera av de andra bestämmelserna som utredaren föreslår i ett nytt 3:e kapitel.

### *3.7 Upphovsrätten i anställningsförhållanden*

#### *3.7.3 Överväganden*

En bestämmelse, som sägs motsvara den nu gällande s k tumregeln, föreslås införd och tydliggjord i en ny 33 §. En generell arbetsgivarpresumtion föreslås dock inte.

KLYS och Copyswede instämmer i utredarens bedömning att någon allmän presumptionsregel för arbetsgivare inte bör införas i URL. När det gäller den s k tumregeln vill KLYS och Copyswede vara tydliga med att vi inte anser att utredarens förslag innebär en kodifiering av tumregeln. Den regel som utredaren föreslår leder mycket längre än den nu gällande tumregeln och utgör enligt oss en utvidgning, snarare än en kodifiering, av den s k tumregeln.

KLYS och Copyswede menar, i motsats till utredaren, att det inte finns behov av en arbetsgivarregel i upphovsrättslagstiftningen, varken i form av en kodifierad tumregel eller i form av en arbetsgivarregel enligt utredningens förslag. Vi har inget emot tumregeln som tolkningsprincip, men menar att den *inte* bör lagstadgas. Det finns stor risk för att en kodifiering av en arbetsgivarregel, särskilt i enlighet med utredarens förslag, leder till ytterligare förvärvvänliga förändringar i URL. Vi tror inte att en kodifiering är positiv för upphovsmän och utövande konstnärer, utan att den snarare skulle kunna få motsatt effekt och innebära en försämring för KLYS yrkesgrupper, vilket skulle gå tvärs emot utredningens syfte. Förslaget innebär också tydlig risk för inlåsnings effekter, som kan hota medborgarnas berättigade intresse av att få ta del av konst och kultur.

Vidare är förslaget uppseendeväckande i nordisk jämförelse, mot bakgrund av den våldsamma kritik som blivit resultatet av liknande försök från lagstiftaren i våra nordiska grannländer. Det kan konstateras att samtliga nordiska försök att införa en motsvarande bestämmelse har misslyckats. Ett svenskt införande skulle därför gå på tvärs mot en nordisk utveckling och enhetlighet på området. Den nordiska enhetligheten på området har av utredaren själv också anförts som skäl när det gäller frågan om kodifiering av en annan tolkningsregel; nämligen specialitetsgrundsatsen i URL.

Det finns få rättsfall där tumregeln tillämpats, varför rättspraxis inte kan sägas ligga till grund för att införa av regeln i lagtext. Regeln är inte relaterad till en klar distinktion på marknaden beträffande anställda och icke-anställda, vilket leder till osäkerhet kring vad den ska omfatta, särskilt när situationen på arbetsmarknaden är så pass komplex och föränderlig som den är. Eftersom det är svårt att hitta en text som fångar upp de situationer man vill komma åt, menar vi att en lagstadgad tumregel och ännu mer den arbetsgivarregel som nu föreslås, kommer att vålla gränsdragningsproblem och leda till fler tvistigheter på området än idag. Den praxis som nu är normgivande fungerar dessutom enligt KLYS erfarenhet väl och är fullt tillräcklig.

På t ex film- och TV-området existerar en något så när fungerande och balanserad avtalsmarknad, där parterna i förhandlingar upplåter och nyttjar verk och prestationer av den omfattning som från gång till annan anses lämpligt avvägd. En olyckligt formulerad ”tumregel” skulle kunna störa denna marknad.

KLYS och Copyswede är mycket kritiska till att rekvisitet ”med ensamrätt” förs in i bestämmelsen. Detta rekvisit fanns inte med i några av de underlag som presenterades för expertgruppen under utredningsarbetet. Kulturskapargrupperna har således inte då haft möjlighet att ta ställning till och lämna synpunkter på denna i våra ögon mycket långtgående formulering. Ensamrättsrekvisitet kommer att skapa problem för upphovsmän och utövande konstnärer vid avtalsförhandlingar mellan arbetsgivare och arbetstagare (jfr Journalistförbundet och Teaterförbundet), t ex på tidsskriftsområdet, som inte har kollektivavtal.

Rekvisitet associerar till de grundläggande begrepp för rättighetshavare som URL bygger på. Att en arbetsgivare genom ”tumregeln” förvärvar en form av nyttjanderätt kan alla vara överens om, men att regeln skulle ge en arbetsgivare ”ensamrätt” med alla dess följdverkningar som kapitel 2 URL innebär, kan inte anses klarlagt varken i doktrin eller praxis. Därför måste det föreslagna rekvisitet uppfattas som en tydlig förskjutning av presumptionen till arbetsgivarens fördel och därmed avvisas av KLYS och Copyswede.

KLYS och Copyswede vänder sig också emot att den föreslagna regeln föreslås gälla alla arbetstagare, såväl varaktiga som visstidsanställningar. Enligt doktrinen kan tumregeln främst tillämpas på fasta eller mer varaktiga anställningar. Villkoren för yrkesverksamma på kulturområdet som arbetar genom korta visstidsanställningar Det kan inte vara rimligt att även kulturskapare som arbetar genom korta visstidsanställningar, där den enskilde kulturskaparen i övrigt inte står till arbetsgivarens förfogande, ska omfattas av regeln. Detta måste i så fall ses som en förstärkning av arbetsgivarens redan dominerande ställning och måste avvisas.

Mot denna bakgrund är det med största sannolikhet så att den föreslagna bestämmelsen stärker den redan starke parten på arbetsmarknaden, t ex de olika medieföretagen såsom tidningar och radio- och TV-företag. Dessa arbetsgivare bör knappast ha några problem att med sin befintliga avtalskompetens själva, i sina anställningsavtal med upphovsmännen, klarlägga och avtala om nödvändig nyttjanderätt till de verk som skapas i samband med anställningen, utan lagstiftningens inblandning.

**Sammanfattningsvis avfärdar KLYS och Copyswede den nya arbetsgivarregel i 33 § URL som föreslås i utredningen. Om regeln trots allt införs i lagstiftningen måste, enligt vår uppfattning, ensamrättsrekvisitet strykas i bestämmelsens formulering. Regeln bör alltså endast ge arbetsgivaren en icke-exklusiv nyttjanderätt till verket för det fall att inte särskilt avtal upprättas om annat mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Regeln ska inte heller gälla korta visstidsanställningar där arbetstagaren inte står till arbetsgivarens förfogande på ett mer varaktigt och definierat sätt.**

När det gäller presumptionen till arbetsgivarens fördel om upphovsrätt till datorprogram skapade i anställningsförhållanden i 40 a § URL anser KLYS och Copyswede ett denna bestämmelse är ett artfrämmande moment i upphovsrättslagen. KLYS och Copyswede är därför mycket kritiska till regelns placering i upphovsrättslagen och menar att den innebär en uppluckring av upphovsrättens grundprinciper. **Regeln bör utmönstras helt ur upphovsrättslagen. Vi kan dock godta den lösning som utredningen föreslår, d v s att den begränsas till att endast omfatta den ekonomiska förfoganderätten.**

Upphovsrättslagens främsta syfte är att skydda konstnärliga och litterära verk och prestationer och ge incitament för konstnärligt skapande. Man bör således enligt KLYS och Copyswede skilja mellan skydd för konstnärligt och litterärt skapande/utövande och rent investerings-skydd. De behov som en arbetsgivare kan ha av att förfoga över den ideella rätten till ett

datorprogram - det torde framför allt vara rätten att göra ändringar i datorprogrammet som är intressant för en arbetsgivare på detta område - bör kunna regleras i avtal.

När det gäller lagförslaget om beställd porträttbild har utredaren valt att lyfta ur nuvarande 27 §. KLYS och Copyswede tillstyrker denna åtgärd.

Men vi efterlyser ett förtydligande avseende den begränsning till den privata sfären som ska gälla för bestämmelsen. Skrivelsen i nuvarande 27 § har sitt ursprung från början av 1900-talet. Den samtyckesordning som uppställs av beställaren, och även av den avbildade, om denne inte är en och samma person, har motiverats av personlighetskäl. Porträttbilder anses så personliga att upphovsmannen inte utan beställarens samtycke ska kunna använda dem utan samtycke av beställaren. Det är alltså en form av integritetsskyddslagstiftning som åsyftas med bestämmelsen, vilket medför att det uttryckligen måste klargöras att detta endast avser beställda porträttbilder av privat karaktär.

**Det finns därför enligt KLYS och Copyswede behov av ett förtydligande när regeln ska tillämpas med en uttrycklig hänvisning till den privata sfären. Det kan av lagstiftaren ske antingen i lagtexten eller följa av förarbeten.**

### *3.8 Filmavtal*

#### *3.8.3 Överväganden*

I utredningen föreslås att bestämmelsen i 39 § URL förtydligas så att regeln överensstämmer med dess ursprung i Bernkonventionen 14.bis, och att den även fortsättningsvis ska omfatta utövande konstnärer.

**KLYS och Copyswede är positiva till det förtydligande av paragrafen som utredningen föreslår, eftersom den närmare ansluter till Bernkonventionens och till de övriga nordiska ländernas bestämmelser och skapar bättre klarhet avseende dess omfattning.**

**Däremot bör 39 § URL enligt KLYS och Copyswede följa huvudregeln i 14.bis.3, som innebär att presumtionen ska undanta filmverkets viktigaste upphovsmän; skapare av scenariotexter och dialoger, d v s manusförfattare samt filmverkets huvudregissör, som man har gjort i Danmark och Norge.** Dessa upphovsmäns betydelse för ett filmverks tillkomst har förtydligats i olika EU-direktiv, varför även dessa, liksom musikskaparen, bör undantas från bestämmelsen. Det är inte heller troligt att dessa upphovsmän skulle motsätta sig en films exploatering.

**KLYS och Copyswede är vidare kritiska till att de utövande konstnärerna föreslås omfattas av en Bernkonventionsregel, som ju inte berör dem.** Skulle förslaget genomföras är Sverige det enda landet i Norden som tillämpar denna regel på Romkonventionens område.

De nordiska ländernas filmproduktioner blomstrar och har uppenbarligen inga problem att fungera utan otidsenliga presumtioner. Den svenska film- och TV-branschen är en någorlunda fungerande marknad som har reglerats genom kollektiva avtal sedan 1970-talet. Flertalet upphovsmän och utövande konstnärer på det audiovisuella området har på samma sätt som på tonsättarområdet, överlåtit sina verk och prestationer till kollektiv förvaltning, vilket gör denna typ av reglering otidsenlig och obehövlig.

KLYS och Copyswedes uppfattning är att en ny upphovsrättslag bör ha som riktmärke att likställa olika upphovsmanna- och utövargrupper inför lagen.

#### 4. Avtalslicenser m m

Allmänt om avtalslicensmodellen

Ett lämpligt och väl fungerande sätt att tillvarata upphovsmäns rättigheter i vissa avtalsammanhang samtidigt som användarnas/konsumenternas intressen tillgodoses är genom olika typer av avtalslicensordningar. Avtalslicensen möjliggör både tillgången till verk och prestationer för användare av olika slag och att en fastställd ersättning utgår till upphovsmännen efter förhandlingar mellan parterna.

Avtalslicensen utgör ett smidigt sätt för kulturskapare och deras motparter att genom kollektiv rättighetsklarering möjliggöra massutnyttjanden av konst och kultur, inte minst i den digitala miljön. Den bidrar till att nyttjanden kommer till stånd och därmed till att förhindra onödiga inlåsnings effekter av konst och kultur. Samtidigt ger den upphovsmännen inflytande över hur deras verk används.

**KLYS och Copyswede välkomnar därför utredarens positiva inställning till avtalslicensmodellen och tillstyrker i princip de förslag som läggs i utredningen i denna del.**

**En utveckling av avtalslicensmodellen är viktig, men kan dock endast anses utgöra ett komplement till de reformer som är nödvändiga i kapitel 3 URL för att stärka upphovsmannens ställning som avtalslutande part. En förstärkning och utbyggnad av avtalslicenssystemet innebär inte i sig en förbättrad balans mellan parterna på marknaden.**

De ersättningar som upphovsmannen får via avtalslicensordningarna grundar sig normalt på de avtal som träffas i primäravtalet. Arten och omfattningen av den primära upplåtelsen, d v s upphovsmannens första avtal om förfoganderätt till verket, riskerar att få ett för upphovsmannen negativt inflytande över den ställning som upphovsmannen får inom ramen för ett på avtalslicens grundat avtal. Det är därför av avgörande betydelse att upphovsmannen på ett distinkt sätt har rättigheter att leverera till den upplåtelse som sker på avtalslicensens grund.

Detta innebär att ett tillfredsställande väl fungerande avtalslicenssystem förutsätter att den enskilde kulturskaparen har möjlighet att träffa väl avvägda avtal redan från början. Annars riskerar avtalslicenserna att inte få den effekt som utredaren önskar. Kulturskaparna bör därför ges ett starkare lagstiftningsstöd än vad utredningen föreslår att förhandla fram rimliga och tydliga avtal redan i första led.

När de gäller nya, för upphovsmannen ännu okända, avtalslicensordningar, vars användningsområden parterna omöjligt kan förutse i ett första avtal, är det än viktigare med ett starkt 3:e kapitel URL. Det är av lätt insedda skäl mycket svårt för en kulturskapare att förbehålla sig rättigheter för ännu okända nyttjanden. Jfr förslaget om en generell avtalslicensbetsämelse.

#### *4.2 Behörighet att träffa avtal med avtalslicensverkan samt inkassera ersättning*

Utredningen föreslår tämligen omfattande förändringar på området för avtalslicens. Något är direkt föranlett av inkongruens mellan URL och EU-normgivningen, något annat av konkreta behov av att höja lagstiftningens funktionalitet i allmänhet, medan mycket har med förslaget om att införa en generell/speciell avtalslicens att göra.

Utredaren föreslår att endast den organisation som är mest representativ och bäst företräder upphovsmännen till verk som används i Sverige ska ha behörighet att ingå avtal med avtalslicensverkan.

Förslaget innebär att kravet på att organisationen ska företräda *svenska* upphovsmän tas bort och ersätts med ”upphovsmännen till de i Sverige använda verken på området”. Detta moment rör kollisionen mellan gällande URL och EU-normgivningen. KLYS och Copyswede delar utredarens analys av att EU-kommissionens agerande mot Danmark i frågan har bärighet även för svenskt vidkommande. KLYS och Copyswede bedömer vidare att förslaget inte i något väsentligt kommer att påverka avtalslicensfigurens allmänna funktionalitet eller inverka negativt på de väl fungerande avtals- och administrationsstrukturer som byggts upp i hägnet av den nu gällande lagstiftningen.

Utredaren har vidare kommit fram till att övervägande skäl föreligger för att avtalslicensbestämmelsen bör ändras så att endast en organisation ska vara behörig att utlösa avtalslicens inom respektive område. Förslaget är primärt ägnat att säkerställa nyttjarnas rättssäkerhetsintresse och KLYS och Copyswede har i dessa stycken inget att invända emot utredarens resonemang.

Som nödvändigt supplement till förslaget om att endast en organisation inom respektive område ska vara representativ att utlösa avtalslicens föreslår utredaren specifika kriterier för den organisation som ska kunna komma ifråga. I avsaknad av offentligrättslig godkännandeordning föreslås att endast den organisation som är mest representativ och bäst företräder

upphovsmännen inom visst område ska ha behörighet. Man skulle kunna argumentera för att det principiellt skulle kunna vara svårt för den genomsnittliga nyttjaren att kunna bedöma vilken organisation som uppfyller sådana kriterier. KLYS och Copyswede delar dock utredarens uppfattning att det i praktiken knappast kommer att vara några problem för var och en att avgöra om en organisation uppfyller kraven. Detta särskilt i ljuset av att Sverige är ett litet land där organisationsstrukturen måste anses vara extremt entydig med avseende på vilka huvudorganisationer som existerar inom respektive område. Det bör särskilt noteras att utredarens förslag innebär att frågan om vilken organisation som företräder upphovsmännen bäst och är mest representativ ska avgöras genom en objektiv helhetsbedömning.

**KLYS och Copyswede tillstyrker förslaget att endast den organisation som är mest representativ och bäst företräder upphovsmännen till verk som används i Sverige ska ha behörighet att ingå avtal med avtalslicensverkan.**

Som ett utflöde av de generella modifieringar i avtalslicensbestämmelserna som utredaren föreslagit enligt ovan, har motsvarande förändringar föreslagits i bestämmelserna om privatkopieringsersättning och följerrätt. KLYS och Copyswede kan inte se annat än att de skäl som utredaren anför till stöd för sina förslag med avseende på avtalslicensbestämmelserna i lika hög grad är giltiga på områdena för privatkopieringsersättning och följerrätt.

**KLYS och Copyswede tillstyrker föreslagna modifieringar i bestämmelserna om privatkopieringsersättning och följerrätt.**

#### *4.3 Fördelningen av avtalslicensersättningen*

Utredaren finner ingen anledning att för närvarande ändra eller införa nya bestämmelser i lagen för att säkerställa att ersättningar kommer utanförstående rättighetshavare till del. Utredarens granskning har visat att de nuvarande fördelningssystemen är väl fungerande.

De svenska organisationerna arbetar aktivt för att fungera så effektivt som möjligt och för att öka öppenhet och transparens. Dessa frågor är mycket viktiga för avtalslicenssystemets legitimitet och det är därför mycket positivt att utredaren funnit att de svenska organisationerna fungerar tillfredsställande.

**KLYS och Copyswede har ingen invändning mot utredarens resonemang och slutsatser rörande fördelningen av avtalslicensersättningen.**

I dagsläget pågår, just i syfte att säkerställa öppenhet och transparens samt likabehandling, en intensiv diskussion på EU-nivå och i andra internationella sammanhang när det gäller behovet av särskilda regler för organisationer för kollektiv förvaltning av rättigheter. Det förefaller inte ändamålsenligt att i Sverige nu föregripa en process som mycket väl kan utmynna i direktiv från EU.

#### *4.4 Framställning av exemplar inom myndigheter och företag*

Utredaren föreslår en utvidgning av den befintliga specifika avtalslicensen på detta område. Dels ska digital exemplarframställning omfattas, dels tas begränsningen om att endast konstverk som finns återgivna i anslutning till texten bort, dels ändras grundkriteriet för vilket material som är tillgängligt från utgivet till offentliggjort material. Dessa förslag föranleder dessutom att tillämpligheten med avseende på närstående rättigheter utvidgas i konsekvens därmed.

KLYS och Copyswede menar att förslaget är ändamålsenligt i förhållande till, inte bara vad som efterfrågas från nyttjarhåll, utan även med vad som faktiskt sker redan idag.

**KLYS och Copyswede tillstyrker förslaget i dessa stycken.**

**KLYS och Copyswede har dock uppfattningen att även ett bruk att använda sig av olika typer av överföringar och framföranden för syftet att tillgodose behovet av information inom organisationer har en substantiell utbredning idag och att efterfrågan på en rationell laglig möjlighet till detta rimligen är ännu större. Av denna anledning menar KLYS och Copyswede, i motsats till utredaren, att bestämmelsen också bör utvidgas till att omfatta tillståndspliktiga överföringar och framföranden av aktuellt material för rent verksamhetsinterna behov. Det ska, med avseende på överföringar och framföranden, alltså inte vara fråga om att verksamhetens klienters informationsbehov tillgodoses.**

**KLYS och Copyswede menar att den typ av utvidgning av befintlig avtalslicens till tillståndspliktiga överföringar och framföranden som vi föreslår ovan med avseende på avtalslicensen för framställning av exemplar inom myndighet, företag och organisationer m fl även bör göras med avseende på avtalslicensen för undervisningsverksamhet i 42c § URL.**

#### *4.5 Möjligheter för arkiv och bibliotek att digitalisera och tillgängliggöra upphovsrättsligt skyddade verk*

Utredaren föreslår inom ramen för avtalslicensbestämmelsen i 42d § utvidgade möjligheter för vissa arkiv och bibliotek att kopiera och tillgängliggöra verk ingående i respektive inrättnings egna samlingar. Typiskt sett är de rättighetshavare som KLYS och Copyswede representerar angelägna om att de offentliga kulturinstitutionerna har möjligheter att fullfölja sina uppdrag, t ex att bevara och tillgängliggöra det nationella kulturarvet, särskilt när det sker i former som säkerställer att berörda upphovsmän och utövande konstnärer får ersättning i

proportion till den nytta sådant bevarande och tillgängliggörande innebär för samhället i stort och för organisationer och enskilda.

**KLYS och Copyswede tillstyrker förslaget i dess helhet med avseende på exemplarframställning. Det är av stor vikt att de utpekade inrättningarna får fulla möjligheter att bevara allt material i samlingarna på ändamålsenligt sätt.**

**Med avseende på tillgängliggörande tillstyrker KLYS och Copyswede förslaget med följande reservation.** Även om samlingarna hos aktuella bibliotek och arkiv till övervägande del består av material i förhållande till vilket KLYS och Copyswede i princip skulle kunna tillstyrka förslaget i dess helhet även avseende tillgängliggörandet, torde det framför allt i arkiven förekomma en hel del material som egentligen aldrig varit avsett för offentliggörande i den bemärkelse som rimligen är aktuell i detta fall. Det handlar om privata arkiv och kvarlåtenskaper som hamnat i arkiven med eller utan den berörda upphovsmannens goda minne och som kan bedömas vara av värde för forskningen. I viss utsträckning skulle möjligheten att meddela förbud kunna hantera problemet, men det ligger i sakens natur att en stor del av materialet är skapat av personer som inte längre går att tillfråga eller kan meddela särskilt förbud.

**I och för sig skulle saken kunna hanteras i det avtal som får avtalslicenseffekt, men man skulle också kunna tänka sig att, med avseende på tillgängliggörandet, komplettera den del som handlar om möjligheten att meddela förbud med momentet att första stycket inte heller gäller om det av andra skäl finns särskild anledning att anta att upphovsmannen skulle motsätta sig tillgängliggörande.**

#### *4.6 Tillgängliggörande av verk och prestationer som förekommer i radio- och TV-program*

Utredaren föreslår utvidgning av avtalslicensbestämmelsen i 42 e § till att omfatta alla typer av överföringar och sådana exemplarframställningar som är en förutsättning för sådana överföringar. Vidare utvidgas kretsen av gynnade subjekt från företag med särskilt tillstånd från regeringen till alla radio- och TV-företag.

**KLYS och Copyswede tillstyrker förslaget i dess helhet.**

#### *4.7 En generell avtalslicens*

Rättsfiguren ”generell avtalslicens” har sedan några år tillbaka sin förebild i Danmark. Även om figuren till stor del består av moment som är välkända från den traditionella nordiska avtalslicensen så innebär en sådan bestämmelse också helt nya moment. Behoven av effektiva och samordnade licensieringar i massutnyttjandesammanhang har på senare tid ökat alltmer i takt med att den tekniska utvecklingen erbjudit nya möjligheter och önskemålen om sådana licensieringsmöjligheter kommer rimligen att fortsätta öka, också inom idag okända områden.

KLYS och Copyswede delar utredarens bedömning att alternativet att tillfredsställa dessa behov med nya avtalslicenser av traditionell art inte ter sig realistiskt.

**Enligt KLYS och Copyswede har en generell avtalslicens även den fördelen att modellen lägger större ansvar på marknadens parter att tillsammans skapa fungerande avtalslösningar. Det innebär samtidigt att lagstiftaren tydliggör att det är på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden som man skaffar sig möjligheter att utnyttja skyddat material. Detta är något KLYS och Copyswede välkomnar.**

Utredaren har funnit att den danska konstruktionen inte kan överföras i svensk rätt utan Anpassningar. Det är framför allt avsaknaden av en ordning för offentlighetsligt godkännande av behörig avtalslicensutlösande organisation som föranleder en annan lagteknisk konstruktion än den danska, i syfte att garantera inte bara en god funktionalitet utan även fullgod rättssäkerhet. Det kan konstateras att det i sammanhanget finns många fördelar med en sådan godkännandeordning som finns i Danmark. Inte bara det faktum att ordningen erbjuder en materiell prövning, utan även själva existensen av en offentlighetslig ordning torde lösa många av de delproblem som utredaren stått inför.

Det finns dock goda skäl att argumentera för att avtalsmarknaden ska få utvecklas på rent civilrättslig grund. Att utredaren inte föreslår en godkännandeordning fullföljer vidare den svenska traditionen att minimera förekomsten av särskilda offentlighetsliga moment i upphovsrätten. Till skillnad från grannländerna har vi varken godkännandeordningar eller nämnder med inflytande över tillämpningen av avtalslicenslagstiftningen.

Utredarens förslag till en ny bestämmelse om en generell avtalslicens har enligt KLYS och Copyswede som sådan alla förutsättningar för att fungera på avsett sätt. Vi delar även utredarens uppfattning att förslaget torde vara en förutsättning för utvecklandet av en flexibel och vital upphovsrättslig avtalsmarknad, vilket i sin tur är en förutsättning för att full fördel ska kunna dras av den stora utvecklingspotential som finns i Sverige inom det område där elektronisk kommunikationsteknologi möter kreativt innehåll.

I dansk rätt är de generella avtalslicenserna uttryckligen tänkta att vara supplement i förhållande till de specifika. Utredarens förslag innebär samma förhållande även för svensk del, vilket KLYS och Copyswede ser som ändamålsenligt. Här kan KLYS och Copyswede se att de specifika avtalslicenserna enligt den nya föreslagna bestämmelsen kommer att vara supplement, inte bara i bemärkelsen att de kan vara tillämpbara på områden där en specifik avtalslicens helt saknas, utan också komplementära på så sätt att parter som redan tillämpar en specifik avtalslicens kan stadga upp och vidareutveckla sina avtalsrelationer på nyttjandeområdet i takt med att nyttjarnas behov ändras eller utvidgas.

Den generella avtalslicensen kommer att kunna efterfrågas i samband med nyttjanden som ingen ännu kan se framför sig. Man kan dock redan nu se befintliga och framväxande nyttjanden som rimligen i princip skulle kunna betjänas redan ifrån den tänkta lagstiftningens ikraftträdande. På radio-och TV-området är det mest näraliggande exemplet den typ av tidsförskjuten uppspelning av TV-program, som redan blivit föremål för tillämpning av en generell avtalslicens i Danmark genom avtal mellan kabeloperatörer och CopyDan/KODA/UBOD och som redogörs för i utredningen.

Vidare kan man när det gäller radio och TV se stora behov i utbildningssektorn, där Sverige hamnat en smula på efterkälken jämfört med de nordiska grannländerna redan inom ramen för traditionella avtalslicenser. Med utvecklingen av informationsteknologin spiller dessa behov dessutom redan nu över på material som tillgängliggörs på internet.

På radio- och TV-området finns det vidare behov av mer heltäckande licenser för att möjliggöra offentligt framförande av framför allt TV i olika sammanhang. Det handlar om hotell, barer, restauranger, butiker, bibliotek, vänthallar, transportmedel m.fl. allmänt tillgängliga lokaler.

Även i samband med olika angelägna bevarandeprojekt kan en generell avtalslicens spela stor roll, särskilt när det gäller föräldralöst och utgånet material.

### **KLYS och Copyswede tillstyrker i dess helhet förslaget om införande av en generell avtalslicens**

**Precis som när det gäller de specifika avtalslicenserna, kommer funktionsduglighet hos en generell avtalslicens att vara beroende av att upphovsmännen och de utövande konstnärerna har en sådan förhandlingsposition på primäraftalsområdet att de kan förbehålla sig rättigheter avseende sådana områden som kan komma ifråga för tillämpning av en generell avtalslicens, så att deras organisationer har förutsättningar att spela en roll i sammanhanget. Jfr ovan våra synpunkter under 3. En översyn av 3 kap. upphovsrättslagen.**

För KLYS

För Copyswede

Anna Söderbäck  
Ordförande KLYS

Mattias Åkerlind  
VD Copyswede

genom

Ulrica Källén  
Förbudssekreterare/jurist KLYS

