

Stockholm 2011-07-13

Justitiedepartementet
103 33 Stockholm

Gemensamt yttrande från KLYS och Copyswede över kommissionens förslag till direktiv om s.k. orphan works (KOM(2011) 289 slutligt)

Syftet med nu föreliggande direktivförslag är att skapa en rättslig ram för att underlätta för vissa institutioner att digitalisera och till allmänheten överföra s.k. föräldralösa verk som finns i samlingar och arkiv över nationsgränserna inom unionen. Det nu aktuella direktivförslaget bygger på en trestegslösning där a) den aktuella institutionen genomför en "diligent search" (i den svenska översättningen kallat "omsorgsfull efterforskning") för att avgöra om ett verk skall b) klassas som "orphan" (i den svenska översättningen kallat "anonymt", nedan dock kallat "föräldralöst"), i vilket fall verket ifråga får c) användas på visst sätt med stöd av en inskränkning i upphovsrätten.

Det skall inledningsvis understrykas att KLYS och Copyswede sympatiserar med ambitionen att digitalisera och göra kulturarvet tillgängligt i Europa. Det är dock nödvändigt att hitta legala lösningar för detta som är kostnadseffektiva och rättssäkra för såväl brukare som rättighetshavare och som dessutom tillvaratar den senare kategorins legitima intressen. Lösningarna måste naturligtvis också vara verkningsfulla och hållbara över tid. Vi menar att det nu aktuella direktivförslaget inte uppfyller något av dessa krav.

- Direktivförslaget löser inte de problem relaterade till massdigitalisering som det avser att lösa. Förfarandet med en omsorgsfull efterforskning innebär i praktiken en hantering verk för verk som kommer att medföra väsentliga merkostnader och ökad byråkrati för de aktuella institutionerna.
- Direktivförslaget omfattar inte bara verk i böcker, tidningar och tidskrifter, utan också audiovisuella verk. Denna senare typ av verk kännetecknas av att de regelmässigt innehåller bidrag från en mycket stor mängd olika upphovsmän och andra rättighetshavare. De verk som skall omfattas är äldre verk där den ursprungliga klareringen av de i verken ingående rättigheterna skett under kraftigt skiftande förutsättningar. I normalfallet kommer det alltså att vara möjligt att spåra i vart fall någon enstaka rättighetshavare, samtidigt som det inte blir möjligt att spåra alla. Verken kommer därmed, enligt art 2.2, inte att betraktas som föräldralösa och direktivet blir således verkningslöst.
- Det är enligt KLYS och Copyswede mycket osäkert hur förslaget förhåller sig till internationella konventioner såsom TRIPS, WCT och WPPT. Förslaget synes innebära i sak att en ny inskränkning i upphovsmannens och den utövande konstnärens ensamrätt införs på unionsnivå. Detta faktum kommenteras anmärkningsvärt nog

inte i förslaget och har såvitt vi kunnat erfara heller inte diskuterats i det arbete som föregått direktivförslaget. Omfattningen av denna inskränkning måste emellertid beskrivas som högst oklar och tycks bygga på de olika berörda institutionernas uppdrag. Sådana uppdrag torde kunna vara mycket varierande och också ändras från tid till annan. Klart är emellertid att "tillhandahållande av tillgång till verk som ingår i deras samlingar för kultur- och utbildningsändamål" sett mot bakgrund av syftet med direktivförslaget måste betraktas som en mycket vidsträckt inskränkning i ensamrätten. Vederlagsfri användning av hela verk genom tillgängliggörande till den europeiska allmänheten torde därför strida mot trestegstestet i ovan nämnda konventioner. Det är vidare även tveksamt hur direktivförslaget i detta hänseende förhåller sig till Infosoc-direktivet.

- Det kanske mest otillfredsställande från en svensk horisont, är att direktivet riskerar att störa existerande, och kanske i ännu högre grad framtida, avtalslicenslösningar. Det kan i detta sammanhang kort nämnas att de svenska avtalslicenslösningarna fungerat mycket väl i de nordiska länderna under mer än 50 år och av såväl rättighetshavare som brukare betraktas som den mest effektiva och rättssäkra lösningen vid massanvändning av upphovsrättsligt skyddade verk. Visserligen innehåller direktivförslagets beaktandesats 20 en skrivning om att direktivet inte skall påverka "existing arrangements in the Member States concerning the management of rights such as extended collective licenses". Vid en samläsning med motiveringens beskrivning av avtalslicenserna, där det uttalas att organisationen som förvaltar rättigheter anses företräda "utomstående parter" oberoende om den har utfört en omsorgsfull efterforskning eller ej, kan det tyckas klart framgå att avtalslicensmodellen inte förutsätter en efterforskning ex ante. Detta talar alltså för att ett avtalslicenssystem t.ex. i enlighet med det som för svenskt vidkommande föreslagits av Upphovsrättsutredningen (SOU 2010:24) inte skulle påverkas av direktivförslaget.
- Det är emellertid viktigt att säkerställa att så verkligen kommer att bli fallet. Det är oklart hur några av de grundelement som förslaget innehåller, t ex att de föräldralösa verken skall få nyttjas vederlagsfritt och att det är klassificeringen som föräldralöst som skall vara föremål för det ömsesidiga erkännandet medlemsländerna emellan, skulle kunna kombineras med ett nationellt avtalslicenssystem. Det ömsesidiga erkännandet framstår dessutom som nyckeln till den gränsöverskridande effekt som skall uppnås med direktivet.
- Vidare tar beaktandesats 20 – enligt direktivförslagets engelska version – bara sikte på "existing arrangements". Den närmare innebörden av begreppet är visserligen oklar, men det kan konstateras att ordalydelsen i beaktandesats 20 motsvarar beaktandesats 18 i Infosocdirektivet, med undantag för ordet "existing". Formuleringen kan därför komma att motverka en framtida etablering av avtalslicenssystem eller andra motsvarande licensieringssystem i länder som idag ännu inte infört denna typ av lagstiftning. Det måste därför tydligt klargöras att medlemsstaterna är fortsatt oförhindrade att införa denna typ av kollektiva licensieringslösningar.
- Det finns behov av tillskapande av förutsättningar, exempelvis genom ett direktiv, som möjliggör den massdigitalisering som efterfrågas. Vi förordar därför att

förevarande direktivtext ändras så att den tydliggör att medlemsstaterna ges frihet att hantera föräldralösa verk genom kollektiv licensiering, exempelvis genom avtalslicenser. Det måste vidare framgå att direktivet inte vid kollektiv rättighetsförvaltning förutsätter att efterforskningen sker före nyttjandet, utan istället – som är fallet redan idag – efter nyttjandet, i samband med utbetalning av ersättningen.

- Det skall tilläggas att en lösning som bygger på avtalslicenser, eller motsvarande system som innehåller grundelementen att även utomstående rättighetshavare omfattas och en möjlighet till ”opt out”, mycket väl kan integreras i ett system som ger tillgång till de aktuella verken i samtliga medlemsstater. Vi delar alltså inte den - enligt vårt förmenande mycket rudimentära - slutsats som Kommissionen drar i sitt ”Impact assessment on the cross-border online access to orphan works” (SEC(2011) 615).

För KLYS

För Copyswede

Anna Söderbäck
Ordförande KLYS

Mattias Åkerlind
VD Copyswede

genom

Erik Wahlström
Förbundssekreterare KLYS