

Stockholm den 21 juni 2017

Till Justitiedepartementet

Att: Sveriges förhandlare om DSM-direktivet i EU:s Ministerråd

KLYS om EU-kommissionens förslag till s k DSM-direktiv – the Digital Single Market Directive

Inledning

I höstas presenterade EU-kommissionen sitt förslag till nya upphovsrättsregler för den digitala inre marknaden (COM (2016) 593 final), det s k DSM-direktivet. Förslaget kommer att ha stor inverkan för alla dem som skapar konstnärligt och litterärt innehåll på nätet, d v s kulturskapare inom olika konstarter och kultur- och mediebranscher. Det är dessa upphovspersoner och utövande konstnärer samt deras rättigheter, som är och bör vara i fokus för detta direktiv. En stark upphovsrätt för konstnärliga yrkesgrupper är en grundförutsättning för att den kulturella och kreativa sektorn ska kunna utvecklas och fortsätta blomstra i Europa.

KLYS utgör en samlad röst för yrkesverksamma kulturskapare i Sverige och representerar genom sina 14 medlemsorganisationer cirka 30.000 kulturskapare, såsom bild- och formkonstnärer, författare, musikerskapare, artister, skådespelare och regissörer. Vi lämnade i oktober 2016 ett yttrande till den svenska regeringen över direktivförslaget och har under våren analyserat EU-parlamentets olika utlåtanden och ändringsförslag när det gäller direktivet, som ska upp för omröstning i plenum i sommar.

Sammanfattning

Förslaget till DSM-direktiv innebär flera steg i rätt riktning och innehåller harmoniseringsåtgärder på upphovsrättsområdet som kommer att kunna ge bättre valmöjligheter och tillgång till innehåll online. Direktivet ger också förutsättningar för att också skapa en mer rättvis och hållbar marknad för kulturskapare och andra aktörer i den digitala miljön. KLYS välkomnar att EU-kommissionen erkänner vikten av kulturell och språklig mångfald och betydelsen av att EU:s upphovsrättsbestämmelser ger en hög skyddsnivå för rättighetshavare. Det skapar en god grund för att ge kulturskapare ett bättre och mer ändamålsenligt upphovsrättsligt skydd och skäliga ersättningar, vilket också bidrar till de kulturella och kreativa näringarnas tillväxt.

Det finns dock en rad viktiga synpunkter för EU-parlamentet och EU:s ministerråd att ta fasta på i det läge som direktivarbetet nu befinner sig i, som KLYS härmed vill förmedla. Det handlar om bestämmelser i direktivet som fortfarande behöver ändras, utvecklas och kompletteras.

KLYS viktigaste punkter när det gäller DSM-direktivets fortsatta behandling:

- 1. Begränsa - och utvidga *inte* - de inskränkningar som föreslås i direktivets artikel 3-9**

Inskränkningar i kulturskapares upphovsrätt bör vara så begränsade och tydliga som möjligt. I Sverige och i övriga Norden löser vi - i stor utsträckning - de behov av tillgång till upphovsrättsligt skyddat material som direktivet adresserar, genom s k avtalslicenser eller andra kollektiva avtals- och ersättningsordningar. Det är viktigt att direktivet inte inverkar negativt på eller tillintetgör de avtal som svenska och nordiska kulturskaparorganisationer träffar med de aktörer som behöver använda upphovsrättsligt skyddat material för sina verksamheter, t ex för digitala tillgängliggöranden för allmänheten.

 - Direktivets artikel 4 om en obligatorisk inskränkning för att möjliggöra digital användning av skyddade verk och prestationer i undervisningsverksamhet avstyrks därför.
- 2. Värna den nordiska avtalslicensmodellen (Extended Collective Licensing, ECL)**

Avtalslicensmodellen är ett smidigt sätt att ge tillgång till en bred repertoar av upphovsrättsligt skyddade verk och prestationer till användare av olika slag. Avtalslicenser är bestämmelser i upphovsrättslagen som ger utsträckt verkan för kollektiva avtal på särskilda upphovsrättsliga områden, som t ex komplexa media-produktioner och massnyttjanden, inte minst på nätet. Med avtalslicens omfattas även rättighetshavare som inte direkt representeras av den avtalslutande organisationen. Avtalet ges på så sätt utsträckt verkan, s k avtalslicensverkan.
- 3. Ersätt *inte* ensamrätten (eller ersättningsrätten) i artikel 11 med en presumtion som ger medieföretag - på vars webbplats textmaterial publiceras - talerätt mot intrång**

KLYS sympatiserar med att ge stöd till de europeiska mediehusen på den komplexa, alltmer globaliserade annonsmarknaden, så att de kan ta del av de inkomster som olika sökmotorer och sociala medieföretag får genom att sälja annonsplats som exponeras i anslutning till europeiska webbplatser. Hur en sådan lagstiftningslösning ska utformas rent tekniskt kan dock diskuteras. Kommissionens förslag i denna del är i juridiskt tekniskt hänseende mycket oklart. Av de existerande modeller som finns i Europa är en tvångslicenslösning enligt spansk modell – dvs en ersättningsrätt, ingen ensamrätt – det KLYS föredrar. Den tyska ordningen som innebär att den enskilde upphovspersonen ska kunna få del av inkomsterna kan vi också ställa oss bakom, även om den tyska lösningen synes vara en ensamrätt för medieföretaget med signalrätten som förebild.

KLYS motsätter sig kraftfullt förslaget från EU-parlamentets rättsliga utskott om att ersätta en ensamrätt (eller ersättningsrätt) enligt artikel 11 med en presumtionsrätt som ger det medieföretag, på vars webbplats textmaterial publiceras, en talerätt mot intrång. Förslaget är mycket illa underbyggt. En sådan lösning kan komplicera tillvaron mellan olika nättaktörer/medieföretag/upphovspersoner eftersom rättighetshavare till det skyddade materialet kan vara såväl enskilda kreatörer som andra medieföretag, vid sidan av det företag som ska få denna talerätt enligt utskottets förslag. Konsekvensen skulle kunna bli att en aktör som fått tillstånd från den riktiga rättsinnehavaren till de konstnärliga och litterära verken blir stämd av en användare med stöd av denna talerätt.

4. Låt artikel 12 förbli icke-tvingande, eftersom det saknas skäl till att genomföra bestämmelsen i svensk och nordisk rätt.

Överenskommelser om andelar kan ske utifrån rättighetsupplåtelser i förlagsavtal, olika fördelningsprinciper eller praxis som förekommer i upphovsrättssällskap i olika länder. I Sverige och i övriga nordiska länder finns det i branschen en lång och välfungerande tradition av överenskommelser mellan parterna baserat på det underlag för inkassering av ersättning till upphovsrättssällskapen. Skulle artikel 12 genomföras i svensk rätt kan det uppstå konflikter, både vad gäller reprografirättigheter och vad gäller annan ersättning/kompensation för t ex privatkopiering, biblioteksutlåning eller talboksframställning. Det skulle innebära ytterligare förskjutning av maktbalansen till uphovspersonernas nackdel och ge förlag och andra producenter en otillbörlig rätt.

5. Förtydliga och förstärk artikel 13 om viss användning av skyddat innehåll via nättjänster.

Denna bestämmelse i direktivet, som ger uttryck för att lösa det som kallas för *the transfer of value* (mellan rättighetshavare och sk online-plattformar), bör förstärkas för att komma till rätta med den snedvridning av konkurrensen som uppstår mellan dessa plattformar och licensierade plattformar, men även den obalans mellan fördelningen av ett ekonomiskt värde som genereras på tillgången till upphovsrättsligt skyddade verk. De plattformar som idag erbjuder möjlighet för användare att ladda upp upphovsrättsliga verk och prestationer för allmänheten, t ex Youtube, ger mycket sällan och - när det gör det - oftast alldeles för liten ersättning till uphovs personer och utövare för den användning av innehållet som sker online.

- Det bör därför i direktivet förtydligas att det som dessa online-plattformar ägnar sig åt är upphovsrättsligt relevanta handlingar (mångfaldigande och tillgängliggörande av skyddat innehåll till allmänheten) och att ansvarsfrihetsreglerna i e-handelsdirektivet för tekniska mellanhänder därför inte är tillämpliga på dem.

6. Förtydliga och komplettera den sk transparensriangeln i artikel 14-16

Det är viktig att triangelns alla tre delar finns med i direktivet; transparenskravet, avtalsanpassningsmekanismen samt tvistlösningsmekanismen, för att uppnå de syften som ligger bakom kapitel 3 om Skälig ersättning i uphovsmäns och utövande konstnärers avtal. Dessa bestämmelser behöver dessutom förtydligas och kompletteras på en rad punkter:

- Möjligheten att avvika från transparenskravet i artikel 14.1 är för omfattande och riskerar att göra skyldigheten ineffektiv. Den bör därför begränsas i artikel 14.2. Artikel 14.3 är överflödigt och bör helt utgå.
- Artikel 14.1 måste även omfatta totalöverlåtelser annars blir bestämmelsen verkningslös och kommer att ytterligare försvaga många kulturskapares uphovsrättsliga ställning i förhållande till producenter och distributörer. Det är ofta totalöverlåtelser som senare visar sig vara oskäligen.
- Ett tillägg till artikel 14.1 bör införas som innebär att informationsflödet garanteras utmed hela upplåtelsekedjan så att transparenskravet genomförs ordentligt.
- Artikel 14.2 bör uttryckligen garantera en hög grad av transparens och en rätt för uphovs personer och utövare till granskning av nyttjandenas omfattning.

- En ny artikel i 15.1 b bör införas som innebär att upphovspersoner och utövare ges en rätt att häva ett upplåtelseavtal och återkalla sina rättigheter under vissa förutsättningar, t ex vid otillräcklig användning och marknadsföring, eller vid otillräcklig ersättning, liksom vid bristande eller utebliven rapportering.
- Artikel 15.2 bör förtydligas så att även representanter för upphovspersoner och utövare, t ex upphovsrättsföreningar, kan begära ytterligare ersättning för den enskilde uphovspersonens eller utövarens räkning i enlighet med artikeln.
- Artikel 16 bör kompletteras med en bestämmelse om att upphovspersoner och utövare kan företrädas av deras representativa kulturskaparorganisationer i tvistlösningsförfarandet.

7. Komplettera den uphovsrättsliga ensamrätten med en oavvislig ersättningsrätt vid online-tillhandahållanden

Oavsett hur transparenstriangeln ovan slutligen utformas kvarstår faktum att många kulturskapare, särskilt utövande konstnärer, men även vissa uphovsmannagrupper, t ex på det audiovisuella området, inte har möjlighet att förhandla till sig avtal som berättigar löpande ersättningar för användningen i form av royalties och liknande. Det innebär i praktiken att rättigheterna överförs till en producent, som sedan kommer att licensiera verket för olika typer av förfoganden inklusive online-tillhandahållanden på begäran, utan att någon ytterligare ersättning betalas till berörda kulturskapare.

KLYS menar därför att bestämmelserna som föreslås i artikel 14-16 inte är tillräckliga för att säkerställa att *alla* kulturskapare får del av de intäkter som genereras genom on-line exploatering av deras verk och prestationer. För de som lyckats förhandla till sig royalty är ersättningarna till kulturskapare orimligt låga, eftersom exploatering sker via digitala plattformar. För andra grupper utövare och även uphovspersoner på t ex det audiovisuella området, utgår ingen ersättning alls. Därför är det nödvändigt att:

- införa *en oavvislig ersättningsrätt* för digital exploatering som ska förvaltas kollektivt och administreras av för berörda kulturskapargrupper representativa uphovsrättsföreningar, med mandat att förhandla rättigheter, samt att
- det klargörs att det är online-plattformarna som är ansvariga för att ersättningen betalas, d v s att insamlingen av ersättning ska ske från online-plattformarna, som är de som ytterst ansvarar för tillgängliggörandet till allmänheten.

8. Reglera frågan om uphovsrätten kring hyperlänkning och s k framing

En fråga som inte tas upp i direktivet, men som är av största vikt i det digitala samhället är den uphovsrättsliga regleringen kring hyperlänkning och i första hand så kallad "framing". Frågan är akut eftersom Internets funktionssätt till stor del bygger på länkning till andra webbplatser. Vid framing framträder den skyddade prestationen - som är ursprungligen publicerad på en annan webbplats - automatiskt på den länkande webbplatsen utan att användaren behöver klicka. För användaren är upplevelsen identisk med att ta del av prestationen från originalsidan, och därmed lika mycket värd. Denna länkningsteknik används av stora kommersiella aktörer på nätet, t.ex. Google Image Search, men utan att uphovspersoner eller utövare har inflytande över användningen eller får ta del av några intäkter.

EU-domstolen har i ett antal hårt kritiserade domar kommit fram till att detta utnyttjande av kulturskapares prestationer är tillåten. För att nå dessa domslut har domstolen introducerat ett begrepp ("ny publik") som saknar stöd i internationella traktat på upphovsrättens område. För att det ska vara en upphovsrättsligt relevant länkning måste den enligt domstolen rikta sig till en sådan "ny publik" som inte tagits i beaktande av upphovspersonen vid den ursprungliga publiceringen. Eftersom den ursprungliga publiken definieras som världens samtliga internetanvändare blir följden att det inte finns någon "ny publik". Upphovspersonernas och utövarnas rättigheter gräps på det här sättet ur och licensiering på nätet försvåras eller omöjliggörs.

Det är därför nödvändigt med en reglering på unionsnivå som kommer till rätta med obalansen vid länkning och som ger upphovspersonerna och utövarna tillbaka rätten att bestämma över sitt material och få ersättning vid användning.

För KLYS och de yrkesverksamma kulturskaparna i Sverige

Marika B Lagercrantz

Ordförande KLYS

Genom

Ulrica Källén

Verksamhetsledare KLYS

KLYS – EN SAMLAD RÖST FÖR SVERIGES KULTURSKAPARE

Sveriges Författarförbund, Dramatikerförbundet, Svenska Journalistförbundet, Sveriges Läromedelförfattares Förbund, Konstnärernas Riksorganisation, Svenska Tecknare, Svenska Fotografers Förbund, Föreningen Svenska Tonsättare, SKAP, Svenska Musikerförbundet, Symf, Teaterförbundet för scen och film, Svenska Regissörsföreningen, Oberoende Filmarens Förbund, Unionen, fackklubben vid SR, SVT och UR

Alströmergatan 12, 7 tr, 112 47 Stockholm, +46 (0) 709480963, klys@klys.se, www.klys.se