

Stockholm den 13 december 2021

Remissvar

Över lagförslag och författningskommentarer redovisade i departementspromemorian i DS 2021:30 Upphovsrätten på den digitala inre marknaden.

Inledning

Föreningen Sveriges Tidskrifter är en branschorganisation för tryckta och digitala tidskrifter. Vi är landets största branschorganisation inom medieområdet och representerar över 380 konsument-, fack-, organisations- och kulturtidskrifter. Tidskriftsbranschen omsätter årligen 7,6 miljarder kronor. Våra medlemmar representerar ca 75% av denna omsättning.

Tidskrifterna medverkar som förmedlare av nyheter, information och underhållning, i opinionsbildning och undervisning, i samhällsdebatten och den kulturpolitiska debatten. De är alltså av stor betydelse för den demokratiska debatten liksom för att på alla områden bidra till att fördjupa och utveckla företag, organisationer, samhälle och individer.

Sveriges Tidskrifter har getts tillfälle att lämna synpunkter på innehållet i departementspromemorian DS 2021:30 Upphovsrätten på den digitala inre marknaden. Sveriges Tidskrifter har valt att inte kommentera varje detalj i promemorian som föreningen haft en ståndpunkt kring utan begränsat sitt yttrande till implementeringen av artikel 5 samt 15, den nya utgivarrätten, respektive artiklarna 17–23 som rör frågor om avtal och upphovsrätt ur ett branschperspektiv.

Sveriges Tidskrifter önskar framhålla behovet av att betrakta upphovsrättens regelverk kring avtal och den nya närstående rättigheten från ett näringsperspektiv och härvid särskilt beakta de sektorsspecifika behov som finns inom tidnings- och tidskriftsområdet vilket också påtalas i skälen till direktivet. Förutsägbarheten vid avtalsbildningen är central och det är och kommer att vara pressutgivarna som står hela affärsrisken i avtalsrelationer.

En generell anmärkning är att såväl lagtext som tillhörande författningskommentarer i den kommande propositionen som regel bör vara så lika direktivet som möjligt. Sverige bör hålla sig till en implementering som är nära det av EU beslutade direktivet och dess bestämmelser. Det minskar behovet av framtida prövningar i EU-domstolen och gör det lättare för internationella aktörer att förstå reglerna. Dessutom är det viktigt för att nå direktivets syfte – att underlätta klarering av den nya rättigheten som även kan förväntas bli gränsöverskridande på detta område och då är det olämpligt om Sverige avviker från andra länder vid sin implementering. Lagstiftaren bör härvid vara försiktig med uttalanden och avgränsningar i kommande lagtext och proposition som kan visa sig vara oförenliga med framtida prövningar av den nya rättigheten.

Att Sveriges Tidskrifter valt att inte beröra andra delar av innehållet i promemorian ska inte tolkas som att organisationen ställer sig bakom vad som där anförs.

Angående genomförandet av artikel 5 (13 §)

Sveriges Tidskrifter avstyrker den del av förslaget som utökar inskränkningen till att omfatta mer än vad direktivet kräver. Ett mer konsekvent införande av artikel 5 vore att begränsa den nya inskränkningen till det som måste implementeras samt att införa den till rätt till kompensation som direktivet ger möjlighet till. Den föreslagna ordningen riskerar att urvattna det i dag väl fungerande systemet med avtal med avtalslicensverkan eftersom visst material skulle kunna nyttjas utan ersättning, något som kan upplevas mer attraktivt för användaren än att betala för en licens, vilket avsevärt försvårar möjligheten att ingå avtal där rättsinnehavare får ersättning för den användning som sker.

Angående genomförandet av artikel 15 (48 b-d §§)

Sveriges Tidskrifter välkomnar det erkännande och främjande av tidskriftsutgivarnas organisatoriska och finansiella bidrag till produktion av presspublikationer som rättigheten i artikel 15 syftar till. Införandet av rättigheten bedöms av Sveriges Tidskrifter ha stor betydelse för såväl tidskriftsutgivarnas möjligheter att i praktiken kunna beivra intrång, som möjligheterna att licensiera innehåll till aktuella aktörer som träffas av den nya rättigheten. Detta bidrar i sin tur till bättre rättslig förutsebarhet och en bättre konkurrenssituation i den digitala miljön mellan de tjänsteleverantörer som betalar för sin användning av innehåll och de som inte gör det, samtidigt som den enskilde användarens intressen tillvaratas.

Den nya utgivarätten som följer av artikel 15 utgör ett *komplement* till de rättigheter som utgivare må ha genom förvärv av rättigheter från rättighetsinnehavare till de underliggande rättigheter som en presspublikation består av. Den nya tillkommande rättigheten är helt fristående från den underliggande rättigheten. Detta är även så den är konstruerad enligt det lämnade förslaget i promemorian.

Definitionen av presspublikation enligt 48 c §

Begreppet "presspublikation" i direktivet omfattar alla typer av medieformer och typer av tidskrifter oavsett typ och innehåll. Sveriges Tidskrifter delar således bedömningen på sida 113 i promemorian att det står klart att alla typer av tidskrifter omfattas av definitionen av presspublikationer (förutom de typer av presspublikationer som uttryckligen undantas dvs. tidskrifter som publiceras i uteslutande vetenskapliga eller akademiska ändamål). Det bör klargöras att undantaget inte här omfattar populärvetenskapliga tidskrifter som i specialtidskrifter redovisar vetenskapliga upptäckter. Detta innefattar även sådana tidskrifter som endast marknadsförs online via webbplatser eller annat nu eller i framtiden existerande media.

I begreppets innebörd innefattas exempelvis presspublikationer som utges av fackliga organisationer och andra organisationer vilka är exempel på utgivare som ger ut presspublikationer som ska innefattas av den nya närstående rättigheten. Det följer i och för sig redan av definitionen att denna typ av publikationer omfattas av begreppet och det tilltänkta skyddet för presspublikationer i allmänhet.

Det har således inte någon betydelse vilken typ av associationsform som utgivaren bedriver sin verksamhet i. Något krav på vinstintresse eller annan typ av kommersiellt syfte uppställs inte heller. Detta är något som redan får anses följa av uttalandena i promemorian och nuvarande lagtextförslag, men bör dock ändå framhållas särskilt i författningskommentaren i den kommande propositionen av pedagogiska skäl.

Av begreppet "presspublikation" följer att innehållet kan bestå av annat än litterära verk, såsom exempelvis audiovisuella verk och fotografier, som då utgör en del av den aktuella presspublikationen.

I den kommande propositionen bör inte användning av uttryck som "dominerande" eller motsvarande förstärkningsord användas eftersom detta inte kan anses följa av direktivets innebörd och riskerar att färga tolkningen av den implementerade definitionen i direktivets artikel 2.4. Detta särskilt mot bakgrund av vad som anges i skäl 56 där det uttalas att presspublikationer i allt större utsträckning innehåller annat än text, särskilt fotografier och videor. Något krav på dominerande inslag i presspublikationen som helhet ska således inte intolkas.

Vad skyddas av den nya rättigheten enligt 49 b §?

I skäl 57 i upphovsrättsdirektivet anges att "De rättigheter som tillkommer utgivare för presspublikationer enligt detta direktiv bör ha samma räckvidd som de rättigheter till mångfaldigande och tillgängliggörande för allmänheten som anges i direktiv 2001/29/EG [infosocdirektivet], i den mån det rör sig om onlineanvändning av informationssamhällets tjänsteleverantörer."

Avseende frågan om vad för typ av förfoganden i form av exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten som omfattas av den nya rättigheten, står det klart att begreppet innefattar all form av upphovsrättsligt relevant användning som sker på eller via internet. Begreppet "internet" är dock inte i alla delar klart till sin innebörd. Det ska härvid framhållas att onlineanvändning även omfattar all annan typ av digital användning, exempelvis olika typer av intranätlösningar eller olika

typer av digitala kommunikationslösningar som existerar nu och i framtiden och som kan komma att ligga utanför den direkta innebörden av begreppet "internet".

Begreppet onlineanvändning utgör ett mer omfattande begrepp än "internet". Begreppet, som även avgör utgivarrättens närmare avgränsning, kommer dessutom få en enhetlig tolkning inom hela EU. Således bör begreppet onlineanvändning användas i lagtexten i stället för den i promemorian föreslagna begränsningen till "internet" (vilket i och för sig omfattar även all typ av internetanvändning). Den bestämmelse som slutligen utformas behöver åtminstone utformas för att ta höjd för de olika tolkningarna i frågan så att inte implementeringen risker att avgränsas i Sverige. "Onlineanvändning" är heller inte kopplat till någon särskild affärsmodell eller typ av användning

Sveriges Tidskrifter delar promemorians på sida 114 redovisade inställning att utgivarbegreppet i den nya utgivarrättens legala kontext, har en annan innebörd än den som regleras i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Sveriges Tidskrifter delar även uppfattningen att det framstår som lämpligt att det i den svenska lagen inte införs någon egen definition av vad utgivare utgörs av i detta sammanhang.

Sveriges Tidskrifter anser däremot att ståndpunkten, såsom den är redovisad i promemorian på sida 272 ff. – att ensamrätten bara skulle omfatta ett förfogande av publikationen i sig – är felaktig. Skyddet för presspublikationer enligt den nya rättigheten avser även innehållet som sådant, på samma sätt som är fallet för ordinär upphovsrätt.

Innehållet i den närstående rättigheten och den avsedda effekten med införandet av den nya närstående rättigheten skulle annars riskera att reduceras, då det skulle föreligga en risk för att det snabbt skulle tillskapas en teknisk lösning som skulle kunna leda till en återanvändning online av innehåll i presspublikationen utanför ensamrättens räckvidd. Skyddsobjektet är följaktligen även publikationens innehåll i sig, och inte bara publikationen som sådan. Här är det en praktisk skillnad mellan exempelvis film och presspublikationer. Bestämmelsen syftar till att reglera den återanvändning av presspublikationen som sker när det sker på ett upphovsrättsligt relevant sätt online av de aktörer som träffas av regleringen.

Den nya rättigheten kan lämpligen ringas in på samma sätt som gäller för övrig upphovsrätt - där det konkreta innehållet samt publikationen som sådan tas som bas. Det är det konkreta innehållet som utgör basen för den investering som har gjorts i presspublikationen och överförs till annan onlineanvändning av en sådan aktör som träffas av rättigheten.

En annan sak är att den upphovsrättsliga ensamrätten inte omfattar exempelvis rena faktauppgifter enligt vad som följer av såväl skälen för direktivet som allmänt vedertagna upphovsrättsliga grundprinciper.

I normalfallet kommer det finnas två parallella rättigheter, dels den närstående rättigheten, dels den underliggande rättigheten. I denna del kommer cirklarna inte vara helt överlappande då avgränsningen i den närstående rättigheten följer av inskränkningen och ensamrättens omfattning samtidigt som den underliggande

rättigheten har ett delvis annat innehåll. Att det föreligger flera parallella rättigheter för samma prestation är frekvent förekommande i den upphovsrättsliga kontexten. Ett inspelat och utgivet musikverk består exempelvis av flera parallella rättigheter som är fristående från varandra och som behöver licensieras var för sig om användning sker exempelvis online.

Artikel 15.2 ska endast ses som förtydliganden av vad ensamrätten (inte) omfattar. Beskrivningen i promemorian är därmed inte riktig och rättvisande. Det som anges i andra stycket syftar endast till att klargöra att de rättigheter som tillkommer upphovsmän och andra rättighetsinnehavare till verk och andra alster som ingår i en presspublikation inte försämras i och med införandet av den nya rätten. Det vill säga att den närstående rättigheten inte innebär en positiv rättighet för utgivaren att förfoga över presspublikationen utan att förvärva/licensiera nödvändiga rättigheter från olika rättighetsinnehavare. Dessa, underliggande rättigheter till den egentliga upphovsrätten, ska inhämtas såsom de alltid har gjorts. För att göra en liknelse: den omständighet att en filmproducent har en fristående oberoende närstående rättighet påverkar inte dennes behov av att på ett adekvat sätt genom avtal och andra åtgärder inhämta nödvändiga rättigheter från förekommande rättighetsinnehavare. Dessa är i många delar parallella med likväl separata rättigheter. Detsamma gäller för den genom direktivet nya rättigheten.

Rättighetsinnehavarnas möjlighet att förfoga över sina verk och prestationer styrs således på båda sidor av de överenskommelser som har träffats. Detta ligger i linje med det som anförs i sista meningen på sida 24 i promemorian, dvs att denna endast är ett resultat av att EU-lagstiftaren tydligt sökt säkerställa att den nya ensamrätten inte ska inkräkta på redan gällande rättigheter för de som bidragit till innehållet. De underliggande rättigheterna till enskilda prestationer påverkas inte av införandet av den nya närstående rättigheten.

Under alla omständigheter bör Sverige avhålla sig från att avgränsa lagtexten och lämna kategoriska författningskommentarer på ett sådant sätt som inte möjliggör direktivkonform tolkning. Mot bakgrund av att ensamrättens närmare avgränsningar kommer avgöras genom unionsrätten bör Sverige i denna del implementera rättigheten närmare direktivets ordalydelse. Den svenske lagstiftaren pekar på att det finns möjliga tolkningar av direktivet vad avser artikel 15 som är helt oförenligt med det förslag som lagts. Detta förhållande bör i möjligaste mån undvikas. Detta särskilt som implementeringen i detta fall riskerar att förta utgivarna en del av det skydd som de tillerkänts genom direktivet.

Närmare om undantagen från ensamrätten

Det är inte korrekt att tolka in att ensamrätten enligt artikel 15 skulle förstås som att den endast omfattar en användning i vinstsyfte. Regleringen i andra stycket syftar inte till att omfatta användning av leverantörer av informationssamhällets tjänster. En annan sak är att en fysisk person normalt inte kan komma att omfattas av definitionen av "leverantörer av informationssamhällets tjänster". Låt vara att det teoretiskt skulle kunna uppstå en situation där en verksamhet som bedrivs i en enskild firma vore att definiera som en sådan aktör. Då rör det sig dock per definition inte en privat användning. Med enskild användare kan juridisk person inte avses.

Inskränkningen innebär således ingen annan avgränsning än den som redan följer av första stycket, dvs. att den nya rättigheten endast kan göras gällande gentemot leverantörer av informationssamhällets tjänster och därmed inte träffa enskilda fysiska personers privata onlineanvändning av presspublikationer, till exempel på sociala media.

Regleringen i tredje stycket i direktivet implementerad genom 48 b § URL andra stycket andra punkten, klargör att ensamrätten i likhet med övrig upphovsrätt inte hindrar hyperlänkingsåtgärd. I denna del ska ensamrättens innehåll och synen på förfogandeformerna och hur dessa ska uttolkas följa samma principer som för andra upphovsrättigheter.

Sveriges Tidskrifter anser att implementeringen av "enskilda ord i, eller mycket korta utdrag ur" ska införlivas enligt direktivets ordalydelse och således inte endast genom användningen av "mycket korta utdrag". Detta då begreppet "enskilda ord i, eller mycket korta utdrag ur" kommer att bli föremål för tolkning inom EU-rätten och ett borttagande av momentet "enskilda ord i" skulle riskera att få betydelse för tolkningen av den svenska lagtexten, bör direktivtexten i sin helhet införlivas i den svenska lagtexten.

Detta särskilt som ståndpunkten som är redovisad i promemorian inte entydigt framgår av direktivet, utan att det tvärt om finns skäl att läsa texten i sitt sammanhang. Användandet av utdrag från en presspublikation som inte är text (ord), till exempel foton, omfattas inte av fjärde stycket i direktivet. Begreppet "enskilda ord i, eller mycket korta utdrag ur" ska nämligen läsas som en enhet. Bilder omfattas således exempelvis inte av den aktuella inskränkningen.

Inskränkningens närmare innebörd bör därmed överlämnas till EU:s rättstillämpning (EU-domstolen). Begreppet kan inte bli föremål för enskild, avvikande, nationell implementering eller rättspraxis och bör således inte implementeras med en annan ordalydelse.

I enlighet med vad som konstateras på sida 120 i promemorian, ska den närstående rättigheten inte vara beroende av att utdraget uppnår någon originalitet, såsom gäller för upphovsrättsligt skyddade verk.

Skyddstid

Det är ett korrekt ställningstagande i promemorians sida 122 att beräkna skyddstiden utifrån det enskilda bidragets, exempelvis en underliggande enskild artikel, tidpunkt för tillgängliggörande.

Relationen mellan artikel 15 och artikel 17

Syftet med artikel 17 är att främja utvecklingen av licensmarknaden mellan rättsinnehavare och tjänsteleverantörer. För rättsinnehavarna kommer den nya lagstiftningen vara central under lång tid framöver. Det är därför viktigt att vi får på plats regelverk som är framtidssäkrade, teknikneutrala och kan tillämpas för de tjänster som kommer att växa fram under de närmaste 20-30 åren.

Allt fler företag har upphovsrätten/närstående rättigheter som affärsmodell och skyddet för sådana rättigheter blir allt viktigare. Det är idag omöjligt att veta hur rättighetsmarknaden kommer se ut framöver och vilka affärsmodeller som kommer att dominera i framtiden.

Såväl inom som utanför området för den nya rättigheten för presspublikationer, kommer delningstjänster att kunna utgöra en viktig del av innehållsmarknaden. Det är därför centralt att regelverket verkligen träffar de befintliga eller kommande tjänster som tjänar pengar på innehållsdistribution. En reglering där endast de största, globala tjänsterna skulle träffas skulle därför strida mot syftet med regleringen. Sådana skrivningar bör därför inte finnas med i en kommande proposition.

Det följer av direktivet att den nya utgivarrätten ska behandlas på samma sätt som för andra rättighetsinnehavare. I direktivets punkt 17.1 första stycket föreskrivs bl.a. att medlemsstaterna ska föreskriva att en onlineleverantör av delningstjänster för innehåll vid tillämpningen av detta direktiv vidtar en åtgärd som innebär en överföring till eller ett tillgängliggörande för allmänheten när den ger allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som har laddats upp av användarna. I den engelska versionen används det mer generella uttrycket "other protected subject matters". Detta refererar till närstående rättigheter. Det saknas skäl att särbehandla svenska tidskrifter jämfört med övriga rättighetsinnehavare, särskilt andra närstående rättigheter.

Redan genom den generella hänvisning som refereras till ovan får den nya utgivarrätten anses omfattas av hänvisningen. Detta särskilt som just utgivarrätten genom art 15 nu har fått ett harmoniserat upphovsrättsligt skydd inom EU och även enligt lagförslaget placerats som en närstående rättighet. Varken katalogskyddet eller fotografirätten träffas av Infosoc-direktivet. Andra stycket ska härvid således inte uppfattas som en begränsning av tillämpningsområdet för artikel 17. Avgränsningen kan inte bli föremål för enskild, avvikande, nationell implementering eller rättspraxis och bör således inte implementeras med en annan ordalydelse än den som framgår av första stycket. Lagtexten bör således justeras i enlighet härmed. Promemorians kategoriska ställningstagande i denna del riskerar att göra det omöjligt att anpassa den svenska lagen till det faktum att det finns en sådan koppling. Redan det faktumet att det skett en avvikande implementering i det redan antagna danska lagförslaget talar starkt för att det ska ske en justering.

I departementets förslag omfattas inte livesändningar av de nya ansvarsreglerna. Detta trots att livesändningar fyller en allt viktigare roll på innehållsmarknaden och inte bör särregleras. I den politiska processen kring artikel 17 behandlades inte heller livesändningar som en särskild innehållskategori varför det är svårt att förstå varför livesändningar hamnar utanför departementets förslag till reglering. Enligt Sveriges Tidskrifters behöver denna kategori av innehåll omfattas av regelverket. Det föreligger annars en risk att delningstjänster förändrar sina affärsmodeller och försöker använda kryphål i lagen för att undvika ansvar och att ge ersättning till rättighetshavare. Bland Sveriges Tidskrifters medlemmar ökar sändningar och tillgängliggörandet av livesport med mera och är redan idag en viktig och uppskattad

tjänst för prenumeranter hos de olika mediehusen. Dessa initiativ kan vara i farozonen om rätten till ersättning uteblir eller att delningstjänsterna kan sprida materialet utan ansvar.

Sveriges Tidskrifter anser att departementets tolkning av "laddats upp" och kravet på "lagring" kan strida mot direktivets ordalydelse och syfte samt mot upphovsmannens rättigheter enligt Infosoc-direktivets artikel 3.1. Regeringen bör därför tydliggöra att livesändningar också omfattas av bestämmelserna.

Åtminstone bör lagtexten öppna upp för en lagtolkning i ljuset av EU-rätten och inte genom dess utformning förhindra en direktivkonform tolkning av denna koppling om – vilket är Sveriges Tidskrifters ståndpunkt – departementets tolkning av direktivet i denna del vid en rättslig prövning i EU-domstolen skulle visa sig vara felaktig. Sveriges Tidskrifter menar också att departementets förslag innebär att kraven på delningstjänsterna att skaffa licenser eller få bort och hålla oklarerat innehåll i form av just presspublikationer borta skulle bedömas som mindre långtgående i Sverige än i exempelvis Danmark. Den bestämmelse som slutligen utformas behöver därför åtminstone utformas för att ta höjd för de olika tolkningarna i frågan.

Sveriges Tidskrifter menar vidare också att departementets förslag riskerar att ge intrycket av att kraven på delningstjänsterna att skaffa licenser eller få bort och hålla oklarerat innehåll borta skulle bedömas som mindre långtgående i Sverige än i övriga medlemsstater. En terminologi som avviker från direktivets i detta avseende ("göra vad som skäligen kan krävas") riskerar att hämma reglernas genomslag då mer harmoniserade regler underlättar tillämpningen och ökar förutsägbarheten. Det nuvarande förslaget skulle också kunna öka risken för framtida prövningar i EU-domstolen.

En övervägande majoritet av medlemsstater genomför just nu en renare implementering av artikel 17, med lagtext som ligger närmare artikeltexten. Sveriges Tidskrifter förordar därför en reglering som tydligt anger att inte bara de största, globala tjänsterna ska omfattas och där lagtexten ligger närmare de bakomliggande artikeltexterna inklusive att även den nya utgivarrätten innefattas av de nya bestämmelserna som implementerar artikel 17.

Hur bör upphovsmännens rätt till ersättning administreras eller förvaltas?

Det bör lämpligen införas en ny avtalslicensbestämmelse i Sverige som möjliggör en kollektiv licensiering med utsträckt verkan av utgivarnas presspublikationer, som omfattar förfoganden inom ramen för den nya närstående rättigheten.

En sådan rättighet ska avlösas självständigt av utgivarna. Detta skulle underlätta en effektiv licensiering specifikt fokuserad på den nya utgivarrätten som till sin natur är sådan att kollektiva licenser med avtalslicensverkan är nödvändiga och effektiva då det är en stor mängd utnyttjanden som ska licensieras på ett sätt som gör att användarna får tillgång till innehåll, särskilt som det är specifikt de inkomster som utmynnar från denna rättighet som de ursprungliga

upphovsmännen ska få en lämplig andel av. Detta skulle minska trycket från motparterna till utgivarna att kräva att andra rättigheter än specifikt de rättigheter som följer av artikel 15 skulle innefattas och för att kunna hålla isär olika produkter, erbjudanden och paket vid förhandlingar. Det finns indikationer från andra marknader att leverantörer av informationssamhällets tjänster i förhandlingar kräver att det förs in andra tjänster vilket kraftigt försvårar värdering samt också riskerar att försvaga den nya rättigheten. Detta skulle i sin tur avsevärt försvåra en effektiv och adekvat utformad licens.

Sveriges Tidskrifter tillstyrker förslaget i promemorian på obligatorisk kollektiv rättighetsförvaltning för ersättningen till de ursprungliga upphovsmännen enligt den modell som följer av förslaget till ny 48 d § URL.

Sveriges Tidskrifters synpunkter på genomförande av artiklarna 18–23

Inledningsvis ska framhållas att förhållandena inom tidskriftsområdet och de villkor som gäller för inhämtande av samtycke/övergång av rättigheter i uppdrags- och anställningsförhållanden inte gör det motiverat för lagstiftaren att ingripa med regler som påverkar den grundläggande avtalsfriheten som är en grundläggande princip i såväl svensk kontraktsrätt som inom det upphovsrättsliga området (med vissa specifika väldefinierade undantag rörande ideell rätt).

Såväl kollektivavtalsbindning som individuella avtal bygger på att parterna efter eget bestämmande genomför en fri förhandling om villkor och förutsättningar för uppdraget/ansättningen. I annat fall saknas den förutsägbarhet som krävs för att kunna bedriva verksamhet. Det är även en förutsättning att enskilda tidskriftsföretag i allt väsentligt ska kunna avgöra vilken ersättning som ska utgå för prestationen redan vid avtalslutet. Idag utgår adekvata ersättningar till de som är med och bidrar till innehållet i tidskrifterna. Om förhållandena vid avtalstidpunkten eller därefter skulle visa sig leda till orimliga ersättningar med hänsyn till samtliga omständigheter bör det dock finnas generella möjligheter att jämka ett sådant villkor så att adekvat ersättning utgår.

Att införa detta regelverk även inom områden där rättigheter övergår genom anställningsförhållanden där lön får anses utgöra avlösning för rättigheter framstår som olämpligt. Detta särskilt inom kollektivavtalade områden. Det bör därför återfinnas ett generellt undantag att denna princip och regelverket rörande upphovsrätt och avtal inte ska gälla anställningsavtal.

Detta särskilt mot bakgrund av att direktivet i denna del tar sikte på "exploitation contracts" som får anses syfta till att omfatta andra kontraktstyper än primärt anställningsavtal. Tvärt om syftar avtalet när verks prestationer upplåts genom separata licensavtal och motsvarande i en kommersiell situation där upphovsmannens ersättning är beroende av omfattningen av utnyttjandet.

Direktivet träffar inte avtal med retroaktiv effekt

Det följer enligt Sveriges Tidskrifter tydligt att eventuellt krav endast ska tillämpas på avtal som ingås efter lagens ikraftträdande. I annat fall skulle redan ingångna avtal och förutsättningarna för avtalsvillkor (innefattande viljan att ge viss ersättning, sekretessåtaganden, m.m.) inte kunnat ha speglat det nya regelverket. Det är även så att många rättighetsavtal har varit tillämpliga under lång tid och där mediehusen är beroende av nyttjanderätten för sådant material som har avtalats om historiskt.

Enligt Sveriges Tidskrifter följer det av direktivets ordalydelse att reglerna inte ska tillämpas på avtal ingångna historiskt (jmf artikel 26.2). Det finns ingen annan möjlig tolkning av direktivets regleringar och en annan tolkning skulle på ett inadekvat sätt ändra förutsättningarna för sedan tidigare ingångna avtal och de följdavtal som ofta tecknas med andra aktörer med anledning av ett underliggande rättighetsavtal. Baserat på ett underliggande rättighetsavtal med enskild upphovsman så ingås nämligen över tid i många fall en stor mängd avtal som delvis baserar sig på det underliggande avtalet. En förändring i ett underliggande avtal kan således få effekter på ett stort antal andra avtal. Således skulle en sådan ordning leda till mycket stora administrativa kostnader och i många fall vara omöjligt att upprätthålla utan att begå avtalsbrott. Därmed framstår en sådan lösning som utesluten även från ett praktiskt perspektiv. Detta bör även innefatta bestämmelsen i den förslagna regleringen i 29 § andra stycket. Marknaden på många områden – inbegripet tidskriftsbranschen – har i mycket stor utsträckning ändrat sig det senaste decenniet. Något skyddsintresse föreligger inte då gällande rätt redan inbegriper 36 § AvtL

Fotografisk bild

Sveriges Tidskrifter anser att det inte är motiverat att fotografiska bilder omfattas av eventuella nytilkomna lagregler i anledning av implementeringen av direktivet. Skyddet är redan idag för en fotografisk bild – som kan vara tagen av vem som helst och utan vare sig investeringar eller konstnärlig ambition – omfattande.

Det är inte rimligt att härvid likställa dessa typer av prestationer med verk generellt i den mån den fotografiska bilden inte utgör ett fotografiskt verk. Att den bedömningen behöver göras i varje enskilt fall är något som gäller för varje verkstyp. Att det kan vara svårt att i vissa fall fastställa ett verks rättsliga status ligger i upphovsrättens natur och är inget specifikt för fotografisk bild. Dessa gränsdragningsfrågor kan således inte motivera att fotografisk bild innefattas i detta. Vidare är det ofta uppenbart att en enskild fotografisk bild inte utgör ett verk. Således ska inte heller i detta avseende gränsdragningsfrågorna överdrivas. Att undanta denna kategori skulle inte heller leda till någon systematisk problematik i lagstiftningshänseende då dessa regler likväl ändå görs genom hänvisning i dagsläget.

Upphovsmannens rätt till ersättning enligt förslagen i 29 § URL

Principen om lämplig och proportionerlig ersättning enligt 29 § första stycket

Vad avser ersättningens storlek och vad som kan vara "lämplig och proportionerlig" är inte något som är lämpligt eller möjligt att fastställa i lag. Att införa ytterligare ett

"arvodessnivåbegrepp" skulle leda till ytterligare rättslig "oreda" och inte heller leda till någon ytterligare klarhet och förutsägbarhet.

Grunden bör vara full avtalsfrihet mellan parterna. Vad som är en korrekt ersättning är inte möjligt att förutbestämma och grunden måste vara att avtal ska hållas. Detta är det som skapar förutsägbarhet och möjligheten att på ett adekvat sätt fördela risk och intresse inför en transaktion. På denna punkt ska inte avtalsfriheten begränsas. Det är inte heller en form av ersättningsregel då även direktivet klargör att gratislicenser är en företeelse som alltså är fullt tillåten (skäl 82). Det är i stället fråga om en skälighetsregel motsvarande den som finns i 36 § AvtL som avses.

Någon skyldighet att införa en regel motsvarande den som nu föreslås föreligger inte. Det är som sagt inte heller ändamålsenligt. Sveriges Tidskrifter vidhåller att det saknas skäl att tillföra ytterligare svensk lagstiftning med anledning av implementeringen av artikel 18.

Av skäl 73 framgår att medlemsstaterna är fria att tillämpa principen om lämplig och proportionerlig ersättning genom olika existerande eller nya mekanismer, *till exempel kollektivavtalsförhandlingar* och andra mekanismer.

Under alla omständigheter måste ersättning enligt kollektivt förhandlade avtal alltid bedömas vara lämpliga och proportionerliga. Det saknas alla skäl att, på basis av en nytillkommen regel, inte ens kunna förlita sig på att kollektivavtalade löner och ersättningar skulle vara "lämpliga och proportionerliga". Det finns utrymme att införa en sådan föreskrift i samband med den svenska implementeringen. Inget hindrar således Sverige från att införa en uttrycklig reglering i denna bestämmelse som innebär att ersättning enligt kollektivt förhandlade avtal per se anses vara lämpliga och proportionerliga genom att helt undanta tillämpligheten av den aktuella regeln i sådana fall ersättningen följer av ett kollektivt förhandlat avtal oavsett om det är fråga om ett kollektivavtal eller annat kollektivt förhandlat ramavtal som överlåtelseavtalet ifråga träffas av.

Regelverket träffar endast överlåtelser direkt från upphovsmän. I ingen del ska denna eller andra bestämmelser kunna åberopas av arvingar eller andra aktörer som må ha förvärvat aktuella rättigheter. Sådana skrivningar som framgår på sida 183 i promemorian bör därför inte finnas med i en kommande proposition.

Tanken på en objektiv nivå som skulle vara "korrekt" är därtill en teoretisk tankemodell som endast är lämplig vid fastställande av skälig ersättning i en intrångssituation. Den utgör dock inte en adekvat metodik när ersättning ska fastställas inomkontraktuellt i förväg. Avtalsfriheten som grund måste här vara utgångspunkten och få ett helt avgörande utslag (även om kontrakt av oskälighet (jmf 36 § AvtL) ska kunna jämkas om de är oskäliga).

Om det likväl ska införas en regel av denna art bör åtminstone inte begreppet "skälig ersättning" användas. Detta eftersom det begreppet skulle riskera att indikera att ersättningen skulle fastställas på motsvarande sätt som sker vid tillämpningen av 54 § URL och det kan inte vara riktigt. När ersättning enligt 54 § URL ska fastställas kommer parterna fram till ett objektiva marknadspris. Direktivet föreskriver inte att samtliga upphovsmän i alla fall ska "garanteras" ett marknadspris fastställt på det objektiva sätt som Högsta domstolen i rättsfallet NJA 2019 s. 3 har uttolkat 54 § URL. Detta skulle slå ut den avtalsfrihet som gäller på marknaden och är även

oförenlig med de resonemang som förs i promemorian i övrigt. Denna aspekt beaktas inte i de resonemang som förs på sida 192 i promemorian.

Sveriges Tidskrifter delar dock promemorians uppfattning om att engångsersättningar ska anses skäliga i situationer där upphovsmannens bidrag till den helhet där hans eller hennes verk prestation ingår är begränsad. Ett typexempel på detta torde vara en enskild artikel i en tidskrift. Som framgår av skäl 73 har medlemsstat rätt att fastställa regler för när engångsbelopp får användas, med beaktande av särdragen i varje sektor. Det bör genom tydliga förarbetsuttalanden anges att engångsersättning i tidskriftsbranschen utgör ett sådant exempel.

Avtalsanpassningsmekanismen enligt 29 § andra stycket

Sveriges Tidskrifter vidhåller att svensk rätt idag redan är förenligt med villkoren i artikel 20.

Med tillämpning av 36 § AvtL finns det redan idag en möjlighet att justera ett ingånget avtal genom exempelvis ökad ersättning om ersättningsnivån, med beaktande av alla omständigheter, skulle bedömas vara oskälig. På detta sätt så återfinns redan i svensk lagstiftning en prisjusteringsmekanism. Det är tydligt i förarbetena till 36 § AvtL att ett oproportionerligt lågt arvode leder till jämningsmöjligheter för den enskilde upphovsmannen. Detta avser även efterföljande omständigheter vilket gör att även det som framgår av artikel 20, i sin helhet omfattas av det tillämpningsområde som 36 § AvtL redan anger.

Någon möjlighet att avtala bort tillämpligheten av 36 § AvtL existerar inte heller enligt svensk rätt. Därmed så är regeln även i detta avseende väl i linje med vad direktivet anger för skydds nivå mot avtal som har en orimlig balans mellan parternas intressen med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och branschspecifika förutsättningar och ger långtgående möjligheter att korrigera avtal som kan konstateras ha en obalans vad ersättningsvillkoren.

I beaktandesats 73 poängteras särskilt att medlemsstaterna fritt kan behålla sitt existerande regelverk för upprätthållandet av det aktuella syftet. Härvid bör framhållas att 36 § AvtL även ger en möjlighet för en domstol att beakta och genomföra en prövning i ljuset av EU-rätten och den praxis som kan komma från EU-domstolen i anledning av aktuella artiklar. Det finns ingen reglering i nuvarande 36 § AvtL som skulle riskera att begränsa en domstols möjlighet att pröva ärendet direktivkonformt utifrån eventuellt tillkommande framtida bedömningsprinciper.

Om en jämningsregel trots allt införs ska den ensamt reglera jämkning av ersättningsvillkor. I sådant fall så ska även det införas en regel som beaktar kravet på att det ska vara fråga om jämkning i kvalificerade fall. Det är olämpligt med parallella jämningsregler. Detta skulle endast leda till ytterligare sämre förutsägbarhet. Dessutom är artikel 20 mer avgränsad än vad 36 § AvtL är. Notera även att ett förvärv av upphovsrätt i normalfallet helt ligger på förvärvarens risk. Skulle det förvärvet av enskilt verk inte bli kommersiellt bärkraftigt (vilken inte sällan är fallet) är det inte så att upphovsmannen belastas med återbetalningsskyldighet.

I de flesta branscher – inklusive tidskriftsbranschen – önskar inte enskild upphovsman ta någon kommersiell risk utan önskar betalt för utfört arbete. I sådant fall kanske endast en liten andel av förvärven skulle anses bli kommersiellt fördelaktiga. Denna logik gäller generellt. Därför kan en felaktigt utformad jämningsregel få effekten att primärarvodena sänks för alla för att ge utrymme för

eventuella merkostnader vid jämkning. Detta kommer drabba upphovsmannakollektivet. Särskilt hårt drabbas självklart de skribenter som inte har hunnit etablera sig på marknaden, vilka riskerar att få vidkännas lägre arvoden.

Någon retroaktiv effekt bör inte ges till den aktuella ersättningsrätten. Skäl härför har redovisats ovan.

Upphovsmannens rätt till information enligt 29 a-c §§ (art 19)

Presspublikationer består av ett större antal artiklar, redaktionellt material och bilder med tillhörande urval och layout som utgör en helhet. Den kommersiella och innehållsmässiga styrkan ligger inte i de enskilda bidraget utan den totala presspublikationen. Pressutgivarnas totala investering och risktagande måste beaktas i hela den process som slutligen utmynnar i presspublikationer och inte bara intäkter och kostnader för en enstaka artikel eller bild.

Direktivet ger utrymme för medlemsstaterna att göra generella inskränkningar i skyldigheten att utlämna aktuell information med hänsyn till de särskilda förhållandena i varje sektor.

Engångsersättning är den enda relevanta ersättningsmodellen för samtliga parter när det kommer till förvärv av upphovsrättsligt skyddade verk för utnyttjande i presspublikation. Rörliga royaltyersättningar förekommer inte inom tidskriftsområdet. Detta gäller i synnerhet på tidskriftsområdet, där ett enskilt verk – en enstaka artikel – exempelvis i sig typiskt sett inte leder till någon identifierbar intäcksström. Ersättningsstrukturerna är inte heller anpassade för successiva betalningar. Inom tidskriftsområdet behöver således inte upphovsmannen informationen för att kunna bedöma värdet av en prestation.

Antalet artiklar och enskilda fotografiska bilder från ett väldigt stort antal enskilda individer gör att ett rapporteringskrav snabbt skulle bli helt ohanterligt och mycket kostnadsdrivande. Till saken hör att det inom tidskriftsområdet idag inte existerar några användbara verksregister eller rapportering kring intäkter kopplade till enskilda verk. Sådana nya pålagor skulle obönhörligen leda till sänkningar av ursprungsarvodena för enskilda aktörer då extra kostnader för detta leder till behov av att vältra över desamma på upphovsmännen som kollektiv (vilket i sin tur skulle leda till en ökad risk för att enskilda upphovsmän skulle få en ökad riskexponering). Den generella informationsplikten bör därmed redan av dessa skäl helt undantas från tillämpning inom tidskriftsområdet.

Direktivet syftar uppenbart istället på situationer där prestation och slutprodukter har en tydlig och direkt koppling till intäcksströmmar. Så ser situationen dock inte alls ut inom tidskriftsområdet. Intäkter i form av exempelvis prenumerationsintäkter, upplåtande av annonsutrymme och andra typer av intäcksdrivande affärssamarbeten (anordnande av event exempelvis) saknar koppling till en enskild individs prestationer i form av enskilda verksbidrag.

Det bör i det kommande lagförslaget åtminstone klargöras att 29 a § punkten 1 i första stycket avser relevanta intäkter kopplade till verket som sådant avses, inte intäkter av den produkt/tjänst/sammanhang som verket må vara en liten del av för att någon informationsskyldighet överhuvudtaget ska aktualiseras.

Det är exempelvis inte möjligt att identifiera en enskild artikels betydelse för ett tidskriftsföretags intäkter. Till skillnad från bokförlagsbranschen förekommer nämligen i princip inte upplagebaserad ersättning. Någon ersättning enligt en royaltymodell förekommer inte heller det inom tidskriftsområdet. I stället är ersättningen normalt baserad på en uppskattad tidsåtgång för ett visst frilansuppdrag eller månadslön för anställda journalister. Det skulle leda till en betydande administrativ börda att närmare redogöra för information om verksamheten och inte heller vara en relevant spegling av hur arvode sätts inom tidskriftsområdet. Vid en situation för anställda och även vid kollektivavtal saknas ytterligare skäl att låta detta regelverk påverka överhuvudtaget, då intressebalansen under alla omständigheter redan råder.

Såsom 29 a § första stycket är utformat synes detta inte heller vara syftet med regeln då en sådan informationsplikt hade varit omöjlig att uppfylla redan av det skälet att intäkterna från nyttjandet av verket inte kan härledas. Endast när nyttjandet av ett enskilt verk de facto leder till en identifierbar intäkt så kan den uppfyllas. Denna avgränsning är således korrekt. Här bör det i den kommande propositionen kunna återfinnas som ett exempel på situation där informationsplikt inte förekommer. Sådana situationer ska därmed inte träffas av informationsskyldigheten i den kommande 29 a §.

En enskild artikel är typiskt sett aldrig en betydande del av presspublikationen som helhet. Således utgör just tidskriftsområdet ett exempel på när transparensreglerna enligt direktivet inte ska tillämpas. Särskilt med hänsyn till existerande ersättningsstrukturer och hur intäktsströmmar går i branschen. Vidare kan det vara så att den som bidrar till en redaktionell text även har ett källskydd som måste respekteras enligt grundlagarna.

Sveriges Tidskrifter ställer sig positiv till att det införs en generell begränsningsregel som begränsar rapporteringsskyldigheten i de fall den blir oproportionerlig i relation till de intäkter en enskild prestation genererar. Att en tidskrift exempelvis efter avtal om enskild artikel mot ett fast arvode årligen under hela rättighetens löptid skulle kräva en årlig rapportering skulle kostnaden för den efterföljande hanteringen vida överstiga arvodet.

Med ett sådant krav kommer det sannolikt för många bolag behöva övervägas om nya/tillfälliga skribenter ska tillåtas ge bidrag till en enskild presspublikation då kostnaden härför skulle bli ohanterlig. Detta skulle i sin tur riskera att leda till en mindre dynamisk och mer statisk journalistik då risken är att enskilda tidskriftsföretag – i syfte att hantera kostnaderna för den utökade administrationen – skulle önska hålla nere antalet skribenter till ett minimum. Detta gäller särskilt frilansande journalister i den utsträckning de framöver skulle anses ha ingått ett exploateringsavtal som omfattas av aktuellt regelverk. Vidare om det skulle omfattas skulle databaser med enskilda artiklar att omöjliggöras då en information till varje enskild aktör skulle innebära en rapporteringsplikt till en mycket stor mängd personer som i praktiken enskilt har genererat mycket små intäkter. I dessa fall skulle administrationskostnaderna riskera att vara högre än vad som någonsin skulle vara rimligt från en logisk synpunkt.

Sveriges Tidskrifter vidhåller att en enskild artikel typiskt sett aldrig är en betydande del av presspublikationen som helhet. Således utgör just tidskriftsområdet ett

exempel på när transparensreglerna enligt direktivet inte ska tillämpas. Sveriges Tidskrifter finner att det är nödvändigt att ytterligare klargöra innehållet i det föreslagna tredje stycket där bedömningen av det enskilda bidragets betydelse ska göras utifrån det större sammanhanget i vilket verket utnyttjas.

Sveriges Tidskrifter tillstryker införandet av en särskild regel om tillämpligheten av lagen (2018:558) om företagshemligheters ("LFH") tillämplighet vid utlämnandet. Det uppstår situationer där ett utlämnande innebär att företagshemligheter behöver utlämnas och då är det centralt att mottagaren är bunden av skyldighet att iaktta sekretess. Sveriges Tidskrifter tillstyrker således förslaget i 29 c § där en bestämmelse om skydd för företagshemligheter införs enligt Sveriges Tidskrifters föreslagna modell. Påståendet i promemorian på sida 212 om att det typiskt sett inte skulle kunna anses förekomma företagshemligheter i sådan information framstår som felaktig. I den kommande propositionen bör inte denna typ av hypoteser förekomma eftersom uttalandena dessutom även torde kunna riskera att påverka framtida bedömningar om vad som ska utgöra en företagshemlighet eller ej och vad mottagaren med fog kunnat förutsätta (jmf 2 § LFH samt det insiktsrekvisit som återfinns i 6 LFH).

Upphovsmannens rätt att häva avtal enligt den föreslagna 29 d-e §§ URL (art 22)

Sveriges Tidskrifter framhåller att direktivet endast tar sikte på ett helt uteblivet utnyttjande.

Det kan konstateras att denna artikel bygger på antagandet att upphovsmannens ersättning bygger på att förvärvaren utnyttjar verket. Ett exempel härpå är bokförlagsutgivning i exemplarbunden form där förlag och upphovsman kommit överens om att ersättning ska utgå i form av royalty. I ett sådant fall är det naturligt att införa någon form av utgivningsplikt. En sådan finns redan i den nuvarande svenska upphovsrättslagen.

I många andra branscher är logiken dock inte densamma. Exempelvis gäller inte samma logik för presspublikationer. I många fall kan förutsättningen för att kunna bygga upp ett totalt sett intressant medieinnehåll som möjliggör en sund affärsutveckling och intäcksströmmar, som i sin tur möjliggör ursprungsarvodering, just bygga på att enskilda verk potentiellt "endast" används sporadiskt. Detta är en naturlig del av de nya tjänster som tillkommer och har tillkommit på tidskriftsområdet där s.k. arkivmaterial sett som helhet kan ha ett stort värde även om enskilda artiklar inte har det. Att varje verk (om de alls träffas av regelverket enligt ovan) skulle kräva en perdurerande användning ter sig från ett verksamhetsperspektiv främmande.

En ursprungsinvestering kräver att även olika typer av "arkivverksamheter" eller annat kan innefattas. Något annat innebär en bristande förståelse för möjligheterna för tidskriftsbranschen att bedriva affärsverksamhet.

Tidskriftssektorn kännetecknas här av en mycket stor mängd mindre förvärv från ett mycket stort antal individer där varje enskilt verk/prestation som regel inte har någon betydelse för presspublikationen som helhet. Om dock regelverket skulle få en sådan utformning att enskilda verk skulle kunna återkallas skulle det dock kunna påverka hela intäcksbasen och möjligheten till affärsutveckling.

Incitamenten för tidskriftsföretag att göra nyinvesteringar i tjänster som är tänkta att möjliggöra tillgång till ett stort antal verk där det råder osäkerhet om

upphovsmännen kan återkalla rättigheter gör att sådana tjänster inte blir av. I dessa lägen skulle således affärsmodeller tvingas anpassas så att det sker i ett större utnyttjande inom ramen för tjänsten än vad som annars skulle vara behövligt.

Det redovisade resonemanget i promemorian rörande en begränsning om "gemensam hävning" beaktar inte förhållandena för presspublikationer, varför ytterligare överväganden i den delen är nödvändiga i propositionen där även det beaktas att många verk i en presspublikation inte kan förfelas med anledning av att en enskild upphovsman hävt ett avtal. På motsvarande sett som ett filmverk har ett stort antal upphovsmän och andra rättighetsinnehavare aktiverade, har en presspublikation ofta en stor mängd verk och andra alster som utgör en odelbar enhet. Således behöver tillämpningsområdet för begränsningen att häva ett avtal enligt 29 e § även utsträckas till att gälla presspublikationer där liknande behov och överväganden behöver göras.

Sveriges Tidskrifter motsätter sig således införandet av nya lagregler som generellt stipulerar en skyldighet att förfogandet måste ske fortlöpande, återkommande eller dylikt. Nya innovativa affärsupplägg bygger ofta tvärt om på att försöka hitta det som inte är sedvanligt eller sedan länge allmänt etablerat i branschen. En sådan regel skulle således – förutom att vara oprecis – verka hämmande för affärsutvecklingen som i sin tur är avgörande för att medieproduktion ska kunna generera intäkter som gör det möjligt att utbetala adekvata arvoden till enskilda upphovsmän för deras prestationer.

När det kommer till regleringarna om återgång av rättigheter saknas det skäl att införa några ytterligare regler än de som redan återfinns i upphovsrättslagen som den ser ut idag. Det kan inte heller sägas finnas några företeelser i tidskriftsbranschen där detta har lett till något problem.

För Sveriges Tidskrifter



Kerstin Neld