

Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30)

TU – Medier i Sverige (TU) har getts tillfälle att yttra sig över rubricerad promemoria och får anföra följande.

Allmänna synpunkter

TU välkomnar harmonisering och anser därför att implementeringen inte bör gå längre än vad som krävs enligt direktivet. Det finns en risk att avvikande och strängare regler får en konkurrens effekt som inte är önskvärd om inte detta särskilt kan motiveras.

TU vill också betona behovet av att betrakta upphovsrätten och den nya närstående rättigheten från ett näringsperspektiv.

Att skapa publicistiska produkter handlar precis som allt annat företagande om att ta risker, men också om att kunna överblicka vilka riskerna är. En tillkommande del vad avser publicistisk verksamhet handlar om uppgiften att bekosta och bedriva opinionsbildning, samhällsinformation och att bidra till en stor och vid tryck- och yttrandefrihet. Allt detta bekostas av de intäkter som mediehusen får från sina produkter. Idag är det många gånger svårt att beräkna vad nödvändiga rättighetsförvärv kan komma att generera – och kosta. En publicerings genomslag och attraktionskraft är oförutsägbar och mediehusen behöver därför en riskmarginal för vilka investeringar som ger en potentiell vinst går jämt upp eller vilka som bara just blir en kostnad.

TU anser att det genomgående i departementspromemorian saknas ett affärsmässigt perspektiv. Mediehusens intäkter ska också täcka alla de kostnader för material och insatser som inte bidragit till framgången och det är många gånger också svårt att bestämma vad i en produkt som bidragit till framgången. TU anser att avtalsfriheten är grundläggande och att det måste krävas väldigt mycket för att inskränka denna.

TU anser vidare att den s.k. svenska modellen där arbetsmarknadens parter förhandlar fram avtal har tjänat oss väl. Dessa avtal som bland annat reglerar upphovsrätten får anses vara balanserade mellan olika intressen och inte minst anpassade till vår branschs villkor. TU anser att flera av de problem som direktivet och promemorian lyfter har sin lösning i dessa balanserade och mellan två jämbördiga parter framförhandlade avtal.

TU anser att ett problem med promemorians förslag är att andra skrivningar valts än de som finns i direktivet. Detta är mycket olyckligt. Det är nästan i alla situationer

bättre att välja att lägga sig så nära direktivets formuleringar som möjligt. Eventuella oklarheter får lösas via EU domstolen.

Användning av verk vid undervisning

TU 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.

TU delar inte promemorians bedömning att införandet av en kompensationsordning skulle innebära administrativa bördor för användarna. En kompensationsordning skulle i stället stärka förutsättningarna för en fortsatt väl fungerande avtalslicensmarknad eftersom användarna då inte får ett incitament att i stället stödja sin användning på inskränkningen utan ersättning till rättighetshavarna.

Avtalslicenslösning

En ny rättighet för utgivare av presspublikationer

TU tillstyrker förslaget att endast en organisation som företräder ett flertal rättighetshavare till i Sverige använda verk på området har rätt att kräva in den lämpliga andel som rättighetshavarna ska erhålla av de intäkter som utgivare av presspublikationer erhåller. Hur mediehusen så småningom väljer att hantera denna nya närstående rättighet inklusive förhandlingar och licensiering med leverantörer av informationssamhällets tjänster är föremål för diskussioner, men ännu inte klart, givet att lagstiftningen först måste finnas på plats.

TU delar inte promemorians bedömning att det inte finns någon anledning att föreslå en ny särskild avtalslicens. TU vidhåller tvärtom den synpunkt som framfördes till justitiedepartementet i samrådet att det är lämpligt att för den nya utgivarrätten införa en särskild avtalslicensbestämmelse.

En särskild avtalslicensbestämmelse underlättar vid kommande förhandlingar med leverantörer av informationssamhällets tjänster (Google, Facebook, twitter mfl). TU anser att det är oerhört viktigt att kunna hålla isär olika produkter, erbjudanden och paket vid förhandlingar.

De presspublicister som så önskar kan alltid sälja eller köpa olika erbjudanden i samband med förhandling kring den nya närstående rättigheten (utgivarrätten) eller i separata förhandlingar. Det finns indikationer från andra marknader att leverantörer av informationssamhällets tjänster gärna för in andra tjänster i förhandlingar vilket kraftigt försvårar värdering samt också riskerar att försvaga den nya rättigheten.

En särskild avtalslicensbestämmelse skulle också ge rättighetshavarna lättare och tydligare möjligheter att kalla till och genomföra förhandlingar. Det skulle också på ett tydligt sätt visa på lagstiftarens syn att detta är en viktig ny rättighet.

TU finner promemorians beskrivning av vad som är undantaget från utgivarrätten oklar och i vissa fall felaktig. Hyperlänkar är under vissa premisser undantagna i direktivet men precis som promemorian anger kan det inte ge frikort för all hyperlänkning. TU vänder sig dock emot att det framstår som att undantaget för hyperlänkar även kan omfatta bilder m.m. I Sverige och i många andra länder är t.ex. s.k. tumnagelbilder skyddade av upphovsrätt och/eller som en närstående rättighet och kan därför inte utan tillstånd fritt få vara en del av undantaget enligt artikel 15 i direktivet.

TU tycker att eftersom t.ex. alla bilder har ett skydd, antingen som fotografiskt verk eller som fotografisk bild, kan de aldrig vara föremål för undantaget.

TU tillstyrker att den exakta innebörden av undantaget, mycket kort utdrag, måste bestämmas av rättspraxis och slutligen av EU domstolen.

Förhållande mellan utgivarrätten (direktivets artikel 15) och direktivets artikel 17

TU anser att det måste finnas en koppling mellan dessa bestämmelser och att detta måste framgå av den nya upphovsrättslagen.

Bestämmelsen i direktivets artikel 17 avser upphovsrättsskyddade verk i allmänhet och andra skyddade alster. Bestämmelsen avser även de rättighetshavare som omfattas av artikel 3.1 och 3.2 i Infosoc-direktivet i samband med ingåendet av ett avtal. Artikel 3.1 och 3.2 i Infosocdirektivet gäller ensamrätten att offentliggöra verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten. Hänvisningen till artikel 3.1 och 3.2 i Infosocdirektivet får dock enligt TU:s uppfattning inte uppfattas som en uttömmande förteckning över rättighetsämnen i förhållande till artikel 17. I svensk lag gäller rätten till överföring till allmänheten av verk och rätten att göra verk tillgängliga för allmänheten också exklusiva rättigheter och omfattar t.ex. även producenter av fotografiska bilder med flera närstående rättigheter.

Den nya rätten för utgivare av presspublikationer enligt direktivets artikel 15 avser också den exklusiva rättighet som beskrivs i artikel 2 och 3.2 i Infosoc-direktivet.

Pressutgivare måste därför också omfattas av rättigheter i förhållande till artikel 17 i DSM-direktivet, som nu föreslås genomföras enligt denna promemoria. De berörda rättsinnehavarna måste förstås som rättsinnehavarna, som har ensamrätt att kommunicera till allmänheten eller tillgängliggöra verk eller närstående rättigheter.

Det faktum att det material som omfattas av utgivarrätten också ofta innehåller till exempel fotografiska bilder talar också för att pressutgivarna måste omfattas av rättigheterna i direktivets artikel 17.

Genomförandet av direktivet får inte försämra det skydd som finns idag i upphovsrättslagstiftningen.

Det är därför ologiskt att som föreslås i promemorian låta fotografiska bilder omfattas med hänvisning att det inte är harmoniserat område men låta den nya närstående rättigheten stå utanför. TU anser att själva syftet med direktivet förfelas genom en sådan skillnad och att det också innebär att det upphovsrättsliga skyddet försämras. Med artikel 15 skapas en ny närstående rättighet på samma sätt som det idag finns andra närstående rättigheter. Denna rättighet ska i görligaste mån ses precis på och implementeras på samma sätt som dessa. TU vill uppmärksamma att Danmark vid implementering av artikel 15 och 17 av direktivet just erkänt att en sådan koppling finns.

Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt

TU:s medlemmar producerar publicistiska produkter där det ingår en stor andel upphovsrättsligt skyddat material i form av bilder, text, illustrationer och filmer. Mycket av detta är producerat i ett anställningsförhållande men också inköpt av frilansande upphovsmän eller av andra företag och organisationer genom avtal.

Som ovan framhållits, så investerar mediehusen och tar risker genom att mycket material produceras där det på förhand inte går att veta vilka produkter som genererar intäkter eller var framtidens inkomster kommer ifrån. Dessa investeringar i publicistiken är en del av affärsmodellen och dessa kostnader ska sedan täckas av annonsintäkter, läsarintäkter (prenumerationer) och andra intäkter. Priserna sätts av mediehusen innan intäkterna finns och det är därför viktigt att kostnadssidan är så fast som det bara går och att senare justeringar normalt inte sker. Sådana justeringar i efterhand skulle äventyra hela den publicistiska verksamheten och därigenom faktiskt också äventyra anställningar i mediebranschen.

Tvärs igenom hela genomförandet av direktivet finns det därför anledning att återigen påminna om vikten av att avtalsfrihet gäller samt att vi i Sverige har en lång erfarenhet av att frågor som ersättningar till journalister och fotografer med flera kategorier i anställningsförhållanden lösts via kollektivavtal på central och lokal nivå.

Mediehusen måste kunna fatta avtal som de kan lita på och som kan ligga till grund för affärer under hela avtalstiden.

Särskilt om livesändningar

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 TU:s mening är detta förvånande och inger oro. Det finns all anledning att fånga upp en redan befintlig – och växande – innehållskategori och se till att den omfattas.

Det gäller inte minst mot bakgrund av avgöranden i EU-domstolen i det s.k. Youtube-målet- gör att det blir ännu viktigare att delningstjänster omfattas av de nya ansvarsreglerna och att även livesändningar inkluderas. TU befarar annars att det finns en risk att delningstjänster förändrar sina affärsmodeller och försöker använda kryphål i lagen för att undvika ansvar och att ge skälig ersättning till rättighetshavare.

Artikel 17 i direktivet ska främja utvecklingen av licensmarknaden mellan rättighetshavare och tjänsteleverantörer. Bland TUs medlemmar ökar sändningar och tillgängliggörandet av livesport m.m. och är redan idag en viktig och uppskattad tjänst för prenumeranter hos de olika mediehusen. Inte minst satsar många lokala tidningar på att sända livesport från lokala arrangemang och lokala ungdomsserier. Dessa initiativ kan vara i farozonen om rätten till ersättning uteblir eller att delningstjänsterna kan sprida materialet utan ansvar.

TU 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.

Rätt till skälig ersättning

Normalt torde det finnas anledning att utgå från att den avtalade ersättningen är skälig om den stämmer överens med vad som är praxis i en viss bransch. Detta gäller särskilt om ersättningen i branschen följer av centrala avtal där upphovsmännen har förhandlat gemensamt, t. ex. genom en fackförening. Det är en slags presumtion för att de ersättningsvillkor som följer av ett kollektivt förhandlat avtal är skäliga.

TU anser att anställda som är anslutna till ett kollektivavtal inte ska omfattas av bestämmelserna i de direktivets artikel 18-23. Grunden för rätten till skälig ersättning

i direktivet är ju att upphovsmannen är i en svagare förhandlingsposition. Genom anställning med kollektivavtal som träffas med en jämbördig part på arbetsmarknaden så faller skyddsbehovet.

Det finns stora skillnader i hur upphovsrättsligt skyddade verk hanteras i olika branscher och de har utvecklats olika beroende på var verket har förekommit/ använts. Just nu upplever vi en utveckling där tidigare skilda branscher och verksamheter blandas, till exempel producerar idag mediehusen inte bara tryckta och digitala publikationer utan också rörlig bild med mera.

Avtalsfriheten är fundamental och det ska krävas mycket höga krav för att lagstiftaren ska gå in och reglera saker som inte uppenbart krävs. Parterna ska kunna ingå avtal och genom detta göra en riskanalys för den investering som görs. Detta måste särskilt gälla inte minst avseende produkter som omfattas av utgivarrätten där många olika upphovsmän och personer bidrar till den samlade produkten.

TU anser att det även är viktigt att betona att kraven på skälig ersättning ska kunna anses uppfyllda även i de fall då ingen ytterligare ersättning utgår. Så kan ju till exempel vara fallet vid gratislicensering.

Mediehusen investerar i journalistik och behöver ofta köpa stora mängder texter, bilder och annat material.

Som TU framhållit ovan kan företagen inte på förhand veta vilka artiklar eller annat material som blir lästa, vilket material som driver annonsintäkter eller ger nya prenumeranter. Därför är det viktigt att denna risk som mediehusen står måste tas med i beräkningen då lämplig och proportionerlig ersättning bestäms. Företagets hela investering måste beaktas i hela den process som slutligen utmynnar i publicerade produkter och inte bara intäkter för en enstaka artikel eller bild. Det måste också vara möjligt att precis som idag lösa denna ersättning via kollektivavtal och andra avtal, där detta synsätt också har beaktats. På grund av den komplexa produkt som utgör en presspublikation är det mycket svårt eller omöjligt att klargöra vad det var som gjorde ett visst inslag eller en viss artikel framgångsrik. Ofta är det dessutom beroende av mediehusens marknadsföring, redaktionellt design och placering, arbete och kostnader som belöper på mediehuset, som avgöra hur resultatet blir.

Rätt till ytterligare skälig ersättning

Den eventuella tillkommande ersättning som behandlas i artikel 20 (13.3) är problematisk enligt TU. Mediehusen måste kunna veta vad kostnaderna blir för att framställa journalistiken och de priser som företagen tar för annonsering och prenumerationer beräknas på grundval av detta. Om dessa kostnader kan justeras i efterhand faller affärsmodellen platt då företagen inte i efterhand kan justera priserna till sina kunder, oavsett om det handlar om en annonsör eller om en prenumerant. Företaget står hela risken för detta.

TU anser att reglerna som finns i 36§ avtalslagen räcker för att säkerställa en ersättning som är lämplig och proportionerlig. Det ställs också krav på tydlighet vad avser upphovsrättsliga avtal. Något behov av en ny obligationsrättslig bestämmelse kan inte anses föreligga.

Många gånger tillkommer upphovsrättsliga verk efter en uttrycklig beställning mot en avtalad engångssumma. Utan beställningen hade verket aldrig skapats och det är då också självklart att den ersättningen är både proportionerlig och skälig.

Ibland kan det också vara så att verk överläts utan ersättning och det är också tydligt att sådana överlåtelser normalt sett ska kunna vara skäliga.

TU anser att av samma skäl som anförts ovan och att mediehusen står hela risken ska rätten till tillkommande ersättning inte tillämpas på äldre avtal. Det är en viktig princip och mediehusen har inte med detta i sin affärsmässiga bedömning. Mediehusen måste ta hänsyn till hela produktionen och har sålunda kostnader även för rättigheter som aldrig bär sig ekonomiskt. Inte sällan har dessa investeringar involverat samma upphovsmän som då i andra fall vill ha extra ersättning då ett av deras alster medverkat i en kommersiellt framgångsrik produkt.

TU bedömer att en ordning med en sådan retroaktiv och utsträckt rätt till tillkommande ersättning är direkt kontraproduktiv och snarare driver priser neråt. Mediehusen vågar kommer helt enkelt inte att våga att lägga beställningar eller köpa rättigheter utan att också kunna räkna hem eventuell tillkommande kostnad.

Rätten till information

TU anser att en publicistisk produkt som en tidning och liknande där många personer gemensamt bidragit ska undantas från redovisningsskyldigheten. Det är helt enkelt inte möjligt att kräva en sådan redovisningsskyldighet och detta skulle administrativt och praktiskt på ett oproportionerligt sätt belasta mediehusen.

En presspublikation är enligt TU normalt sett en sådan produkt där de enskilda bidragen i sig inte är betydande. Detta bör uttryckligen klargöras i motivtexten som ett förtydligande.

Det är också viktigt att transparensreglerna inte riskerar företagshemligheter eller det källskydd som kan finnas enligt tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen och att det inte innebär att affärsmodeller eller liknande måste utlämnas.

Även kravet på att underlicenstagare ska lämna information behöver därför nogsamt beaktas även om detta bara ska ske på begäran. Det är viktigt att utreda hur långt och

i vilken form detta ska kunna krävas. Ett eventuellt ansvar ska ligga så nära de ursprungliga parterna som möjligt.

TU anser inte att det ska skapas branschvisa regler utan att det som styr om redovisningsskyldighet föreligger bör ligga på förutsättningarna för skapandet. Ju större risk och initiativ som ligger hos företaget desto mindre rimligt är det att en redovisningsskyldighet ska föreligga.

Transparenskyldighet ska alltså inte gälla när bidraget från upphovsmannen eller den utövande konstnären inte är betydande med hänsyn till verket eller framförandet om helhet. Detta omfattar typiskt sett alla TUs medlemmars produkter och tjänster.

Utöver detta anser TU att som anförts ovan direktivets skyddsomfång talar mot att arbetstagare som omfattas av kollektivavtal ska omfattas av de rättigheter som följer av artikel 18–23 och att detta faller sig naturligt då parterna i dessa förhandlingar är jämbördiga.

Sammanfattningsvis innebär det, vad avser transparenskraven, att mediehusen sålunda inte ska omfattas då bidraget från medarbetaren, upphovsmannen eller den utövande konstnären normalt inte är betydande med hänsyn till verket eller framförandet som helhet. Och detta gäller oavsett om det handlar om ett anställningsförhållande ett enskilt uppdragsförhållande.

Skälig ersättning – kostnad

Vad som avses med oproportionerligt låg ersättning måste bestämmas av rättspraxis. TU vill återigen framhålla att vid bedömning av en ersättningsstorlek och proportionerlighet måste hela den investering som mediehuset gjort för att skapa verket tas med. Det gäller också den risk som många gånger föregår skapandet av en produkt som ger intäkter.

Det är också viktigt att klarlägga vad som avses med direkta och indirekta intäkter. Det är enligt TU viktigt att dessa begrepp inte leder för långt och heller inte omfattar mer än vad som kan anses proportionerligt och lämpligt.

Rätt att häva ett avtal

TU anser av ovan givna skäl att rätten att häva ett avtal inte ska omfatta arbetstagare som omfattas av kollektivavtal. Mediebranschen har en lång erfarenhet att reglera bland annat upphovsrätten via kollektivavtal och denna rätt måste försvaras. Det finns skrivningar i direktivet om att medlemsstaterna får utforma reglerna med hänsyn till särdragen i de olika sektorerna och för olika typer av verk och framförande. TU anser att detta tydligt bör framgå av lagförslaget.

Stockholm enligt ovan

Johan Taubert

Jan Fager

VD

Jurist