

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

Bonnierförlagen AB har inbjudits att yttra sig över rubricerade promemoria och vill lämna följande synpunkter och förslag.

Om Bonnierförlagen AB

Bonnierförlagen är Sveriges största förlagshus med cirka 18 miljoner sålda böcker under år 2020. Vår verksamhet omfattar såväl traditionell utgivning inom de skön-, fack- och barn-litterära segmenten, som lättläst (Hedvig) och utgivning för barn på arabiska och somaliska (Fenix). Via Bonnier Audio producerar Bonnierförlagen drygt 400 digitala ljudböcker per år. Den totala utgivningen uppgår till cirka 600 titlar per år.

I Bonnierförlagen ingår Albert Bonniers Förlag, Bokförlaget Forum (med bl.a. Bonnier Fakta och Lovereads), Bokförlaget Hedvig, Bokförlaget Max Ström, Bonnier Audio, Bonnier Bookery, Bonnier Carlsen, Fenix Förlag, Romanus & Selling och Wahlström & Widstrand. Inom Bonnierförlagen finns även Bonniers Bokklubbar och agenturen Bonnier Rights.

Sammanfattning av Bonnierförlagens synpunkter

Bonnierförlagen har valt att enbart yttra sig över promemorians förslag i kapitel 13 Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt samt tillhörande författningskommentarer. För övriga delar av promemorian ansluter vi oss till Svenska Förläggareföreningens yttrande. Bonnierförlagen kommer i sitt remissvar liksom departementet att genomgående använda begreppet *överlåtelse*, trots att det i en absolut majoritet av fallen inom förlagsområdet i praktiken rör sig om tidsbegränsade *upplåtelser* av rättigheter.

Bokbranschen har under de senaste tio åren genomgått och befinner sig alltjämt i en förändringsfas. Utvecklingen har gått mot ett ökat fokus på de digitala bokformaten och då främst vad gäller den digitala ljudboken som fått ett stort genomslag på den svenska marknaden. Samtidigt väljer många läsare fortfarande att läsa tryckta böcker, även om dessa i allt högre utsträckning och särskilt efter pandemin, säljs via näthandeln. Detta har medfört ett utökat behov från förlag och återförsäljare att möta läsarnas önskemål för varje enskild titel. En marknad i utveckling kräver utökade investeringar och risktagande från förlagens sida. Det är mycket angeläget att till detta inte föra en ökad osäkerhet över ingångna avtals tillförlitlighet.

Bonnierförlagens utgivning har såväl litterära som kommersiella incitament. Målsättningen är alltid att möjliggöra så stor avkastning som möjligt för varje enskilt verk, men det betyder inte att alla verk

BONNIER

Bonnierförlagen

ekonomiskt kan bära sig själva. Utgivning motiveras i många fall även av att väcka samhällsdebatt eller för att verket i övrigt har ett högt litterärt värde. I bokbranschen finns sedan länge en medvetenhet om de ekonomiska risker detta medför för förlagen.

När nu nya regler ska införas på det upphovsrättsliga området, baserade på ett EU-direktiv utformat för att fungera i alla 27 medlemsstater, är det av stor vikt att lagstiftaren tar hänsyn till de olika upphovsrättsliga branschernas särskilda förutsättningar. Förlagsområdet är ett av de få områden som sedan tidigare har specialreglerats i upphovsrättslagen, vilket sannolikt påverkat utvecklingen av avtalsvillkor i branschen. Branschen har också en lång historik av standardavtal förhandlade mellan branschorganisationen Sveriges Förläggareförening och författarnas och översättarnas organisation Sveriges Författarförbund.

Bonnierförlagen konstaterar att bokbranschen således är välfungerande och det är angeläget att införandet av nya regler inte i onödan tillför en ökad osäkerhet eller tillåts riva upp inarbetade och balanserade avtals- och ersättningsmodeller som parterna i branschen är nöjda med.

Bonnierförlagen anser sammanfattningsvis att:

- Det är viktigt att kommande lagstiftning ger rättstillämpningen flexibilitet att ta hänsyn till olika branschers särdrag och funktionssätt;
- Förarbetena bör klargöra att engångsbelopp kan utgöra skälig ersättning enligt 29 § 1 st. i många olika situationer samt att domstolarna, vid bedömningen av vad som är skälig ersättning, bör beakta b.la. upphovsmannens uttryckta vilja;
- Krav på skälig ersättning enligt 29 § 1 st. bör prekluderas sex månader efter att upphovsrätten överläts;
- 36 § avtalslagen genomför redan artikel 20 på ett tillfredställande sätt som har flera fördelar framför den föreslagna lösningen i 29 § 2 st., b.la. att rättstillämpningen tillåts göra helhetsbedömningar som minskar risken för orimliga utfall, att den befintliga generalparagrafen enklare kan anpassas till EU-domstolens kommande praxis, samt att normkollision undviks;
- Lagstiftaren bör klargöra att upphovsmän endast ska kunna åberopa 29 § 2 st. för att justera avtal framåt i tiden;
- Det är uppenbart att tillräcklig grund saknas för retroaktiv tillämpning av 29 § 2 st. – tvärtom talar mycket starkt emot att sådan bakåtverkande lagstiftning skulle vara påkallad eller förenlig med svensk rättstradition;
- I enlighet med vad som uttryckligen tillåts enligt artikel 20, bör 29 § kompletteras med ett nytt stycke som stadgar att ersättningar enligt kollektivt förhandlade avtal ska förutsättas vara skäliga samt att kollektivt förhandlade avtal kan undantas från avtalsanpassningsmekanismen, liknande förslaget i 29 d § 3 st.;
- Lagtexten eller åtminstone förarbetena bör klargöra att bedömningen av huruvida informationsplikten är proportionerlig b.la. bör ta hänsyn till om upphovsmannen är berättigad till engångsersättning eller till löpande royalty samt att det bör införas en gräns för hur ofta upphovsmän kan kräva information enligt 29 a § 5 st.;
- 29 d § framstår som en reglering som med fördel kan göras dispositiv och det bör inte heller införas en möjlighet för upphovsmannen att upphäva ett avtals exklusiva karaktär;
- Det bör införas en hänvisning även till 8 § i lagen om företagshemligheter och därmed förtydligande om att personer till vilka upphovsmän utlämnat företagshemligheter i syfte att göra gällande sina rättigheter och som röjer företagshemligheterna ska vara ersättningsskyldiga.

1. Inledande överväganden om upphovsrättsliga avtal

Liksom departementet konstaterar Bonnierförlagen att bestämmelserna i art. 18 – 23 lämnar ett stort utrymme för medlemsstaterna att själva bestämma det närmare innehållet. Direktivet utgår även från att nationella regler som antas, bör ta hänsyn till de varierande förhållanden som gör sig gällande inom olika sektorer och branscher. Bonnierförlagen delar uppfattningen att lagstiftningen i sig bör utformas generellt, men bedömas branschspecifikt med utrymme för flexibilitet för att kunna anpassas efter skilda förhållanden inom olika branscher samt över tid. Förlagsavtal utgör ett av de fåtal avtalsområden som reglerats specifikt i upphovsrättslagen. Denna ordning har under lång tid fungerat bra och verkat normerande för branschens konstitution och utveckling. Flera av dessa branschspecifika regler ska nu upphävas till förmån för allmänna och tvingande regler som inte skräddarsytts. Bonnierförlagen är inte principiellt mot en sådan reform, men manar till försiktighet för att inte omstörta en redan fungerande ordning.

2. Rätt till skälig ersättning (29 § 1 st.)

Bonnierförlagen delar uppfattningen att upphovsmän ska ha rätt till lämplig och proportionerlig ersättning när de överlåter sina rättigheter.

Inom förlagsområdet är relationen mellan förlag och upphovsman ofta mycket långsiktig och det ligger i förlagens starka intresse att bibehålla en god relation över tid. Förlagen är också väl medvetna om den konkurrens som finns dem emellan. En upphovsman som inte uppfattar sin ersättning som skälig kommer sannolikt att vända sig till ett annat förlag för sin framtida utgivning. Upplåtelse av rättigheter i förlagsavtal är idag tidsbestämda, vilket alltså ger en författare möjlighet att ompröva sitt val av förlag eller förhandla om avtalsvillkoren. Inom förlagsområdet finns således tydliga, självsanerande incitament för att upprätthålla skäliga ersättningsnivåer vid förvärv av rättigheter.

Bonnierförlagen har sedan 2015 (för författare) och 2018 (för översättare) kommit överens om ramavtal med Sveriges Författarförbund som reglerar avtalsvillkor och miniminivåer för ersättningar till upphovsmännen. Bonnierförlagen ser dessa kollektivt förhandlade avtal som en trygghet för både förlag och upphovsmän om att ersättningarna i våra avtal är skäliga.

Vad innebär begreppet skälig ersättning

I sammanhanget är det av intresse att titta närmare på frågan om hur bedömningen av om en viss ersättning kan anses skälig ska gå till. Inom förlagsområdet förekommer både rörliga och fasta ersättningar. Vilken ersättningsmodell som väljs beror dels på vilken typ av rättighet som överläts, dels på överväganden från såväl förlag som upphovsmän.

Ersättningar till författare utgår typiskt sett från en royaltymodell, där förlaget även betalar ut ett förskott utan återbetalningsskyldighet. Storleken på förskottet beräknas huvudsakligen efter verkets försäljningspotential.

Utöver ersättning i form av royalty förekommer även fasta ersättningar. Dessa används vid mer uppdragsbetonade rättighetsförvärv, där upphovsmannen normalt har ett större intresse

av att få fullt betalt redan vid avslutat uppdrag och den slutliga försäljningen inte är beroende av upphovsmannens enskilda bidrag.

Oavsett ersättningsmodell är det alltså förlaget som står den stora ekonomiska risken för eventuell utebliven försäljning. Utöver ersättning för rättigheter (författare, översättare, illustratörer, fotografer, inläsare, m.fl.) har förlaget kostnader för bland annat redaktionellt arbete med manus, sättning, tryckning, marknadsföring, distribution, redovisningar och utbetalningar. Det är inte ovanligt att enskilda verk inte tjänar in sina egna kostnader.

För att kunna upprätthålla en bred utgivning och samtidigt hantera de ekonomiska risker som är förknippade med förlagsverksamheten, utan att behöva lägga en större ekonomisk risk på upphovsmännen, är det angeläget att förlagen även fortsättningsvis kan använda olika ersättningsmodeller utan att dessa ses som oskäliga.

Även skäl 73 ger uttryck för ett sådant förhållningssätt genom att ersättningen ska vara proportionell i förhållande till det *faktiska eller potentiella ekonomiska värdet* på rättigheterna, samt *med beaktande av upphovsmannens bidrag till verket och alla andra omständigheter i det enskilda fallet*. Både det faktiska och det potentiella värdet kan således läggas till grund för en skälig ersättning. Även om ett engångsbelopp inte är huvudregeln torde det finnas ett stort antal situationer där ett sådant utgör en både lämplig och proportionerlig ersättning. Inte minst kan det i många fall vara att föredra för upphovsmannen som då inte behöver vänta på senare royaltyutbetalningar. Detta bör på ett tydligt sätt klargöras i förarbetena för att minska risken för osäkerhet om hur den nya bestämmelsen ska tillämpas. Bonnierförlagen *tillstyrker* också att indikationer på att den avtalade ersättningen var ett uttryck för upphovsmannens egen vilja vid överlåtelsen bör beaktas i bedömningen av huruvida ersättningen var skälig (s. 193). För tydlighets skull bör detta inkluderas även i förarbetena.

Rätten till skälig ersättning bör inte gälla retroaktivt för redan ingångna avtal

Bonnierförlagen *tillstyrker* promemorians förslag att rätten till skälig ersättning inte bör gälla redan ingångna avtal. Vid avtalets ingående har båda parter tagit ställning till, gjort överväganden utifrån, och inrättat sig efter då gällande rätt. Att i efterhand ge utrymme till omprövning av parternas bedömningar och grunder för att ingå avtal strider mot principen om avtalsfrihet och skulle kunna få långtgående konsekvenser enbart med hänsyn tagen till den osäkerhet det skulle skapa för marknadens parter.

Anspråk bör prekluderas sex månader efter överlåtelsen

För att tillförsäkra förvärvare rimlig ekonomisk förutsebarhet, *förordar* Bonnierförlagen att anspråk på skälig ersättning inte ska kunna framföras efter att längre tid än sex månader har passerat efter överlåtelsen, i likhet med vad som föreslås gälla för hävning av avtal på grund av att förvärvaren inte utnyttjar den överlåtna rättigheten. Detta är en vanligt förekommande figur och varianter återfinns exempelvis i den allmänna förmögenhetsrätten – i synnerhet avtalsrätten – ärvdabalken, och konkurslagstiftningen. Att införa en preklusionsregel i 29 § 1 st. motiveras inte endast av omsättnings-skäl utan också av att processer kring vad som utgör skälig ersättning är sannolika att bli komplexa, samtidsbetingade och något oförutsebara. Vad som utgör skälig ersättning är en produkt av vid var tid gällande marknadsförhållanden, och

inte något som bevisning låter sig föras kring långt senare. Därför bör upphovsmän ges incitament att inte vänta med att framställa krav; liksom förvärvare bör skyddas mot anspråk som görs långt efter överlåtelsen.

3. Rätt till ytterligare skälig ersättning (29 § 2 st.)

Det bör tydligt klargöras att artikel 20 endast utgör en framåtblickande avtalsanpassningsmekanism

Enligt departementet talar flera omständigheter för att artikel 20 endast är avsedd att ge upphovsmän en möjlighet att för återstående avtalstid få till en prövning av ersättningsnivåerna – snarare än att också att verka tillbakablickande och möjliggöra för ersättningsanspråk för förfluten tid (s. 198 f). Bonnierförlagen ansluter till det ställningstagandet och den bakomliggande legala argumentationen. Här vill vi också tillägga att en sådan tolkning dessutom överensstämmer med befintlig nationell praxis enligt 36 § avtalslagen (jfr. exempelvis NJA 1979 s. 731) samt systematiken i direktivets ersättningsdel. Eftersom artikel 18 tar sikte på omständigheter som redan var kända vid avtalsingåendet, och därmed har en tydligt avgränsad tidsdimension, bör artikel 20 rimligtvis vara framåtblickande.

Däremot anser vi att det är mycket olämpligt att lämna frågan obesvarad i den svenska implementeringen. Unionslagstiftaren har inte befattat sig med saken utan synes ha lämnat till medlemsstaterna att bestämma om avtalsanpassningsmekanismen bara ska vara proaktiv eller också retroaktiv. Dessutom rör det sig om ett civilrättsligt spörsmål – d.v.s. ett nationellt präglad område – vars förutsebarhet är av mycket stor vikt för involverade parter. Såvitt Bonnierförlagen kan bedöma av utredningen har inte frågan heller varit på tal under förhandlingar mellan EU:s institutioner och medlemsstater. Enligt Bonnierförlagen är det därför inte upp till EU-domstolen att avgöra saken. Även om det vore upp till EU-domstolen att avgöra saken, kommer det ta alldeles för lång tid innan det finns ett sådant avgörande.

Konsekvenserna av att lämna frågan obesvarad är stora. För förlag av alla storlekar är det angeläget med förutsebarhet och överblick av vilka regler som gäller. Om upphovsmän tillåts att framställa retroaktiva krav på grund av vad som efter avtalsingåendet utvecklats till oproportionerligt låg ersättning med retroaktiv verkan – upp till tio år efter att fordran uppstod enligt den allmänna preskriptionsfristen – kommer förvärvare att försättas i en omöjlig situation. Inte ens om de spenderar stora resurser på att aktivt uppsöka potentiellt disproportionerliga ersättningsnivåer är det realistiskt att de kan värja sig mot många och stora krav för intäkter hänförliga långt tillbaka i tiden, inte minst eftersom det på förhand inte alls är klart vad som egentligen utgör ett uppenbart missförhållande. Ovisshet om en så viktig fråga skulle försvåra förlags och andra förvärvares verksamhetskalkyler avsevärt och sannolikt allvarligt kringskära upphovsmäns möjlighet att ingå avtal om fast ersättning. Här bör framhållas att rörliga ersättningar visserligen kan ge högre utväxling över tid, men också innebär ett större risktagande för upphovsmännen.

Bonnierförlagen *förordar* därför om att lagstiftaren, istället för att under obestämd tid avvakta EU-domstolens klargörande, tar resolut ställning för det svenska genomförandet av artikel 20 genom ett förtydligande i lagtexten för 29 § 2 st. att bestämmelsen endast tillåter justering av ersättningsnivåer för vid kravets framställan återstående avtalstid.

36 § avtalslagen genomför artikel 20 på ett tillfredställande sätt

Bonnierförlagen delar departementets uppfattning att en sådan mekanism för anpassning av oskäligen avtalsvillkor som krävs enligt upphovsrättsdirektivet redan finns i svensk rätt i form av 36 § avtalslagen (s. 196). Tidigare fanns en särskild jämningsregel i upphovsrättslagen men den upphävdes i och med införandet av generalparagrafen i avtalslagen (prop. 1975/76:81 s. 77 och 114). Huruvida det ändå behövs ytterligare upphovsmannaskydd vid upphovsrättens övergång utreddes för några år sedan men ansågs inte vara fallet, b.l.a. med hänvisning till att 36 § avtalslagen tillförsäkrade tillräckliga möjligheter att jämka oskäligen avtalsvillkor (SOU 2010:24 s. 115) och justera vad som i efterhand visar sig vara oskäligt låg kompensation.

Att regeln fått en begränsad användning i praxis på det upphovsrättsliga området betyder inte att den är verkningslös i sammanhanget. Tvärtom är det sannolikt så som professor Ulf Bernitz hävdar, nämligen att regeln bidrar till att starkare avtalsparter många gånger undviker att driva sin avtalsrättsliga position i förhållande till svagare parter på ett oskäligt sätt (NIR 2009 s. 349), och att de upphovsrättsliga ersättningarna inte i någon högre grad uppfattats som oskäligen. I de fall tvister uppkommer så löses de i hög grad utanför domstol. Därutöver regleras miniminivåer för många upphovsmän inom förlagsområdet i kollektivt förhandlade ramavtal. Sålunda uppstår mycket få mål om upphovsrättsliga avtals skälighet. Bernitz menade visserligen också att det var tveksamt att 36 § avtalslagen gav upphovsmän meningsfullt skydd i domstol, men detta kommer i vart fall att förändras i och med att direktivet bidrar med nya tolkningsdata som rättstillämpningen måste förhålla sig till och som även blir relevanta vid överenskommelser utanför domstol.

När utredningen resonerar kring huruvida 36 § avtalslagen är tillräcklig för att genomföra artikel 20, noteras att den närmare innebörden av direktivet kommer att utvecklas genom EU-domstolens praxis, vilken riskerar att avvika från befintlig svensk praxis avseende generalklausulen. Departementet anmärker härvid att det är oklart hur oskälighet enligt generalparagrafen förhåller sig till "oproportionerlig ersättning" enligt artikel 20. Departementet uttrycker också osäkerhet kring om tröskeln för tillämpning av generalparagrafen är högre än för artikel 20 (vilken det bör erinras om sätts vid ett "uppenbart missförhållande").

Bonnierförlagens uppfattning är att om 36 § avtalslagen utses till fordonet för att genomföra artikel 20, kommer svenska domstolar tvingas att i relevanta avseenden tolka bestämmelsen direktivkonformt för att säkerställa unionsrättens genomslag (*Marleasing C-106/89*). Upphovsmän skulle således tillförsäkras samma skyddsnivå som om den föreslagna avtalsanpassningsmekanismen i 29 § 2 st. införs i upphovsrättslagen. Och just eftersom generalparagrafen endast har tillämpats i ett fåtal upphovsrättsliga fall (SOU 2010:24 s. 99 ff.) riskerar inte tidigare praxisbildning att strida mot EU-domstolens kommande avgöranden på området. Inte heller finns hinder mot att ge 36 § avtalslagen och vad som utgör oskälig ersättning olika konturer beroende på rättsområde, bransch och villkorstyp.

Departementet anför också att det inte går att komma ifrån att direktivets ersättningsregler syftar till att rent allmänt förbättra upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att göra sin rätt gällande och stärka dem som avtalsparter. Detta är enligt Bonnierförlagen ett svagt argument mot att 36 § avtalslagen är tillräcklig för att genomföra artikel 20. Faktumet att unionslagstiftaren önskar höja upphovsmannaskyddet runtom unionen – i samtliga 27 medlemsstater – är inte per automatik ett underbetyg till befintlig svensk lagstiftning. Det skulle inte vara första gången EU beslutar om direktiv som vissa medlemsstater redan

uppfyller, och syftet har inte varit att förstärka upphovsmannaskyddet oavsett befintlig nationell nivå.

Enligt Bonnierförlagen finns flera fördelar med att använda 36 § avtalslagen som lösning, utöver att undvika onödig lagstiftning. Ersättningens skälighet torde i många fall vara åtminstone delvis beroende av övriga villkor i avtalet, till exempel upplåtelsens omfattning i tid, territorium etc. (jfr. skäl 78 till direktivet där det sägs att "[b]edömningen av situationen bör ta hänsyn till de specifika omständigheterna i varje enskilt fall [...]"). På motsvarande sätt kan utbetalning av ytterligare skälig ersättning också tänkas påverka skäligheten av andra villkor i avtalet. Skälighetsbedömningen måste således göras utifrån samtliga relevanta omständigheter och villkor i avtalet – inte bara utifrån avtalad ersättning och senare influtna intäkter. En sådan ordning undviker dessutom att de respektive bestämmelserna åberopas samtidigt eller efter varandra av parter som önskar utverka högre ersättning respektive åstadkomma annan justering av avtal, varvid domstolarna måste beakta två parallellt tillämpliga jämningsklausuler.

Genom att istället subsumera de båda situationerna under 36 § avtalslagen möjliggörs helhetsbedömningar och justeringar av inte bara ersättningsnivåerna utan villkoren och omständigheterna i dess helhet. På så vis uppnås mer balanserade utfall. Det kan till exempel inte uteslutas att den ekonomiska kalkylen för ett bokförlag som förpliktas att utge ytterligare ersättning förändras på ett sådant sätt att förlaget självt åberopar 36 § avtalslagen för att få till stånd hävning eller jämkning av avtalet (jfr. s. 255 f). Då uppstår normkonflikt mellan å ena sidan en "binär" jämningsparagraf som endast tar hänsyn till ursprunglig ersättning och förvärvarens senare intäkter, och å andra sidan en generalklausul enligt vilken samtliga relevanta omständigheter får beaktas och parternas inbördes styrkeförhållanden inte presumeras på förhand. Det riskerar att bli en svåröslig juridisk ekvation.

Utöver avtalsvillkor missar 29 § 2 st. andra relevanta omständigheter, t.ex. de intäkter en överlåtande upphovsman har till följd av den s.k. bibliotekersättningen (förordning 1962:652 om Sveriges författarfond) och den s.k. talboksersättningen. Sådana intäktsposter kan vara relevanta för avtalets ingående och bör, med hänsyn till det upphovsrättsliga ekosystemets helhet, kunna beaktas vid bedömningen av om den ursprungliga ersättningen är uppenbart oproportionerlig.

Ett annat tungt vägande skäl för att låta 36 § avtalslagen genomföra artikel 20 är, som utredningen påpekar (s. 198 f), att det är något oklart huruvida artikel 20 ska förstås som möjlig grund för upphovsmän att kräva ersättning för intäkter som förvärvare har *haft* (obligationsrättslig mekanism), eller endast som en avtalsanpassningsmekanism genom vilken upphovsmän kan åstadkomma framtida justering av avtal. Den förra tolkningen riskerar att leda till orimliga resultat och höga oväntade kostnader för förvärvare, särskilt om domstolarna är bundna till att endast beakta två parametrar: ursprunglig ersättning och senare intäkter. Vilka intäkter ett visst verk genererar beror också på många andra faktorer som ofta har koppling till förlagets kostnader, däribland den marknadsföring som skett. Liksom även anförts i författningskommentaren kan en framgångsrik kommersialisering av rättigheter bygga på stora investeringar och kommersiellt risktagande (s. 253 f). 36 § avtalslagen ger här större möjligheter att undvika orimliga utfall samt att anpassa gällande svensk rätt utifrån kommande avgöranden från EU-domstolen, utan att för den sakens skull kompromissa om upphovsmannaskyddet. För övrigt är det anmärkningsvärt att frågan lämnas olöst, och något lagstiftaren bör ha som ambition att åtgärda i den färdiga lagen enligt vad som anförts ovan. Kvarhängande osäkerhet kommer att leda till höjda transaktionskostnader och minskad aptit för att ingå avtal.

Lagstiftningstekniskt *förordar* Bonnierförlagen förslaget som framfördes i SOU 2010:24, d.v.s. att införa en hänvisning till 36 § avtalslagen i upphovsrättslagen och erinra om att denna är tillämplig även i förhållande till upphovsrättsliga avtal (s. 41 i samma utredning). För att säkerställa att en sådan hänvisning får avsedd effekt, kan den antingen i lagtext eller förarbete kompletteras med förtydligande om att avtalad ersättning ska justeras på grund av vad som i efterhand visar sig vara uppenbart oproportionerlig ersättning med hänsyn till förvärvarens intäkter.

Bonnierförlagen *avstyrker* därför departementets förslag om att införa en särskild regel för just upphovsrättsliga avtal.

Stor försiktighet bör iakttas om en ny regel ändå ska införas

Om en sådan regel ändå ska införas bör detta ske med stor varsamhet och beaktande av de särskilda omständigheter som föreligger i varje enskilt fall. Som tidigare beskrivits kan förutsättningarna för ett upphovsrättsligt avtal se mycket olika ut beroende på de rättigheter som överläts, upphovsmannens enskilda bidrag till verket som helhet, etc. Det framstår till exempel inte alls som att direktivets syfte är att försätta upphovsmannen i samma situation som om det fulla ekonomiska värdet hade varit känt redan vid avtalstillfället. Ändamålet går snarare i linje med just 36 § avtalslagen, d.v.s. att korrigera tydliga missförhållanden och ge en möjlighet att justera ersättningar som, givet oförutsedda omständigheter, kan anses vara uppenbart oproportionerligt låga. Departementet konstaterar att det torde krävas ett relativt tydligt missförhållande mellan den avtalade ersättningen och det ekonomiska värde som rättigheten visat sig ha efter överlåtelsen (s. 198). I författningskommentaren används formuleringen "tydligt missförhållande" (s. 254). I förarbetena *förordar* Bonnierförlagen att det uttrycks på samma sätt som i direktivet, nämligen ett det finns ett "uppenbart" missförhållande. Att istället benämna det som till exempel "relativt tydligt" missförhållande riskerar att sänka tillämpningströskeln avsevärt i strid med direktivtexten.

Bonnierförlagen noterar också att ej skälig ersättning inte nödvändigtvis är detsamma som oskälig ersättning. Detta bör rimligen både ha bäring på *när* jämkning enligt avtalsanpassningsregeln kan komma ifråga, och *hur* beräkningen av sådan avtalsanpassning ska göras.

Bonnierförlagen delar departementets tolkning att enbart faktorer som inte var kända vid avtalsingåendet bör kunna ligga till grund för en senare justering av den överenskomna ersättningen. Sådana aspekter som parterna har eller kan antas ha känt till måste de anses ha tagit ställning till vid avtalets ingående. Som departementet också anför ligger detta i linje med den nya bestämmelsen om skälig ersättning som syftar till att säkerställa att ersättningen vid avtalstillfället var just skälig.

Liksom departementet uppfattar Bonnierförlagen det som att rätten till skälig ersättning (29 § 1 st.) och rätten till ytterligare skälig ersättning (29 § 2 st.) ska bedömas separat från varandra. Detta innebär också att de båda skulle kunna användas för senare krav från en upphovsman, men på olika grunder. Av denna anledning framstår det som uppenbart att rätten till ytterligare skälig ersättning först kan komma i fråga i den situationen att nya omständigheter föreligger som parterna inte har eller kan antas ha känt till vid avtalets tillkomst. För det fall att den ursprungliga ersättningen inte varit skälig, med beaktande av vad som då var känt, torde den kunna angripas via 29 § 1 st.

I övrigt ser Bonnierförlagen behov av ytterligare några förtydliganden kring ställningstagandet som departementet gör om när ytterligare skälig ersättning ska utgå.

Många upphovsrättsliga verk, till exempel en bok, är i den slutliga form som försäljs ett resultat av ett flertal upphovsmäns individuella eller gemensamma verk. Frågan blir då hur den överenskomna ersättningens proportionerlighet ska bedömas mot intäkterna och även vilka intäkter som kan anses som relevanta vid bedömningen av en viss upphovsmans eventuella rätt till ytterligare skälig ersättning. Upphovsmannens bidrag måste alltså knytas till förvärvarens intäkter. Det är en någorlunda enkel övning om ingen annan upphovsman är involverad i att skapa produkten som genererar intäkter, men desto mer komplicerad om exempelvis tre författare gemensamt skrivits ett manuskript. Ska man då se till författarnas respektive andel av textmassan, vem av dem som skrivit de populäraste passagera som synes driva försäljningen, eller något annat?

Det kan antas föreligga betydande skillnader mellan de olika deltagande verkens påverkan på den faktiska försäljningen och därmed på intäkten. Således bör det vara fullt möjligt att de totala intäkterna för en viss bok kan leda till slutsatsen att en upphovsman erhållit för låg ersättning, medan en annan upphovsman som bidragit till samma bok fått mer än skäligt betalt (s. 207). Dessa gränsdragningar kommer att bli komplicerade att göra och oundvikligen baseras på vissa antaganden. Det är viktigt att denna problematik uppmärksammas grundligt i förarbetena.

Därutöver bör den valda ersättningsmodellen som sådan ha betydelse för bedömningen av vad som är uppenbart oproportionerligt. Vid rättighetsförvärv där verket skapas på direkt uppdrag av förlaget erhåller upphovsmannen normalt en fast ersättning, bl.a. för att upphovsmannen inte ska behöva vänta på att få betalt genom en rörlig ersättning, samt undvika att ta någon risk för eventuellt utebliven försäljning. Det bör klargöras att rätten till ytterligare ersättning i sådana situationer rimligen bör bedömas mer restriktivt och – i enlighet med marknadsekonomiska grundsatser – reflektera riskfördelningen parterna emellan. Tillkommande kompensation bör då inte motsvara vad som hade utgått om upphovsmannen själv tagit en större risk vid finansieringen av verket, utan ett avsevärt avdrag måste göras som speglar att upphovsmannen trots allt inte tagit ekonomisk risk. En möjlig konsekvens av regeln är annars att upphovsmän i mindre utsträckning kommer att erbjudas fasta ersättningar, och därmed behöva ta en större risk. Det skulle även kunna leda till att skapare av uppdragsbetonade verk skulle välja bort att arbeta med smalare utgivning som har lägre försäljningspotential.

Slutligen är det angeläget att bedömningen tar hänsyn till att ett ökat ekonomiskt värde av rätten helt eller delvis har sin grund i investeringar som gjorts eller åtgärder som vidtagits av förvärvaren (s. 255).

Särskilt om arvingar

Bonnierförlagen instämmer i att arvingar som på grund av universalsuccession inträder i en upphovsmans befintliga avtalsrelationer bör kunna göra gällande krav på såväl skälig ersättning som ytterligare ersättning enligt 29 §. Här efterfrågar Bonnierförlagen emellertid också att ett tydliggörande införs i förarbetena om att arvingar som *efter* upphovsmannens död överlåter dennes upphovsrätt inte kan åberopa ersättningskrav enligt 29 §. Bonnierförlagen efterfrågar också tydliggörande om huruvida dödsbo eller andra juridiska personer som förvaltar eller övertar överlåtelseavtal ska kunna göra gällande rättigheter enligt 29 §.

Retroaktivitet

Det är ytterst angeläget att marknadens parter nu och i framtiden ska kunna förlita sig på att ingångna avtal gäller och att förutsättningarna för redan ingångna avtal inte ändras i efterhand. Bonnierförlagen ser inte skäl att frångå principen just på det upphovsrättsliga området. Det skulle leda till en osäkerhet för såväl förlag som upphovsmän och riskerar att riva upp de fungerande avtals- och ersättningsmodeller som redan finns. Tveksamhet kring ingångna avtals giltighet riskerar förlagens ekonomiska bedömningar och framtidsplaner. Detta skulle sannolikt påverka den smalare utgivningen mest, där de ekonomiska riskerna är störst. Det är angeläget att bokförlagen ges utrymme att satsa på titlar som, även om de inte bedöms som självklart kommersiellt gångbara, kan ha ett stort litterärt värde. Samma sak gäller möjligheterna att investera i oprövade kort i form av debutanter eller översatt litteratur.

Principen om att nya obligationsrättsliga regler inte bör tillämpas retroaktivt på redan ingångna avtal är en huvudregel som skänker trygghet och stabilitet till marknadens parter och möjliggör för medborgarna att planera sina ekonomiska förhållanden utifrån gällande rätt (SOU 1975:75 s. 159). Om huvudregeln ska frångås bör det föreligga synnerligen starka skäl, vilket historiskt sett har varit sällsynt. Retroaktiv tillämpning av 36 § avtalslagen motiverades av att sådan retroaktivitet tidigare varit kutym vid införanden av generalklausuler (prop. 1975/76:81 s. 149), rimligtvis eftersom det ligger i sådana reglers flexibla natur att olämpliga effekter ändå kan undvikas. Domstolarna uppmanades dessutom i förarbetena att ta hänsyn till om avtal slutits innan eller efter införandet av lagändringen, och kunde alltså välja att inte retroaktivt justera avtal om det skulle innebära orimlig oförutsebarhet. De negativa konsekvenserna kunde sålunda minimeras. Departementens föreslagna retroaktivitet avser emellertid ingen töjbar generalklausul utan en avtalsanpassningsmekanism (möjligen tillika grund för retroaktiva obligationsrättsliga anspråk) som endast tar hänsyn till två på förhand bestämda parametrar, vilket innebär att risken för orimliga utfall bakåt i tiden är avsevärt högre. Detta är ännu mer påtagligt om regeln faktiskt utgör grund för upphovsmän att framställa retroaktiva fordringsanspråk, vilket departementet inte synes utesluta.

Ett annat exempel på retroaktiv civilrättslig lagstiftning är konkurrensreglerna på 90-talet, som gavs tillbakaverkande tillämpning med hänvisning till att starka samhällsintressen så krävde, exempelvis att snabbt och effektivt kunna motverka konkurrensbegränsningar i det svenska näringslivet och förbättra situationen för det breda konsumentkollektivet (prop. 1992/93:56 s. 56). Motsvarande tvingande intressen synes inte föreligga här. Upphovsmän åtnjuter redan långtgående indispositivt skydd, inte minst i form av kollektiva förhandlingsmöjligheter och 36 § avtalslagen, och verkar på en välfungerande marknad med sund konkurrens. Denna marknad är dessutom mycket avgränsad och ingen som påverkar samhällsekonomin i stort. Därtill bör noteras att konkurrenslagstiftningens retroaktiva effekt var ogiltighet – d.v.s. att partsförpliktelser upphävdes – medan den föreslagna avtalsanpassningsmekanismen medför den mer ingripande effekten att *ålägga* förpliktelser och reducera värdet av gjorda investeringar.

Departementet har föreslagit att mekanismen om avtalsanpassning ska tillämpas även på avtal som inte är äldre än 10 år när reglerna träder i kraft. Bonnierförlagen opponerar sig mot detta på både principiella och sakliga grunder. Trots att departementet självt uppmärksammar att retroaktiv lagstiftning bara bör komma ifråga om starka skäl talar för (s. 187) motiverar man endast det aktuella förslaget med att regeln bara skulle träffa tydliga missförhållanden och därför är "rimlig" att utsträcka bakåt i tiden. Det är inte övertygande. Mer eller mindre

samtlig tvingande civilrättslig lagstiftning syftar till att undvika missförhållanden – tydliga eller svårupptäckta – men kan inte för den sakens skull automatiskt anses påkallad att ge retroaktiv verkan (se exempelvis prop. 1989/90:89 s. 58 beträffande konsumentskyddslagen). Här efterfrågar Bonnierförlagen en mer noggrann redogörelse för vilka starka skäl som talar för retroaktivitet, samt en avvägning mellan de motstående intressen som då aktualiseras. Dessutom kan, så som Bonnierförlagen uppmärksammat ovan, redan generalklausulen i 36 § avtalslagen användas till att justera kompensationsnivåerna i äldre avtal. Det innebär att retroaktiv lagstiftning inte bara är olämplig utan också onödig.

Utän något angivet stöd menar departementet att den upphovsrättsliga marknaden för tio år sedan inte "skiljde sig i alltför stor utsträckning" från dagens. I själva verket har den upphovsrättsliga marknaden på bokområdet genomgått stora förändringar under denna tidsperiod. Framförallt har en stor utveckling skett på det digitala området för ljudböcker. För tio år sedan var dessa i princip uteslutande exemplarbundna, i form av CD-böcker. Streamingtjänster likt BookBeat, Storytel, m.fl. förekom i mycket begränsad omfattning. Tidigare producerades i princip endast storsäljare i ljudboksformat men numera är det snarare regel än undantag att böcker även ges ut som ljudböcker, vilket kräver stora investeringar och ökar förlagens ekonomiska risk.

Den föreslagna tidsperioden om ett jämnt decennium förefaller således godtyckligt vald; möjligen inspirerad av den allmänna preskriptionsfristen snarare än en faktisk marknadsanalys. Bonnierförlagen *avstyrker* således en tillämpning av 29 § 2 st. på redan ingångna avtal.

Om avtalsjusteringsmekanismen trots allt ändå ska ges retroaktiv tillämpning bör den inte utsträckas längre än till april 2019 när direktivet antogs. Då kan det antas att marknadsaktörerna började planera inför ökade avtalskostnader och att marknaden såg ut ungefär som den gör idag (även om den alltjämt befinner sig i konstant utveckling).

Bonnierförlagen noterar också att departementet inte synes ha utrett huruvida den föreslagna retroaktiviteten är förenlig med egendomsskyddet i regeringsformen, Europakonventionen, eller – eftersom sannolikt även den retroaktiva delen av förslaget anses genomföra unionsrätt – EU-stadgan.

4. Rätt till information (29 a-c §)

Inom förlagsområdet finns en hög grad av transparens och en välfungerande praxis för regelbundna rapporter till royaltymottagare. Att löpande redovisa försäljning och royalty till ett stort antal upphovsmän kräver redan idag stora resurser från förlagen, både vad gäller system och personal. Kostnaderna för redovisningen ökar därmed samtidigt som antalet rapporter ökar. Ur ett förlagsperspektiv är det – vilket även utredningen genomgående uppmärksammar – därför av stor vikt att ökade krav på information blir proportionella och ändamålsenliga. Ett sådant synsätt torde även ligga i upphovsmännens intresse då ökade kostnader för rapporter belastar förlagets utgivningskostnader och påverkar därmed i längden även andra kostnadsposter, där upphovsmännens ersättningar ingår. Ökade kostnader minskar också förlagens utrymme till en bred utgivning och försvårar för smalare titlar att hävda sig i konkurrensen.

Som tidigare beskrivits förekommer både rörliga och fasta ersättningar inom förlagsområdet. I de fall parterna överenskommit om en rörlig ersättning och förlag och upphovsman således

delar på intäkterna är löpande redovisning naturligt och nuvarande praxis inom förlagsområdet torde klart uppfylla direktivets krav.

Situationen ser emellertid annorlunda ut när verket är ett resultat av ett beställningsarbete med överenskommen fast ersättning. I sådana fall saknas anledning att löpande skicka rapporter till upphovsmännen. Såvitt gäller avtal med royalty som ersättningsmodell framgår vanligen rätten till information av avtalet som ligger till grund för upplåtelsen. För avtal med fast ersättning är det mer oklart vilken typ av information som kan vara av intresse för upphovsmännen att få löpande. Den enda anledningen till att upphovsmännen skulle gagnas av en rapport är för att göra sin rätt gällande såvitt avser eventuell ytterligare skälig ersättning enligt 29 § 2 st. Sådan ytterligare skälig ersättning kan endast komma i fråga om det föreligger ett "relativt tydligt missförhållande" (s. 198). Av såväl direktivet som departementets tolkning framgår att det är fråga om undantagsfall. Från ett förlagsperspektiv förefaller det inte proportionerligt att ålägga förlagen en utökad skyldighet att skicka löpande redovisningar som i en absolut majoritet av fallen inte kommer att vara till någon nytta för upphovsmännen. Bonnierförlagen konstaterar att detta inte heller förefaller vara direktivets syfte. Det bör vara fullgott att upphovsmännen i sådant fall kan få ut information på begäran. Bonnierförlagen *förordar* därför att ordet "eller" i 29 a § 1 st. mellan mom. 1 och mom. 2 byts ut mot "och", varvid löpande redovisningsskyldighet bara gäller i fall förvärvaren haft intäkter från utnyttjandet och där ersättningen till upphovsmannen beräknas på de löpande intäkterna från utnyttjandet. Skulle denna ståndpunkt inte vinna framgång, *förordar* Bonnierförlagen om att det åtminstone i förarbetena klargörs att presumtionen vid avtal om fast ersättning ska vara att det är oproportionerligt betungande att tillämpa den löpande informationsplikten, d.v.s. sådana verk bör alltid omfattas av 29 a § sista stycket.

Bonnierförlagen delar uppfattningen att bidrag som har begränsad betydelse för det ekonomiska värdet av helheten bör falla inom kategorin "ej betydande". Ordvalet är möjligen något olyckligt då det för enskilda upphovsmän skulle kunna framstå som att deras verk i sig saknar betydelse, vilket förstås inte är fallet. Ett verk ska inte klassas om "obetydligt" bara för att det inte föreligger rätt till löpande redovisning. Istället *förordar* Bonnierförlagen att det i förarbetena uttrycks som "ekonomiskt ej betydande verk" eller "i sammanhanget ekonomiskt ej betydande verk".

Genom bestämmelsen i 29 a § sista stycket ges också möjlighet att på begäran erhålla sådan information som behövs för att framställa krav på ytterligare skälig ersättning. Bonnierförlagen konstaterar att det i sakens natur bör ligga någon form av begränsning i hur ofta information kan begäras ut enligt sista stycket. Upphovsmannen bör på något sätt kunna motivera varför ytterligare ersättning kan komma i fråga och det bör oavsett inte gå att använda tredje stycket oftare än den rätt som framgår av första stycket, d.v.s. årligen.

I övrigt anser Bonnierförlagen liksom departementet att detaljerade, branschspecifika regler kring vilken information som ska lämnas, bör undvikas. Vilken information som är relevant skiljer sig rimligen åt mellan olika upphovsrättsliga branscher, men kan också tänkas variera mellan olika typer av upplåtna rättigheter samt över tid. Sådana detaljer lämnas därför lämpligen till marknadens parter och utgångspunkten bör vara att upphovsmännen inte har rätt till mer information än att de på ett rimligt sätt kan bedöma sin ersättning. Bonnierförlagen delar även uppfattningen att det inte bör finnas något formkrav när det gäller hur informationen lämnas till upphovsmännen.

Information från underlicenstagare

När ett förlag förvärvar rättigheter är det normalt för att i den egna verksamheten ge ut verket. Även om underlicensiering förekommer är det således att betrakta som ett undantag på förlagsområdet. Om underlicensiering sker har normalt förlaget samma intresse som upphovsmannen av att få information från underlicenstagaren. I många fall har förlaget även en skyldighet enligt sitt avtal med upphovsmannen att redovisa exempelvis intjänad royalty. Förlaget har vanligen en upparbetad affärsrelation till underlicenstagaren och Bonnierförlagen menar därför att det normala förfarandet bör vara att upphovsmannen vänder sig till sin avtalsmotpart i första hand. Rätten att begära ut information direkt från en underlicenstagare bör, liksom förslaget nu är utformat, vara möjligt först om informationen inte finns eller kan göras tillgänglig hos avtalsmotparten.

Rätten till information för äldre avtal

Bonnierförlagens uppfattning är att rätten till information bör begränsas till sådana avtal som ingås efter att de nya bestämmelserna trätt i kraft och *tillstyrker* att detta ska vara huvudregeln.

Givet Bonnierförlagens inställning i frågan om en retroaktiv tillämpning av mekanismen för avtalsanpassning finns inget behov av att rätten till information heller ska göras retroaktiv. Om så ändå ska ske *tillstyrker* Bonnierförlagen att sådan information bara bör lämnas på begäran.

5. Särskilt om ersättning enligt kollektivt förhandlat avtal

Skälig ersättning (29 § 1 st.)

Förlagsområdet har en lång historik av ramavtal och starka organisationer som samlar och företräder upphovsmännen. Mot bakgrund av syftet med skyddsbestämmelsen i 29 § 1 st. – att slå vakt om ensamma upphovsmän som befinner sig i sämre förhandlingsläge – och i linje med utredningen, är ett ytterligare sätt att skapa önskvärd klarhet och stabilitet att i lag eller åtminstone i förarbetena tydligt hänvisa till att ersättningar i kollektivt förhandlade avtal, som branschavtal eller ramavtal, ska förutsättas vara skäliga. Det bör även tydliggöras att kollektivt förhandlade avtal inte behöver vara kollektivavtal (s. 180). Inom förlagsområdet är den absoluta majoriteten av upphovsmän inte anställda och deras organisationer saknar möjlighet att ingå arbetsrättsliga kollektivavtal.

Ytterligare ersättning (29 § 2 st.)

Artikel 20 föreskriver tydligt att regleringen om ytterligare ersättning inte ska gälla för avtal som ingåtts av kollektiva förvaltningsorganisationer eller oberoende förvaltningsenheter. Inte heller ska den gälla om det finns ett tillämpligt kollektivavtal som innehåller en motsvarande avtalsjusteringsmekanism. På samma spår klargör skäl 78 att det vid bedömningen av om ersättningen är proportionerlig b.l.a. ska beaktas huruvida den är baserad på kollektivavtal.

Med kollektivavtal bör även i detta avseende andra kollektivt förhandlade avtal kunna jämföras.

Det är anmärkningsvärt att detta varken återspeglas i lagförslaget eller utredningen, särskilt med tanke på att direktivet inte synes lämna medlemsstaterna utrymme till andra lösningar och att Sverige har en välfungerande tradition av kollektiv rättighetsförvaltning, kollektiva förhandlingar och starka rättighetshavarorganisationer.

Att fästa avseende vid kollektivt förhandlade avtal har dessutom flera fördelar, inte minst att generell lagstiftning härigenom kan optimeras och anpassas utifrån bransch och partstyper på ett sätt som ökar förutsebarheten och minskar transaktionskostnaderna. Dessutom klargör en sådan lösning att arbetstagare, som enligt anställningsavtal överlåter upphovsrätt till sina arbetsgivare, inte är berättigade till ytterligare ersättning enligt 29 § 2 st. i den mån detta istället regleras i kollektivavtal (jfr. s. 205).

Förslag om att införa ett nytt stycke i 29 §

Bonnierförlagen hänvisar till tidigare resonemang kring att genomförandet av artikel 20 bör ske via 36 § avtalslagen. Med anledning av vad som anförts ovan förordar Bonnierförlagen att det införs ett nytt stycke i 29 §., inspirerat av 29 d § 3 st., som innehåller följande:

- Ersättning som följer av ett kollektivt förhandlat avtal ska
- alltid betraktas som skälig enligt första stycket samt
 - kunna undantas från rätten till ytterligare ersättning enligt (nuvarande) andra stycket.

Alternativt förordar Bonnierförlagen, om ovan förslag inte vinner gehör, att artikel 20 genomförs i dess helhet, d.v.s. inklusive hänvisningarna till kollektivt förhandlade avtal.

6. Rätt att häva ett avtal (29 d-e §)

Bonnierförlagen ser huvudsakligen positivt på att rättigheter inte onödigtvis "låses in" på så sätt att den som förvärvat rättigheterna sedan inte använder dem. En nyttjandeplikt för förlagsavtal har även sedan tidigare funnits i upphovsrättslagen, vilket tydligt avspeglats i branschpraxis. Det är också angeläget att reglerna utformas för att möjliggöra sektorspecifika avvägningar mellan marknadens parter. Inom förlagsområdet är det till exempel av vikt att förlagen ges utrymme att välja lämpliga tidpunkter för tilltryck, lansering av olika bokformat samt graden av lagerhållning. Att ge ut ett verk är förknippat med stora investeringskostnader från förlagets sida. Det handlar om redaktionellt arbete, översättningskostnader, formgivning, marknadsföring, inläsning, sättning, tryckning, etc. En del av ett bokförlags arbete är att möjliggöra så god avkastning som möjligt, vilket till exempel kräver utrymme att göra avvägningar för varje enskilt verk. Intäkterna från ett verk är idag inte lika fokuserade till det första årets utgivning, utan kan behöva betydligt längre tid på sig för att generera intäkter som täcker de initiala investeringskostnaderna. Det kan inte vara direktivets syfte att de nya reglerna ska tvinga förlagen att enbart fokusera på titlar med en tydlig och initial "bästsäljarpotential".

Bonnierförlagen *tillstyrker* därför departementets avvägning att rätten till hävning endast bör gälla om förfoganderätten inte alls har utnyttjats, eller då verket – efter att tidigare utnyttjats – har slutat utnyttjas (s. 217).

Inom vilken tid ett verk ska börja utnyttjas respektive åternyttjas i sådana fall där nyttjande av verket temporärt upphört, bör lämnas till marknadens parter att avgöra. Inom förlagsområdet finns redan idag en branschpraxis med avtalsvillkor som reglerar frågan om nyttjandeplikt. Här bör således detaljregleringar med tidsbestämda frister undvikas. Bonnierförlagen tolkar departementets förslag som att parterna ges möjlighet att själva komma överens om vad som är en rimlig tid från överlåtelsen, d.v.s. vilken tid förlaget har på sig att först nyttja verket. Om parterna genom avtal kommit överens om en sådan tid bör den tiden gälla. Först därefter bör det kunna bli aktuellt för upphovsmannen att enligt 29 d § uppmana förlaget att utnyttja verket för att i sista hand kunna göra sin hävningsrätt gällande. Däremot framstår det inte som ändamålsenligt att ange en tvingande tidsfrist om sex månader. En sådan tidsfrist skulle kunna anges som riktmärke, men parterna bör också kunna komma överens om en längre tid vid behov. Som regeln nu är utformad skulle ett förslag i sådana fall inte kunna lita på att de avtalade tidsfristerna gäller.

Generellt framstår 29 d § som en reglering som med fördel skulle kunna göras dispositiv i sin helhet och fungera normerande för marknaden, på samma sätt som nuvarande reglering om nyttjandeplikt fungerat.

Om det inte anses som en framkomlig väg så bör den fasta tidsgränsen enbart utgöra ett riktmärke i förarbeten. Under alla omständigheter bör hävningsrätten kunna hanteras fritt av parterna i avtal som bygger på kollektivt förhandlade avtal. Det är angeläget att begreppet kollektivt förhandlade avtal inte begränsas till kollektivavtal. Även andra avtal, som ramavtal, bör omfattas, vilket också förefaller vara departementets avsikt och tolkning. Detta bör förtydligas i förarbetena till den nya lagstiftningen så att någon tveksamhet inte kvarstår, särskilt med tanke på ordalydelsen av den svenska översättningen av direktivet.

Vidare bör det inte införas en möjlighet för upphovsmannen att upphäva ett avtals exklusiva karaktär. Exklusiviteten är en grundpelare i rättighetsupplåtelseerna inom förlagsområdet och sannolikt även inom de flesta andra upphovsrättsliga branscher. I de fall ett icke exklusivt avtal kan komma i fråga bör det alltid överenskommas mellan parterna. Precis som departementet anför påverkas normalt ersättningarna i en sådan situation då en icke exklusiv upplåtelse helt enkelt inte är lika ekonomiskt värdefull. Det kan även påverka flera andra villkor och avvägningar, till exempel möjliga intäkter, och därmed förlagets möjlighet att investera i marknadsföring och andra kostnader i verket.

Bonnierförlagen instämmer till fullo i att för verk med fler än en upphovsman bör hävningsrätt endast komma i fråga om samtliga upphovsmän har grund för och är överens om att häva sina avtal såvitt avser verket.

7. Företagshemligheter

Bonnierförlagen delar den uppfattning som tidigare framförts av Svenska Förläggareföreningen, d.v.s. att skyddet för företagshemligheter måste bibehållas även vid tillämpning av direktivets transparenskrav. Det vore naturligtvis mycket problematiskt om förlag och andra förvärvare av rättigheter tvingades sprida företagshemligheter vidare till ett stort antal personer. Varje förlag måste självständigt kunna bygga sina relationer med samarbetspartners och en förutsättning för detta och för en sund konkurrens är att

företagshemligheter tillåts stanna inom en begränsad krets. Under inga omständigheter ska informationen kunna användas för andra ändamål än för att upphovsmannen ska ges möjlighet att hävda sina rättigheter enligt direktivet.

Om lagstiftaren bedömer att det saknas möjlighet att helt undanta information som utgör företagshemligheter från transparenskravet *tillstyrker* Bonnierförlagen den lösning som departementet föreslår för att minska risken för att företagshemligheter röjs på grund av informationsplikten, d.v.s. erinran om uppgifter som utlämnas av förvärvare till upphovsmän enligt 29 d § kan kvalificeras som företagshemligheter och då omfattas av lag (2018:558) om företagshemligheter ("FHL") samt att utlämnande då sker i förtroende enligt 6 § FHL. Bonnierförlagen *förordar* att det i förarbetena även förklaras vad detta innebär, d.v.s. att användning av informationen för annat än det uttryckliga syftet eller något röjande av densamma innebär skadeståndsskyldighet och potentiellt även andra sanktioner enligt FHL.

Därutöver *förordar* Bonnierförlagen att det i lagtexten även anges att 9 § FHL ska tillämpas på informationen i potentiellt nästa led, d.v.s. med förtydligande om att personer som upphovsmän eller upphovsmannarepresentanter vidareförmedlar företagshemligheter till i syfte att göra sin rätt gällande (t.ex. agenter eller juridiska ombud) och som i sin tur angriper företagshemligheterna, ska ersätta den skada som därmed uppkommer. Härigenom kan förhoppningsvis den faktiskt påtagliga risken för läckage som informationsplikten medför minskas något. Tillämpningen av en kombination av 6 och 9 §§ FHL innebär ett system motsvarande det som följer av 8 § FHL, d.v.s. en reglering av ansvaret i olika led för det fall att företagshemlighet lämnats ut på grund av domstolsbeslut. Skulle förslaget innebära en lägre nivå av skydd för företagshemligheter, kommer det annars vara att föredra att information inte lämnas ut frivilligt utan istället enbart efter domstolsbeslut. Det kan inte vara önskvärt eller ändamålsenligt att skapa sådant incitament.

8. Alternativ tvistlösning

Bonnierförlagen delar departementets uppfattning att befintlig svensk rätt är tillräcklig för att genomföra direktivets krav på alternativ tvistlösning och *förordar* att denna motivering (s. 223 f) införs i förarbetena.

Stockholm den 13 december 2021

Mattias Fyrenius, VD

Maria Martinsson, förlagsjurist