

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

Svenska Förläggareföreningen har givits möjlighet att yttra sig över rubricerade betänkande, och vill lämna följande synpunkter.

Vi hänvisar även till de synpunkter som redan lämnats till departementet i föreningens yttranden den 27 januari och 28 maj 2020, vilka bifogas detta yttrande och utgör del av vårt remissvar.

Om Svenska Förläggareföreningen

Svenska Förläggareföreningen är de svenska allmänutgivande bokförlagens branschorganisation. Våra medlemmar är professionella bokförlag av varierad storlek vars utgivning spänner över alla genrer och format. Tillsammans svarar medlemmarna i Förläggareföreningen för cirka 70% av branschens omsättning.

Sammanfattning

Svenska Förläggareföreningen har valt att yttra sig över promemorians kapitel 5 (Nya inskränkningar i upphovsrätten), kapitel 6 (Kulturarvsinstitutioners användning av verk som inte finns i handeln), kapitel 12 (Upphovsrättsligt ansvar för vissa leverantörer av onlinetjänster) samt kapitel 13 (Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt).

Sammanfattningsvis anser Svenska Förläggareföreningen att:

- Den svenska implementeringen ska vara en minimiharmonisering. Promemorian innehåller förslag till lagstiftning som går betydligt längre än vad direktivet föreskriver, inte minst i kapitel 13 som avser ingrepp i avtalsfriheten. Då uttolkning av regelverket sker av EU-domstolen, riskerar detta att leda till stor osäkerhet vid praktiska tillämpningen av reglerna;
- Kommande lagstiftning måste ge rättstillämpningen flexibilitet att ta hänsyn till olika branschers särdrag och funktionssätt;
- Det bör införas en kompensationsordning för utnyttjande av inskränkningen i 13 §;
- 15 a § behöver stramas åt vad avser krav på säker hantering samt kontrollansvar avseende huruvida det finns förbehåll gjorda för specifika verk;
- Utlån av en viss bok via folkbiblioteken ska likställas med att verket finns i handeln;

- Regleringen av art 17 bör ligga närmare direktivtexten. Syftet med bestämmelsen förfelas om enbart de största globala aktörerna träffas av bestämmelsen;
- Bestämmelserna i ersättningskapitlet bör inte göras tillämpliga på arvingar och testamentstagare;
- Regleringen om skälig ersättning i 29 § bör göras dispositiv;
- Förarbetena bör klargöra att engångsbelopp kan utgöra skälig ersättning enligt 29 § 1 st. i flera olika situationer, samt att domstolarna, vid bedömningen av vad som är skälig ersättning, bör beakta upphovsmannens uttryckta vilja och huruvida upphovsrätten överlåtits i samband med kollektiva förhandlingar;
- Krav på skälig ersättning enligt 29 § 1 st. bör prekluderas sex månader efter att upphovsrätten överlåtits;
- 29 § bör kompletteras med ett nytt tredje stycke som stadgar att kollektivt förhandlade ersättningar ska förutsättas vara skäliga, likt det föreslagna undantaget i 29 d § 3 st;
- 36 § avtalslagen genomför redan art 20 på ett tillfredsställande sätt som har flera fördelar framför den föreslagna nya jämkningsbestämmelsen i 29 §, bl a 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;
- Den inbördes relationen mellan 29 § 1 st. och 2 st. bör klargöras i förarbetena, särskilt det faktum att bestämmelserna berättigar till olika nivåer av ersättning – den förra till ”skälig” ersättning och den senare till ”inte uppenbart oproportionerlig ersättning”;
- Det saknas grund för retroaktiv tillämpning av 29 § 2 st. Sådan bakåtverkande lagstiftning är opåkallad utifrån direktivet och oförenlig med svensk rättstradition;
- Vid proportionalitetsbedömning i relation till informationsplikten ska kunna vägas in en lättnad till förmån för den informationsskyldige då upphovsmannen ersätts med engångsbelopp. Det bör införas en gräns för hur ofta en upphovsman kan kräva information enligt 29 a 5 st;
- Information som utgör företagshemligheter ska inte omfattas av informationsplikten i 29 a §;
- 29 d § bör göras dispositiv och det bör samtidigt inte införas en möjlighet för upphovsmannen att upphäva ett avtals exklusiva karaktär.

1. Nya inskränkningar i upphovsrätten (kapitel 5)

Användning av verk vid undervisning

Svenska Förläggareföreningen ansluter sig till Bonus Copyright Access remissvar i denna del men vill understryka följande.

Svenska Förläggareföreningen delar inte departementets bedömning att införandet av en kompensationsordning vid användning av verk vid undervisning skulle innebära

administrativa bördor för de berörda 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.

Svenska Förläggareföreningen *avstyrker* därför förslaget att det inte ska införas någon särskild rätt till kompensation utan förordar att rättighetshavarna ska få rimlig kompensation för den användning som kan ske med stöd av inskränkningen.

Framställning av exemplar för text- och datautvinning

De nya inskränkningar som utgår ifrån direktivets artikel 3 och 4 har gjorts obligatoriska för medlemsländerna att införliva i sin lagstiftning. Med hänsyn till att det handlar om omfattande rättighetsinskränkningar som dessutom är svåröverblickbara eftersom användningen tar sikte på en ny form av teknik som är svår att helt förstå konsekvenserna av, är det av yttersta vikt att särskilda hänsyn tas in både i lagtext och förarbeten.

15 a § saknar t ex motsvarande krav på säker lagring av skyddat material som återfinns i 15 b §, vilket behöver åtgärdas i lagtexten. Privata aktörer har genom den nya inskränkningen i 15 a § rätt att hantera stora mängder upphovsrättsligt skyddat innehåll. Det bör i lagtexten särskilt framgå att det vid sådan användning också följer krav på säker hantering av innehållet.

15 a § 2 st. innebär att inskränkningen enligt första stycket inte gäller om rättighetshavare har förbehållit sig rätten som avses i första stycket. Detta är en mycket viktig begränsning, men det saknas ett tydliggörande av att ansvaret för att kontrollera huruvida ett sådant förbehåll har gjorts ska ligga på den aktör som har rätt till inskränkningen.

Svenska Förläggareföreningen kan endast tillstyrka 15 a § om ovan nämnda tillägg görs i lagtext och förarbeten.

2. Kulturarvsinstitutioners användning av verk som inte finns i handeln (kapitel 6)

I 16 e § införs en ny inskränkning i upphovsrättslagen som möjliggör för kulturarvsinstitutioner att i vissa fall förfoga över verk som inte finns i handeln. Rättighetshavare kan meddela förbud mot sådant förfogande vilket är en mycket viktig begränsning.

Utifrån bokbranschens perspektiv bör dock påtalas att begreppet ”inte finns i handeln” behöver förtydligas närmare. Verk som vid ett givet tillfälle inte finns i handeln kan ändå ha ett kommersiellt värde i närtid. Det bör räcka att verket finns tillgängligt i något format för att det ska anses finnas tillgängligt i handeln. Vidare bör verk som finns tillgängliga på folkbiblioteken för utlån likställas med att verket finns tillgängligt i handeln. Beträffande e-böcker är detta inte bara ett likställande utan en realitet. Utlån av e-böcker via folkbiblioteken behandlas som ett vanligt köp hos förlaget. Att t ex KB (Kungliga Biblioteket) eller

annan kulturarvsinstitution skulle få lov att utnyttja inskränkningen i 16 e § avseende verk i sin samling samtidigt som verket går att låna digitalt på bibliotek ligger bortom syftet med direktivet i denna del.

För att kunna tillstyrka 16 e § behöver ovanstående tillägg tas in i förarbetena.

3. Upphovsrättsligt ansvar för vissa leverantörer av onlinetjänster (kapitel 12)

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

Allt fler företag har upphovsrätten som affärsmodell och skyddet för immateriella 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. 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 träffas skulle därför strida mot syftet med regleringen. Sådana skrivningar bör därför inte finnas med i en kommande förarbeten.

Svenska Förläggareföreningen menar 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. Svenska Förläggareföreningen förordar därför en reglering som tydligt anger att inte bara de största, globala tjänsterna ska omfattas och där lagtexten ligger närmare de bakomliggande artikeltexterna.

4. Nya regler om överlåtelse av upphovsrätt (kapitel 13)

Inledande överväganden

Bestämmelserna i direktivets art. 18 – 23 lämnar ett stort utrymme för medlemsstaterna att själva bestämma över det närmare innehållet. Direktivet utgår ifrån att nationella regler som antas bör ta hänsyn till de varierande förhållanden som gör sig gällande inom olika sektorer

och branscher. Vi 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 har reglerats specifikt i upphovsrättslagen. Denna ordning har under lång tid fungerat väl och verkat normerande för branschens konstitution och utveckling. Flera av dessa branschspecifika regler ska nu upphävas till förmån för allmänna och tvingande regler där särskild branschsänsyn saknas. Vi är inte principiellt emot en sådan reform, men som framgår här nedan menar vi att en del av de nya indispositiva lagförslagen riskerar att omstörta en redan fungerande ordning. Det kan varken vara lagstiftarens intention eller sak att bidra till.

Allmänt om bokbranschen och rådande ersättningsmodeller

Bokbranschens avtal om överlåtelse av upphovsrätt med tillhörande praxis är sprungna ur framförhandlade ramavtal mellan Sveriges Författarförbund och Svenska Förläggareföreningen. Utifrån dessa branschavtal har etablerats en branschpraxis av de ersättningsmodeller som är rådande i branschen.

Gängse ersättningsmodell för författaravtal innebär ersättning i två steg; dels utgår ett förskott utan återbetalningsskyldighet och dels ersätts författaren för all försäljning utifrån en överenskommen royalty (intäktsdelning). Storleken på förskottet beräknas huvudsakligen efter verkets försäljningspotential. Royaltymodellen innehåller inte sällan en trappa genom vilken högre royalty utgår ju större försäljningen är.

För översättaravtal, dvs avtal då förlaget uppdrar åt en översättare att översätta ett verk som förlaget innehar originalrätten till, gäller däremot ersättning genom engångsarvode. Även detta är en ordning som har sitt ursprung i ramavtal mellan Sveriges Författarförbund och Svenska Förläggareföreningen.

Fasta ersättningar används generellt 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.

Tillämpningen av engångsarvode (till skillnad från ersättning med royalty) innebär att upphovsmannen slipper att dela risk med förlaget avseende försäljningen av verket. Om upphovsmän som ersätts med engångsersättning istället skulle gå över till en royaltymodell, skulle det innebära betydligt lägre ersättning inledningsvis, och möjligen även totalt då den sammantagna ersättningen är beroende av försäljningen av verket.

För allmänutgivande förlag går generellt sett en till två böcker av tio med vinst. Det stora antalet böcker som ges ut av ett förlag kompenserar därmed aldrig för förlagets investering i det enskilda verket. Det är istället en eller ett par titlar som bär upp övrig utgivning och som möjliggör för förlag att ge ut titlar som kan uppfattas som mindre kommersiellt gångbara men t ex av högt litterärt värde.

Systematiken i förlagsekonomin innebär att ett litet förlag, med färre titlar per år, är betydligt mer sårbart än ett stort förlag. Det stora förlaget mäktar med att ha en bredare utgivning vilket innebär större riskspridning, eftersom fler verk kan antas nå kommersiell framgång och därmed bekosta övrig utgivning. De investeringar som görs av förlaget i varje verk är dock desamma oavsett storlek på förlaget.

Ett manus som antas av ett förlag för utgivning innebär alltid ett ekonomiskt risktagande. Det finns därför behov av att kunna differentiera ersättningen till upphovsmän utan att det är att anse som oskäligt. Vid utgivning av en debuterande författares verk finns högre grad av risktagande än vid utgivning av en etablerad författare. Att förlaget står den ekonomiska risken för ett verks försäljningsframgång är en grundläggande premiss i förlagets verksamhet. En snedvridning av förlagens möjligheter att ersätta upphovsmännen på ett differentierat sätt riskerar att framförallt drabba nya och mindre kommersiella författare, till förmån för etablerade bästsäljande författare.

Om arvingar

Svenska Förläggareföreningen *delar inte* departementets bedömning att de föreslagna reglerna även ska gälla till förmån för en arvinge eller testamentstagare som trätt i upphovsmannens ställe, s. 183. Direktivet syftar mycket tydligt till att skydda upphovsmän och utövande konstnärer, samt dessas position på den kommersiella avtalsmarknaden. Det handlar om individer som huvudsakligen lever på sitt skapande och de rättigheter som skapandet genererar.

Med detta syfte som fond föreslås nya bestämmelser som på ett ingripande sätt innebär inskränkningar i principen om avtalsfrihet. Det torde vara uppenbart att det bakomliggande syftet inte är relevant i förhållande till fysiska eller juridiska personer som genom arv eller testamente övertagit upphovsrätten till ett bestämt verk.

En praktisk konsekvens av departementets föreslagna ordning innebär att rätten till information även kan gälla i förhållande till en arvinge. Hur en sådan ordning, som uppenbarligen är oerhört betungande att leva upp till (inte minst för det lilla förlaget), kan anses ha stöd i direktivet ifrågasätter Svenska Förläggareföreningen.

Rätt till skälig ersättning

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

Direktivets artikel 18 fastslår en skälighetsprincip, som medlemsländerna är fria att införliva i nationell lagstiftning som en princip eller en dispositiv bestämmelse. Direktivets avsikt med art 18 *är inte* att fastslå en absolut rätt till ersättning. Principen om skälig ersättning är redan idag införlivad i svensk rätt och i avtal om överlåtelse av upphovsrätt.

Inom förlagsområdet är relationen mellan förlag och upphovsman ofta mycket långsiktig och det ligger i förlagens 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. Upplåtelser av rättigheter i förlagsavtal är idag tidsbestämda (ett förlagsavtal har typiskt sett en avtalstid på sju år), 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.

Svenska Förläggareföreningen menar att det inte är möjligt att titta på ersättningen isolerat från andra villkor i överlåtelseavtalet, i bedömningen av huruvida en överenskommen ersättning är att anse som skälig. Skäligheten i en överenskommen ersättning har en direkt relation till andra villkor i avtalet, såsom t ex omfattning av överlåtelsen i tid och rum.

Skälig ersättning på förlagsområdet

Inom förlagsområdet förekommer, som tidigare nämnts, 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.

Oavsett ersättningsmodell är det förlaget som står den stora ekonomiska risken för eventuell utebliven försäljning. Utöver ersättning för rättigheter (till författare, översättare, illustratörer, fotografer, inläsare m.fl.) har förlaget kostnader för bland annat redaktionellt arbete med manus, sättning, tryckning, marknadsföring, distribution, redovisningar och utbetalningar. Som nämns ovan i de inledande överväganden förekommer det inte sällan 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. Detta bör på ett tydligt sätt klargöras i förarbetena för att minska risken för osäkerhet om hur den nya bestämmelsen ska tillämpas. Svenska Förläggareföreningen *tillstyrker* att indikationer på att den avtalade ersättningen är 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 i förarbetena.

Förlagsområdet har också 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 ett tredje stycke i 29 § eller åtminstone i förarbetena tydligt hänvisa till att ersättningar i kollektivt förhandlade avtal, som branschavtal eller ramavtal, ska presumeras vara skäliga i (jfr. också föreslagna 29 d § 3 st.). Det bör även tydliggöras att kollektivt förhandlade avtal inte behöver vara kollektivavtal. Inom förlagsområdet är den absoluta majoriteten av upphovsmän inte anställda och deras organisationer saknar möjlighet att ingå arbetsrättsliga kollektivavtal.

Av promemorian framgår att direktivet inte utesluter ersättningsfria överlåtelse. Svenska Förläggareföreningen delar denna uppfattning, och vill understryka vikten av detta tas in förarbetena. I bokbranschen förekommer inte sällan att ett förlag engagerar författare, eller tvärtom, för att ensamt eller tillsammans med andra medverka i utgivningar utan något kommersiellt intresse. Det kan handla om utgivningar om värnandet av yttrandefrihet eller andra demokratiska värden. För många förlag är den formen av utgivning en viktig del av sin identitet och författare vill ofta bidra till sådan utgivning trots att det inte finns någon ersättning att hämta. I dessa utgivningar överlåter författare i regel sina rättigheter till förlaget utan krav på ersättning. Hur en absolut rätt till skälig ersättning förhåller sig till ersättningsfria överlåtelse är oklar. Av detta följer att en ny regel om skälig ersättning bör vara dispositiv.

Rätt till skälig ersättning ska inte gälla retroaktivt för redan ingångna avtal

Svenska Förläggareföreningen *tillstyrker* departementets förslag att rätten till skälig ersättning inte ska 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 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* vi att anspråk på skälig ersättning inte ska kunna framföras efter att längre tid än sex månader har passerat efter överlåtelsen. 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 omsättningsskäl 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.

Rätt till ytterligare ersättning

Särskilt om behovet av en ny bestämmelse om avtalsanpassningar i upphovsrättslagen

Av våra tidigare yttranden framgår att det inte finns ett reellt behov av ny bestämmelse om avtalsanpassningar i upphovsrättslagen. Sådana avtal vilka visar sig förbehålla upphovsmannen en oproportionerligt låg ersättning kan korrigeras genom tillämpning av 36 § avtalslagen.

Enligt promemorian är behovet av en ny bestämmelse om avtalsanpassningar i upphovsrättslagen föranlett av *dels* att det är oklart hur ”oproportionerligt låg” i artikel 20 förhåller sig till oskälighet i 36 § avtalslagen, *dels* att det inte kan uteslutas att tröskeln för en tillämpning av direktivets bestämmelse är lägre än vad som krävs för generalklausulens tillämpning (promemorian, s 196 f). På ett annat ställe i promemorian (s 256) uttrycks det senare antagandet såsom att det finns anledning att utgå från att det inte krävs en lika kvalificerad avvikelse från vad som skulle ha varit en skälig ersättning, som det krävs för att en ersättning ska anses oskäligen enligt 36 § avtalslagen.

Svenska Förläggareföreningen noterar osäkerheten i promemorian huruvida det föreligger någon saklig skillnad mellan en oproportionerligt låg ersättning samt ett oskäligt avtalsvillkor (med avseende på upphovsmannens rätt till ytterligare ersättning). Det kan uppenbarligen lika väl hävdas att uttryckssätten tar sikte på väsentligen likartade obalanser eller missförhållanden i ett avtalsförhållande, om än att detta uttrycks med vissa avvikelser i ordval.

Även vid ett antagande att bedömningen i promemorian är korrekt, dvs att tröskeln för direktivbestämmelsens respektive generalklausulens tillämplighet skiljer sig åt, finns det skäl som talar för att en ny bestämmelse om avtalsanpassningar i upphovsrättslagen kan undvaras. Som framhålls i promemorian kommer den närmare innebörden av artikel 20 att succesivt klargöras genom EU-domstolens praxis. Den svenska implementeringen av artikel 20 kommer följaktligen i framtiden att uttolkas i ljuset av sådan praxis, oavsett den lagtekniska implementeringen.

Vidare är det fundamentalt, enligt allmänna unionsrättsliga bestämmelser och fast rättspraxis från EU-domstolen om sk direktivkonform tolkning, att nationella domstolar vid tillämpning av nationell rätt är skyldiga att i möjligaste mån tolka den nationella rätten mot bakgrund av ordalydelsen i och syftet med EU-direktiv (se exempelvis EU-domstolens domar i mål C-147/16 (punkt 41) och mål C-377/14 (punkt 79)). Som nämns i promemorian (s 164) finns även många exempel på direktivkonform tolkning i svensk praxis. I tillägg till exemplen i promemorian kan nämnas NJA 2013 s 1162 samt Patent- och marknadsöverdomstolens domar den 5 december 2019 (mål PMT 2054-18) och 29 juni 2020 (mål PMT 13399-19).

I rättspraxis har direktivkonform tolkning skett även vid tillämpningen av 36 § avtalslagen. Exempel härpå är prövningar av påstått oskäliga konsumentavtal, varvid tillämpningen av

36 § avtalslagen skett konformt med bestämmelser i direktivet om oskäligen villkor i konsumentavtal (93/13/EEG). Direktivkonform tolkning har således aktualiserats när direktivsbestämmelser, vid den svenska implementeringen, inte till fullo införlivats i lagtext, se exempelvis NJA 2012 s 776 (punkt 10). Den rättstillämpning som kommer till uttryck i 2012 års avgörande är följande i linje med uttalandena i lagmotiven (prop 1994/95:17) om hur nämnt EU-direktiv skulle införas i svensk rätt, inräknat hur direktivet förväntades påverka tillämpning och tolkning av 36 § avtalslagen. Lagrådet framhöll, och regeringen anslöt sig till detta, att det är vedertaget att tolkningen av svensk lag, dvs 36 § avtalslagen, sker under beaktande av intresset att överensstämmelse nås med internationella överenskommelser (a prop s 49).

I sammanhanget ska noteras att promemorian förutsätter att 36 § avtalslagen ska kunna tillämpas på upphovsrättsliga avtal även vid ett införande av en ny bestämmelse om avtalsanpassningar i upphovsrättslagen (promemorian, s 255). Det sägs att generalklausulens tillämpning, i framtiden, kan ta sikte på t ex överenskomna ersättningsvillkor. Svenska Förläggareföreningen konstaterar att den föreslagna ordningen öppnar för mer komplexa, betungande och för parterna mer kostsamma tvister i framtiden om eventuell ytterligare ersättning till upphovsmän. Skulle lagstiftning införas enligt promemorians förslag, kan det nämligen antas att i framtida tvister, mer eller mindre regelmässigt, talan kommer att grundas på båda lagrummen samt att, i vart fall delvis, olika grunder och sakomständigheter åberopas. Det bör noga övervägas om det finns tillräckliga skäl för att på detta sätt komplicera framtida processer.

I ovan nämnt lagstiftningsärende om ny lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, uppkom följande också fråga om det fanns skäl att skapa en särskild generalklausul uteslutande för konsumentavtal. Lagstiftaren avvisade den lagtekniska lösningen eftersom den ansågs olämplig. Ett bärande skäl för bedömningen var just att det inte ansågs lämpligt att 36 § avtalslagen och en särskild generalklausul för konsumentavtal många gånger skulle tillämpas samtidigt och parallellt (se prop 1994/95:17, s 81).

Svenska Förläggareföreningen anser följaktligen att det saknas tillräckliga skäl för införande av ny bestämmelse om avtalsanpassningar i upphovsrättslagen. Sådana skäl och omständigheter som uttrycks i artikel 20 med betydelse för en upphovsmans rätt till ytterligare ersättning, bör med fördel kunna överlämnas till rättstillämpningen att beakta vid tillämpning av 36 § avtalslagen och med iakttagande av grundsatser för EU-rättens avsedda genomslag.

Svenska Förläggareföreningen *avstyrker* mot bakgrund av det ovan anförda departementets förslag om att införa en särskild jämningsregel för upphovsrättsliga avtal.

Retroaktiv verkan; särskilt om retroaktivitetsförbudet

I promemorian föreslås att avtalsanpassningsmekanismen enligt artikel 20 ska ha retroaktiv verkan på avtal som träffats upp till tio år före de nya bestämmelsernas ikraftträdande (jmf 29 § andra stycket och punkt 3 i övergångsbestämmelserna enligt promemorians förslag).

En följd av den föreslagna lösningen är att även andra bestämmelser, såsom om rätten till information, tillerkänns retroaktiv verkan i vissa fall (jmf punkt 3 i övergångsbestämmelserna).

Frågan om det är lämpligt – eller ens tillåtet – att genom ny lagstiftning med retroaktiv verkan i praktiken ändra innehållet i redan ingångna förmögenhetsrättsliga avtal, såsom mellan förlag och enskilda upphovsmän, berörs endast översiktligt i promemorian. Det anmärks visserligen att huvudprincipen i svensk rätt är att nya obligationsrättsliga regler endast tillämpas på framtida avtal (promemorian, s 201). Närmare överväganden om varför huvudprincipen inte bör iakttas i detta fall, liksom genomlysningar av andra vägande konstitutionella bestämmelser och principer som föranleds av promemorians förslag, lyser dock med sin frånvaro.

Vi noterar att avvägningen, som enligt promemorian motiverar ett avsteg från huvudprincipen, uttrycks såsom att ”[d]et är... fråga om en sådan bestämmelse av sådant slag att det... är rimligt att tillämpa den också på redan ingångna avtal” (s 201). En sådan allmänt hållen rimlighetsbedömning är knappast i överensstämmelse med anvisningarna i svenska lagmotiv om utrymmet och förutsättningarna att införa retroaktivt verkande lagstiftning på förmögenhetsrättens område.

Regeringsformen uppställer visserligen endast ett explicit förbud mot retroaktiv straff- och skattelag (2 kap 10 §). Grundlagsstiftaren har dock vid flera tillfällen uppmärksammat och lämnat anvisningar om utrymmet att införa retroaktiv lagstiftning även på andra områden, såsom förmögenhetsrätten.

Det retroaktivitetsförbud som uttrycks i regeringsformen har i väsentliga delar sin bakgrund i Fri- och rättighetsutredningens (SOU 1975:75) uppdrag och förslag. Inom ramen för utredningens uppdrag uppkom också frågan om grundlagen skulle uttrycka ett generellt förbud mot all retroaktiv lagstiftning. Utredningen kom att avstå från att lämna ett sådant förslag, huvudsakligen av skälet att det ansågs svårt att i grundlag definiera retroaktivitet i olika hänseenden. Emellertid betonade Fri- och rättighetsutredningen *dels* att den delade uppfattningen att retroaktiv lagstiftning som huvudregel borde undvikas på förmögenhetsrättens område eftersom ”[m]edborgarna har ett berättigat anspråk på att kunna planera sina förhållanden utifrån gällande rätt”, *dels* att endast ”[t]ungt vägande skäl” kunde motivera avsteg från huvudregeln (SOU, s 159).

Regeringens efterföljande proposition (1975/76:209) anslöt sig till Fri- och rättighetsutredningens beskrivningar av gällande rätt avseende det principiella förbudet mot retroaktiv lagstiftning på förmögenhetsrättens område. Således framhölls att det krävdes ”*tungt vägande skäl*” för avvikelser från huvudregeln om förbud mot retroaktiv lagstiftning inom bland annat förmögenhetsrätten (prop, s 126).

I propositionen betonades också att konstitutionsutskottet vid denna tid uttalat att även inom förmögenhetsrätten ”*i princip*” tillämpas en regel som förbjuder retroaktiv lagstiftning. Inom detta område fästs, enligt utskottet, stor vikt vid den enskildes möjligheter att vid en rättshandling ingående kunna överblicka konsekvenserna härav. Endast ”*tungt vägande*”

sociala hänsyn” har ansetts kunna medge avsteg från grundsatsen. Konstitutionsutskottet framhöll också att det ”är en angelägen uppgift för riksdagen som lagstiftare att noggrant pröva biträande frågor” (KU 1974:60, s 3 f).

Det finns även exempel på senare lagstiftningsärenden där noggranna överväganden skett i frågan om det funnits tillräckligt tunga skäl för att avvika från det principiella förbudet mot retroaktiv lagstiftning på förmögenhetsrättens område. Detta är, enligt vår uppfattning, inte platsen för en mer grundlig redogörelse av förekommande överväganden i denna fråga i andra lagstiftningsärenden.

I exemplifierande syfte ska dock nämnas att i samband med införandet av 1993 års konkurrenslag, uppkom fråga om vissa nya lagbestämmelser med betydelse för historiska avtal företag emellan, skulle tillerkännas retroaktiv verkan. I propositionen påminnes om att grundsatsen att ny civillagstiftning inte ska rubba innehållet i avtal som träffats innan sådan lagstiftning trätt i kraft ger uttryck ”för en viktig rättssäkerhetsprincip” samt att avsteg från principen bör komma i fråga endast om ”starka samhällsintressen talar för det” (prop 1992/93:56, s 56). I det ärendet bedömdes att sådana starka skäl förelåg, varvid regeringen också framhöll att Sverige, genom EES-avtalet, hade ”folkrättsligt åtagit sig” att göra ett sådant avsteg. Det senare – och i det ärendet eventuellt avgörande – skälet gäller dock inte här, eftersom direktivet inte är tvingande med avseende på att avtalsanpassningsmekanismen ska ha retroaktiv verkan i nationell lagstiftning.

Ett ytterligare exempel på lagstiftningsärende är det som gällde om vissa redan fastställda livräntor, mellan försäkringsgivare och försäkringstagare, skulle ändras retroaktivt genom nya lagbestämmelser om penningvärdesförändringar i lagen (1967:663) om tillägg till vissa trafiklivräntor. Efter synnerligen djupgående analyser om det var motiverat att lagstiftaren, retroaktivt, ingrepp i och i vissa fall ändrade redan ingångna civilrättsliga avtal, avstod regeringen från att lämna förslag i denna del (se Ds 2003:9, s 51 - 63 och prop 2003/04:5, s 31 - 36).

Vi konstaterar redan med hänvisning till det nu anförda, att departementspromemorian saknar erforderliga överväganden och redovisning av skäl, av slag som påvisar att det i förevarande fall finns sådana tunga samhälleliga skäl som enligt gällande rätt kan motivera avvikelser från det principiella förbudet mot retroaktiv lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Den rimlighetsbedömning, som nämns i promemorian (se ovan), kan inte anses uttrycka eller specificera något tungt samhälleligt skäl. Underlaget i promemorian bör därför, enligt vår uppfattning, betecknas som både otillfredsställande och otillräckligt i denna del och kan inte läggas till grund för lagstiftning på det sätt som föreslagits.

Svenska Förläggareföreningen *avstyrker* därför förslaget i promemorian om retroaktiv tillämpning av 29 §.

Särskilt om de tio åren

Utan något angivet stöd menar departementet att den upphovsrättsliga marknaden för tio år sedan inte "skiljde sig i alltför stor utsträckning" från dagens. Utifrån bokbranschens förutsättningar är detta antagande helt fel.

Den upphovsrättsliga marknaden på bokområdet har genomgått stora förändringar under denna tidsperiod, vilket hänger ihop med en förändrad bokmarknad. En genomgripande utveckling av branschen har skett bara under de senaste åren, särskilt inom det digitala området för ljudböcker. För tio år sedan var ljudböcker i princip uteslutande exemplarbundna, utgivna på CD-skiva. Dagens stora streamingtjänster såsom Storytel, BookBeat, Nextory m.fl. fanns inte eller var i vart i fall i början av sin tillväxtresa. I den inledande tillväxtfasen av ljudböcker producerades i princip endast förväntade storsäljare i ljudboksformat, och främst skönlitteratur. Numera är det snarare regel än undantag att ett verk, även fack- och barnlitteratur, ges ut i ljudboksformatet, vilket kräver ytterligare stora investeringar hos förlagen och därmed ökar förlagens ekonomiska risk.

Idag utgör mer än 50 % av marknaden digital försäljning i volym. I kronor räknat däremot står den digitala försäljningen enbart för cirka 24 %.

Eftersom digital försäljning innebär lägre intäkter för förlagen (det genomsnittliga priset för en digital bok är ungefär hälften av en pocketbok och en fjärdedel av en inbunden bok) upplever många förlag att det blir allt svårare att få ekonomin att gå ihop. Digitala ljudböcker har som sagt en högre uppstartskostnad än tryckta böcker (då framförallt inläsningskostnaderna är betydande) och blir lönsamma först vid högre volymer, vilket kan ses som ett hot mot mångfalden på marknaden, för mindre förlag och smal utgivning. Många i branschen ser ett samband mellan ökad försäljning av digitala böcker och minskad försäljning av tryckta böcker. Eftersom konsumentpriset för digitala böcker är markant billigare än för tryckta böcker är denna substitueringsseffekt oroande.

En stor del av intäkterna från digitala abonnemangstjänster fördelas enligt en revenue share-modell som innebär att förlagsledet inte kan förlita sig på att en ökad konsumtion hos de enskilda konsumenterna i digitala abonnemangstjänster ska ge ökade intäkter totalt sett. När konsumtionen i volym ökar mer än försäljning av abonnemang minskar istället snittersättningen per lyssning i denna modell. Om försäljningen av fysiska böcker minskar riskerar utgivningen av smalare litteratur att påverkas negativt. Helt enkelt därför att förlagen inte har råd att investera i sådan utgivning.

Den föreslagna tidsperioden om ett jämnt decennium förefaller således godtyckligt vald; möjligen inspirerad av den allmänna preskriptionsfristen snarare än en faktisk marknadsanalys och kan därmed inte ligga till grund för lagstiftning.

Särskilt om egendomsskyddet

Vidare vill vi framhålla att promemorian även saknar överväganden om hur den föreslagna retroaktiviteten, genom avtalsanpassningsmekanismens tillämplighet på redan ingångna avtal, förhåller sig till förvärvares egendomsskydd. Ett egendomsskydd är stadgat i såväl regeringsformen som Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt EU:s rättighetsstadga.

Enligt regeringsformens bestämmelse om egendomsskydd ska, i här relevant hänseende, vars och ens egendom vara tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande, utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen. Om ett sådant avstående anses kunna framtvingas med hänsyn till angelägna allmänna intressen, ska dock den enskilde tillförsäkras full ersättning för förlusten (2 kap 15 § regeringsformen).

Till egendom i bestämmelsens mening hör bland annat förmögenhetsrätt, inräknat s k särskild rätt avseende sådana rättigheter som tillskapas genom att egendom beläggs med t ex nyttjanderätt och/eller immateriella rättigheter (se exempelvis prop 1975/76:209, s 159, SOU 1993:40 del A, s 47 och Holmberg, Stjernquist m fl, Grundlagarna (3 juli 2019, JUNO), kommentaren till 2 kap 15 § regeringsformen). Skyddet mot ingrepp i egendomsskyddet tillkommer även juridiska personer (prop 1975/76:209, s 141 och prop 1993/94:117, s 48). Enligt sin lydelse uppställer bestämmelsen, som nämnts, även ett skydd mot ingrepp som syftar till att avstående skulle ske i förhållanden till någon annan enskild. Bestämmelsen är främst riktad mot riksdagen när den utövar sin lagstiftningsmakt.

Det är vår uppfattning att promemorians lagförslag om retroaktivitet, av innebörd att förvärvares ekonomiska rättigheter, enligt redan ingångna avtal, kan försämrats eller inskränks till motsvarande förmån för deras avtalsparter (upphovsmän), skulle utgöra ett ingrepp i förvärvarnas egendomsrätt enligt regeringsformen. Ett sådant ingrepp måste följaktligen prövas och i övrigt stå i överensstämmelse med den systematik som anges i bestämmelsen om egendomsskydd.

Här inflikar även vi, beträffande det ovan nämnda lagstiftningsärendet om retroaktivt gällande lagstiftning rörande vissa överenskommelser om livränta, att ett betydelsefullt skäl för lagförslaget förkastande var just bedömningen att förslaget av allt att döma stod i strid med regeringsformens egendomsskydd (se Ds 2003:9, s 63 och prop 2003/04:5, s 36).

Eventuella ingrepp i enskildas egendomsrätt behöver således prövas enligt den särskilda regeln för intresseavvägning som grundlagen uppställer. I detta sammanhang avstår vi från vidare synpunkter på hur intresseavvägningen borde ske – eller kan tänkas utfalla – med avseende på lagstiftning som öppnar för retroaktiva ingripanden i gällande förlags- m fl avtal mellan förvärvare och upphovsmän. Det konstateras dock att promemorian saknar överväganden och bedömningar från dessa utgångspunkter. Promemorian belyser inte heller – samt än mindre lämnar förslag på lösning beträffande – regeringsformens krav på

att den som drabbas av intrång i egendomsskyddet (här således förvärvarkollektivet) ska tillförsäkras full ersättning för förlusten.

Även från utgångspunkten att promemorians lagförslag skulle medföra ett ingrepp i egendomsskyddet enligt regeringsformen, samt att promemorian saknar erforderliga övervägandena i denna del, bör den befintliga utredningen inte läggas till grund för lagstiftning på sätt som föreslagits.

I denna del ska avslutningsvis nämnas att frånvaron av överväganden kring egendomsskyddet i promemorian, accentueras av att motsvarande skydd även tillförsäkras enskilda, inräknat juridiska personer, enligt artikel 1 i Europakonventionens första tilläggsprotokoll samt artikel 17 i EU:s rättighetsstadga. Härtill kommer principen om sk berättigade eller legitima förväntningar kopplad till enskildas äganderätt, vilken både Europadomstolen och EU-domstolen har utvecklat i sin respektive praxisbildning (se exempelvis Europadomstolens dom den 20 november 1995 i målet *Ressos Compania Naviera SA m fl mot Belgien* (nr 17849/91) och Högsta domstolens dom den 4 september 2020, mål nr T 5748-17 (punkt 25)). Vi förutsätter att även de konventions- och EU-rättsliga aspekterna på lagförslaget kommer att belysas noggrant i den fortsatta beredningen.

Lagstiftaren bör iaktta stor försiktighet

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 i bokbranschen beroende på de rättigheter som överläts, upphovsmannens enskilda bidrag till verket som helhet etc. Det framstår t ex 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, dvs. 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. Svenska Förläggareföreningen *förordar* att det i förarbetena uttrycks på samma sätt som i direktivet, nämligen ett det finns ett "uppenbart" missförhållande som ska korrigeras. Att istället benämna det som "relativt tydligt" missförhållande riskerar att sänka tillämpningströskeln avsevärt i strid med direktivtexten.

Svenska Förläggareföreningen noterar också att ej skäligen ersättning inte nödvändigtvis är detsamma som oskäligen ersättning. Detta bör rimligen både ha bäring på *när* jämkning enligt avtalsanpassningsregeln kan komma ifråga, och *hur* beräkningen av sådan avtalsanpassning ska göras. Målsättningen bör inte vara att överlåtaren tillerkänns motsvarande *skäligen* ersättning enligt 29 § 1 st., utan att oskäligen ersättning jämkas upp till en nivå som inte står i uppenbar disproportion till intäkterna. Även detta bör klargöras i förarbetena.

Svenska Förläggareföreningen 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 Svenska Förläggareföreningen 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 § första stycket. Denna distinktion är viktig att belysa inte minst med tanke på, som tidigare anförts, att 29 § 2 st. inte bör berättiga till "skälig ersättning" motsvarande vad som ska utgå enligt 1 st., utan endast till sådan ersättning som undanröjer uppenbara missförhållanden.

I övrigt ser Svenska Förläggareföreningen 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 publiceras och 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 förhållandevis enkel övning om ingen annan upphovsman är involverad i att skapa produkten som genererar intäkter, men desto mer komplicerat om exempelvis tre författare gemensamt skrivits ett manuskript. Ska man då se till varje författares respektive andel av textmassan; vem av dem som skrivit de populäraste passagera som synes driva försäljningen, eller något annat? Detta torde vara omöjligt att åstadkomma i praktiken.

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 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, bland annat 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.

Vidare bör erkännas att ett verks faktiska försäljning (och därmed ekonomiska framgång) inte i obetydlig utsträckning beror på förlagets insatser i form av försäljning, pr och marknadsföring som utgör kostnader för förlaget. Även detta måste vägas in i en bedömning av vad som kan utgöra ytterligare skälig ersättning.

Rätt till information

Inom förlagsområdet finns en hög grad av transparens och en välfungerande praxis för regelbunden rapportering 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 i takt med att antalet rapporter ökar. Ur ett förlagsperspektiv är det – vilket även utredningen genomgående uppmärksammar – därför av stor vikt att ökade krav på information blir proportionerliga och ändamålsenliga. Ett sådant synsätt bör även ligga i upphovsmännens intresse då ökade kostnader för rapporter belastar förlagets utgivningskostnader och därmed i längden även andra kostnadsposter, där upphovsmännens ersättningar ingår. Ökade kostnader minskar i motsvarande mån förlagens utrymme till en bred utgivning och försvårar för smalare titlar att hävda sig i konkurrensen.

För mindre förlag, som inte har samma resurser och ekonomiska marginaler som ett stort förlag, riskerar ökade krav att drabba hela förlagsrörelsen mycket negativt. Orimliga redovisningskrav riskerar också att utgöra hinder för nya förlag att etableras på marknaden. Förlagsverksamhet är ett ekonomiskt osäkert näringsområde, som ofta drivs framåt av andra värden än rent ekonomiska.

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 normalt 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 eventuell ytterligare skälig ersättning enligt 29 § andra stycket. 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. Svenska Förläggareföreningen konstaterar att så inte heller förefaller vara direktivets syfte. Det bör vara fullgott att upphovsmännen i de fall som beskrivs här ovan kan få ut information på begäran.

Svenska Förläggareföreningen *förordar* att det i förarbetena klargörs att presumtionen vid avtal om fast ersättning ska vara att det är oproportionerligt betungande att tillämpa den löpande informationsplikten, dvs. sådana verk bör alltid omfattas av 29 a § sista stycket. Det kan vara avgörande för ett litet förlags fortsatta varande att så görs av lagstiftaren.

Svenska Förläggareföreningen 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. Svenska Förläggareföreningen *förordar* att lagstiftaren ser över den språkliga benämningen.

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. Vi konstaterar att det i sakens natur bör ligga någon form av begränsning i hur ofta information kan begäras ut enligt sista stycket. Upphovsmannen bör behöva 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, dvs. årligen.

I övrigt anser Svenska Förläggareföreningen liksom departementet att detaljerad och branschspecifik lagreglering 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. Utgångspunkten bör vara att upphovsmän inte har rätt till mer information än vad som är nödvändigt för att på ett rimligt sätt kunna bedöma sin ersättning.

Information från underlicenstagare

När ett förlag förvärvar rättigheter är det för att ge ut verket i den egna verksamheten. Även om underlicensiering förekommer är det således att betrakta som ett undantag på förlagsområdet. Om underlicensiering sker har 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 Svenska Förläggareföreningen 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

Svenska Förläggareföreningens 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 Svenska Förläggareföreningens 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* Svenska Förläggareföreningen att sådan information bara bör lämnas på begäran.

Upprätthållande av skyddet för företagshemligheter

Svenska Förläggareföreningen ser frågan om skyddet för företagshemligheter som oerhört problematisk i förhållande till informationskraven. Ett förlag måste kunna bygga och upprätthålla goda långvariga relationer med sina samarbetsparter utan att riskera att företagshemligheter sprids vidare till en stor grupp människor. Vi är av uppfattningen att det vore förödande för en sund konkurrens inom branschen om förlagen även tvingades delge upphovsmän sådana uppgifter som skyddas av lag (2018:558) om företagshemligheter. Det vore därför inte heller förenligt med Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs. Det följer uttryckligen av DSM-direktivets artikel 1.2 att befintliga direktiv inte ska påverkas, om inte annat uttryckligen anges i artikel 24.

En överförd sekretess till mottagare av företagshemligheter är inte en lösning då informationen potentiellt ska lämnas till tusentals upphovsmän. Förlagen måste därför ha frihet att utforma redovisningarna till upphovsmännen på ett sätt som gör att företagshemligheter bevaras och att konkurrensen på marknaden inte sätts ur spel. Vi vill också i sammanhanget påminna om att det i svensk rätt redan ges en möjlighet för

upphovs personer att få företagskänslig information avseende nyttjande av upphovsrättsliga verk genom informationsföreläggande i upphovsrättsliga intrångsmål enligt 53 c § upphovsrättslagen eller, vid tvist om avtalsbrott, genom editionsföreläggande enligt rättegångsbalkens 38 kap. Detta är en rimlig ordning som bör bestå, eftersom en domstol då beslutar om det är motiverat i det enskilda fallet att företaget ska behöva dela med sig av affärskänslig information.

Svenska Förläggareföreningen *avstyrker* förslaget till hantering av företagshemligheter.

I händelse av att nuvarande förslag när det gäller företagshemligheter går igenom *förordar* Svenska Förläggareföreningen 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. till 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 i stället enbart efter domstolsbeslut. Det kan inte vara önskvärt eller ändamålsenligt att skapa sådant incitament.

Rätt att häva avtal

Upphovsrättslagen innehåller bestämmelser om nyttjandeplikt avseende förlagsavtal, vilket tydligt avspeglat sig 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 vilket innebär ett stort risktagande. 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.

Svenska Förläggareföreningen *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 återutnyttjas i sådana fall där nyttjande av verket temporärt upphört, bör lämnas till marknadens parter att avgöra. Inom förlags-

området finns redan idag en branschpraxis med avtalsvillkor som reglerar frågan om nyttjandeplikt. Här bör således detaljregleringar med tidsbestämda frister undvikas. Svenska Förläggareföreningen tolkar departementets förslag som att parterna ges möjlighet att själva komma överens om vad som är en rimlig tid från överlåtelsen, dvs. 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.

Svenska Förläggareföreningen 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.

Stockholm som ovan

Svenska Förläggareföreningen Ek för

Jesper Monthán

Ordförande

Mikaela Zabrodsky

Jurist