

YTTRANDE

2021-12-13

Regeringskansliet

Ju 2021/03517

Justitiedepartementet

ju.remissvar@regeringskansliet.se

Yttrande över promemorian ”Upphovsrätten på den digitala inre marknaden” (Ds 2021:30)

Inledning

Svensk Scenkonst har beretts tillfälle att yttra sig över rubricerad promemoria och får härmed anföra följande.

Svensk Scenkonst är bransch- och arbetsgivarorganisation för musik, dans, teater, opera och nycirkus. Organisationen representerar cirka 115 verksamheter och har samtliga scenkonstinstitutioner på nationell, regional och kommunal nivå samt flertalet privata scenkonstföretag i landet som medlemmar.

De artiklar i *EU:s Direktiv 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktivet 96/9/EG och 201/29/EG* (nedan kallat DSM-direktivet) som mest påverkar verksamheterna inom scenkonsten är artiklarna 18–20 samt artikel 22, varför Svensk Scenkonsts yttrande begränsas till att omfatta förslagen i promemorian avseende hur dessa artiklar ska implementeras i Sverige.

Sammanfattning

Med undantag för förslaget på retroaktiv lagstiftning rörande ytterligare skälig ersättning tillstyrker Svensk Scenkonst förslagen i promemorian, med följande synpunkter beträffande implementeringen av artiklarna 18-20 och artikel 22 i §§ 29-29 d upphovsrättslagen.

Svensk Scenkonst har den grundläggande invändningen att de obligationsrättsliga bestämmelserna i kapitel 3 i DSM-direktivet inte omfattar överlåtelser som sker i anställningsförhållanden, då direktivet är avsett att omfatta överlåtelser i *avtal om utnyttjande*. Uttalanden om motsatsen i promemorian på sidorna 185 och 252 bör därför ej ingå i en kommande lagrådsremiss.

Om regeringen kommer fram till slutsatsen att dessa bestämmelser ska tillämpas även i förhållande till anställda, anser Svensk Scenkonst att förutsättningarna för detta bör preciseras av specialkommentaren till 29 § upphovsrättslagen på följande sätt:

Lön och övriga anställningsvillkor ska anses utgöra skälig ersättning för upphovsrättigheter som skapats i anställningsförhållanden och som arbetsgivaren fått nyttjanderätt till. Det gäller särskilt om gällande ersättningar följer avtal där upphovsmännen förhandlat gemensamt, till exempel genom en fackförening.

Svensk Scenkonst anser även att det bör föras in en specialskrivning i lagrådsremissen om att hävningsrätten i den föreslagna bestämmelsen i § 29 d upphovsrättslagen inte är tillämplig på sådana överlåtelser/upplåtelser som skett inom ramen för ett anställningsförhållande. Samma sak gäller för rätten till information.

Den föreslagna implementeringen av direktivets regleringar om skälig ersättning, ytterligare skälig ersättning, information och hävningsrätt skulle även innebära stora problem vid anlitan av uppdragstagare inom konstnärliga yrken, vilket förekommer i hög utsträckning inom scenkonstområdet.

Allmänt gäller att osäkerheten kring giltigheten av ingångna avtal och den risk för ökade kostnader som detta medför skulle kunna få den praktiska konsekvensen att förvärvare av rättigheter betalar ett lägre pris för upphovsrättigheterna eftersom de s a s måste reservera medel för att betala upphovsmän som i efterhand kommer med krav. Detta skulle innebära att direktivets syfte att stärka upphovsmän snarare motverkas. I svensk rätt finns redan idag en möjlighet till justering av oskäliga avtalsvillkor genom 36 § avtalslagen och någon särskild reglering är därför varken nödvändig eller lämplig.

Allmänna synpunkter

Svensk Scenkonst anser att de obligationsrättsliga bestämmelserna i kapitel 3 i DSM-direktivet inte omfattar överlåtelser som sker i anställningsförhållanden då direktivet är avsett att omfatta överlåtelser i *avtal om utnyttjande*. Denna uppfattning styrks vidare av att artikel 18 (1) i direktivet talar om att upphovsmän och utövande konstnärer licensierar eller överlåter sina rättigheter. Uttrycken "överlåter" respektive "licensierar" i denna bestämmelse tar sikte på kommersiella avtalsförhållanden och inte den typ av upplåtelse som sker i anställningsförhållanden.

Rubriken till kapitel 3 i DSM-direktivet har följande lydelse i den svenska översättningen: "Skälig ersättning i upphovsmäns och utövande konstnärers avtal för *kommersiell användning*". Som anförs i promemorian förefaller denna översättning, i beaktande av andra språkversioner, inte vara korrekt (jmf resonemanget i promemorian sid 185). Med utgångspunkt i direktivets lydelse i andra språkversioner kan konstateras att den svenska kapitelrubriken rätteligen borde ha översatts enligt följande: "Skälig ersättning till upphovsmän och utövande konstnärer i avtal *om utnyttjande*"

Kapitelrubriken är relevant som bakgrund till artiklarna 18 - 20 och syftet med dessa. Som framgår av kapitelrubriken är avsikten med artiklarna 18 - 20 att reglera "exploitation contracts / contrats d'exploitation / Verwertungsverträge, dvs. *avtal om utnyttjande*". Typexempel på avtal om utnyttjande är förlagsavtal, avtal med

musikproducenter, avtal med filmproducenter mm. Syftet med kapitel 3 är inte att reglera skälig ersättning i andra typer av avtalsrelationer såsom i anställningsförhållanden.

Att kapitel 3 knappast kan vara avsett att tillämpas på verk tillkomna i anställningsförhållanden framgår vidare av att det i artikel 22 (återkallningsrätten) inte finns något undantag för rätten för arbetstagare, som genom anställningsrelationen anses exklusivt ha upplåtit verk skapade i anställningen till sin arbetsgivare, att återkalla verk skapade i anställningen om de inte utnyttjas av arbetsgivaren.

Om det vore riktigt skulle en arbetsgivare i en kreativ industri eller bransch inte kunna planera sin verksamhet eftersom försenade utnyttjanden av verk av anställda skulle kunna leda till att de anställda begär att upplåtelsen av deras verk skulle återkallas. Om en sådan konsekvens hade varit avsedd i direktivet hade inte begreppet "upphovsmän och utövande konstnärer" använts utan begreppet hade varit "upphovsmän och utövande konstnärer och anställda upphovsmän och utövande konstnärer".

Skäl 72 i DSM-direktivet har följande lydelse: "Upphovsmän och utövande konstnärer är oftast i en svagare förhandlingsposition när de licensierar eller överlåter sina rättigheter, även genom sina egna företag, för utnyttjande mot ersättning, och dessa fysiska personer behöver det här direktivets skydd för att fullt ut kunna utnyttja de rättigheter som harmoniserats enligt unionsrätten. Det behovet av skydd uppstår inte om avtalsmotparten agerar som slutanvändare och inte i sin tur utnyttjar verket eller framförandet, vilket exempelvis kan vara fallet i vissa anställningsavtal."

Av skäl 72 framgår således att det skydd som bestämmelserna i artiklarna 18 - 20 erbjuder är avsett när upphovsmän och utövande konstnärer licensierar eller överlåter sina rättigheter *för utnyttjande mot ersättning*. Det skyddsbehov som upphovsmän och utövande konstnärer har gäller inte när licenstagaren eller rättighetsförvärvaren agerar som slutanvändare. Skäl 72 och vad som avses med uttrycket "slutanvändare" är svårtolkade. Klart är i alla fall att det i vissa avtalsförhållanden, exempelvis anställningsavtal, saknas ett skyddsbehov.

Trots detta hävdas på sidan 185 i promemorian att det inte finns stöd för att helt undanta överlåtelser i vissa avtalsrelationer, ”till exempel inom ramarna för ett anställningsförhållande”. I specialkommentaren till den föreslagna 29 § upphovsrättslagen på sidan 252 anförs följande: ”När det gäller upphovsmäns överlåtelser av andra delar av den upphovsrättsliga ensamrätten innebär bestämmelsen en ny rätt till skälig ersättning. Rätten är inte begränsad till någon viss typ av avtal. Det innebär att också rättigheter som överlåts inom ramarna för ett anställningsavtal omfattas. Det gäller även i de fall innehållet i ett sådant avtal återspeglar innehållet i ett kollektivavtal.”

Departementet utgår således från att anställningsavtal omfattas av artiklarna 18 - 20 vilket skulle innebära att anställda upphovspersoner skulle ha (i) rätt till skälig ersättning enligt den föreslagna bestämmelsen i 29 § upphovsrättslagen respektive (ii) rätt till information enligt den föreslagna bestämmelsen i 29 a) § upphovsrättslagen.

Även om det i promemorian på sidan 253 anges att ersättningar som följer av avtal där upphovsmannen förhandlat gemensamt, till exempel genom en fackförening, normalt innebär att ersättningen anses skälig, innebär det inte alltid att denna är skälig.

Om de uttalanden som citeras ovan skulle flyta in i lagrådsremissen kan det innebära att det genom uttalanden i lagförarbetena till de obligationsrättsliga bestämmelserna i upphovsrättslagen tillskapas en efterföljande rätt till ersättning för anställda som skulle medföra en betydande osäkerhet med risk för ökade kostnader för arbetsgivare. Detsamma gäller de föreslagna reglerna om rätt till information.

En rätt till efterkommande ersättning för arbetstagare skulle vara en stark avvikelser från huvudprincipen om att arbetsgivaren har rätt till frukten av de prestationer som arbetstagarna skapar och skulle innebära att villkoren i varje anställning skulle kunna ifrågasättas och omförhandlas.

De praktiska konsekvenserna av detta skulle kunna bli att de ökade kostnaderna i vissa fall vältras över på upphovsmännen som kollektiv, i form av lägre ersättningar eller färre rättighetsförvärv. Detta skulle innebära att direktivets syfte att stärka upphovsmän snarare motverkades.

DMS-direktivet har ju till syfte att stärka enskilda upphovsmän då dessa i många sammanhang är den svagare parten i en avtalsituation. Så är dock inte fallet då fackförbund och motsvarande organisationer företräder de enskilda upphovsmännen och ingår kollektivavtal med en arbetsgivarorganisation eller en enskild arbetsgivare. Svensk Scenkonsts motparter utgör starka fackförbund och förhandlingsorganisationer. Något skyddsbehov till förmån för en svagare avtalspart föreligger således inte när upphovsmän företräds av dessa förhandlingsorganisationer.

Enligt Svensk Scenkonst är det självklart att de avtalsvillkor som parterna på arbetsmarknaden kommer överens om ska anses vara skäliga. Detta är även själva grunden i den svenska modellen, som innebär att lön och anställningsvillkor ska regleras av arbetsmarknadens parter, inte genom lag. En ståndpunkt som förenar samtliga parter på den svenska arbetsmarknaden i den pågående politiska hanteringen av förslaget på ett EG-direktiv om lagstadgade minimilöner.

Den förslagna implementeringen av direktivets regleringar om skälig ersättning, ytterligare skälig ersättning, information och hävningsrätt skulle även innebära stora problem vid anlåtande av uppdragstagare inom konstnärliga yrken, vilket förekommer i hög utsträckning inom scenkonstområdet. Även i dessa fall skulle konsekvensen kunna bli lägre ersättningar och färre rättighetsförvärv till nackdel för upphovsmännen.

Förslagen och innehållet i promemorian

13.2 Rätt till skälig ersättning

Svensk Scenkonst anser att rätten till skälig ersättning enligt artikel 18 inte omfattar överlåtelser som sker i anställningsförhållanden.

Grundprincipen i svensk rätt när det gäller arbetstagares prestationer i arbetet är att arbetsgivaren som regel har rätt till resultatet av prestationen. För upphovsrättsliga prestationer gäller enligt den så kallade tumregeln att arbetstagaren, genom sitt anställningsförhållande, har upplåtit rätten för arbetsgivaren att inom sitt verksamhetsområde och för sin normala verksamhet utnyttja sådana verk som tillkommer som ett resultat av tjänsteåligganden gentemot arbetsgivaren och att arbetstagaren som utgångspunkt anses ha erhållit ersättning för sin intellektuella prestation genom lön och andra anställningsförmåner. Arbetsgivarens rätt avser utnyttjanden för de ändamål som kan förutses när verket tillkommer. Denna princip framkommer bland annat i SOU 2010:28, AD 2002 nr 87 och AD 2019 nr 53.

Inom scenkonstområdet bekräftas denna princip genom de kollektivavtal som omfattar såväl upphovsmän som närstående utövare. På samtliga sådana avtalsområden förekommer nyttjanden som inte genererar någon särskild upphovsrättslig ersättning, det vill säga upplåtelsen anses ersatt genom ordinarie lön och andra anställningsförmåner.

Utöver detta finns i centrala kollektivavtal exempel på upphovsrättsliga ersättningar som utges i vissa fall, exempelvis vid visstidsanställningar, då en tillsvidareanställd arbetstagare utför arbete utanför sin ordinarie befattning eller då vidareupplåtelser sker till tredje part. Det förekommer även lokala kollektivavtal som reglerar upphovsrättsliga ersättningar i andra specifika fall.

I likhet med övriga parter på svensk arbetsmarknad anser Svensk Scenkonst att den svenska modellen (principen att lön och andra anställningsvillkor ska regleras av arbetsmarknadens parter, inte genom lagstiftning) bör värnas, inte minst vid implementeringen av EG-direktiv. I DSM-direktivets kapitel 3 artikel 18 punkt 2 framhålls också att det vid införlivande av principen om lämplig och proportionell ersättning ska stå medlemsstaterna fritt att använda olika mekanismer och beakta principen om

avtalsfrihet och en skälig avvägning av rättigheter och intressen. Detta borde regeringen ta fasta på.

Svensk Scenkonst menar även att artikel 18 i DSM-direktivet skulle kunna anses uppfyllt genom den möjlighet till jämkning av oskäliga avtalsvillkor som finns i § 36 Avtalslagen.

13.3 Rätt till ytterligare skälig ersättning

Svensk Scenkonst anser att rätten till ytterligare skälig ersättning enligt artikel 20 inte omfattar överlåtelser som sker i anställningsförhållanden.

Svensk Scenkonst konstaterar vidare att rätten till ytterligare skälig ersättning enligt kapitel 3 artikel 20 punkt 2 i DSM-direktivet inte omfattar avtal som ingås av kollektiva förvaltningsorganisationer eller andra organisationer som på olika sätt representerar upphovsmän men som själva agerar som avtalspart. I de fall den fackliga organisationen utgör en sådan organisation som avses i punkt 2 kommer tecknade kollektivavtal alltså ej omfattas av regleringen.

Svensk Scenkonst menar även att artikel 20 i DSM-direktivet skulle kunna anses uppfyllt genom den möjlighet till jämkning av oskäliga avtalsvillkor som finns i § 36 Avtalslagen.

13.4 Rätt till information

Svensk Scenkonst anser att rätten till information enligt artikel 19 inte omfattar överlåtelser som sker i anställningsförhållanden.

Om de föreslagna bestämmelserna i §§ 29 a och 29 b upphovsrättslagen, till följd av att § 29 i densamma skulle vara tillämplig på anställningsavtal, får det enligt Svensk Scenkonst oönskade och olämpliga konsekvenser.

I egenskap av upphovsman skulle en anställd, eller t o m en före detta anställd, kunna framställa krav på sin arbetsgivare eller före detta arbetsgivare att tillhandahålla arbetstagaren detaljerad information om intäkter avseende de verk arbetstagaren har

skapat. Arbetstagaren skulle också enligt den föreslagna bestämmelsen i 29 b § ha en rätt att vända sig till arbetsgivarens eller den före detta arbetsgivarens underlicenstagare med krav på information. En sådan ordning skulle komplicera arbetsgivarens möjligheter att licensiera respektive tillåta underlicensiering av verk som skapats av dess anställda.

En sådan ordning skulle vidare innebära att arbetsgivaren i upplåtelser avseende verk skapade av arbetstagare skulle behöva införa garantibestämmelser som skulle ge underlicenstagaren rätt att regressvis framställa anspråk mot arbetsgivaren för kostnader att ta fram information till anställda eller före detta anställda.

I de fall då bestämmelsen blir tillämplig vill Svensk Scenkonst betona att det är viktigt att beakta i alla sammanhang att sådan information som utgör företagshemligheter inte lämnas ut utöver vad som kan krävas för bestämmelsens uppfyllelse. Svensk Scenkonst anser att det bästa vore om bestämmelsen kompletterades med en begränsning av skyldigheten att lämna information för de fall då detta skulle medföra påtaglig risk för konkurrensskada. På så sätt skulle viktiga företagshemligheter skyddas.

13.5 Rätt att häva ett avtal

Svensk Scenkonst anser att artikel 22 om rätten till hävning inte är tillämplig på sådana överlåtelser som skett inom ramarna för ett anställningsförhållande.

En arbetstagares upplåtelser till arbetsgivaren av verk skapade i anställningen enligt den så kallade tumregeln anses vara exklusiva eftersom arbetstagaren, under eller efter anställningen, annars kan konkurrera med arbetsgivaren. Sådana upplåtelser omfattas av den föreslagna bestämmelsen i § 29 d upphovsrättslagen. Detta får till effekt att anställda som skapat upphovsrättsligt skyddade verk inom ramen för sin anställning skulle ha en hävningsrätt i förhållande till sin arbetsgivare om verket inte utnyttjas. En sådan ordning, som medför stora svårigheter för arbetsgivare att planera sin verksamhet, kan endast beskrivas som högst olämplig.

15 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Svensk Scenkonst avstyrker förslaget om att rätt till ytterligare skälig ersättning (enligt 13.3) ska gälla för avtal som ingåtts före ikraftträdandet av de nya lagändringarna i upphovsrättslagen och för avtal träffade redan från den 1 juli 2012.

Ett införande av en retroaktiv lagstiftning är inte förenligt med den svenska rätts- traditionen och skapar en fullständig rättsosäkerhet beträffande ingångna avtal, dess innehåll och effekter. Det blir därutöver omöjligt för en arbetsgivare att på förhand förutse och beräkna investeringar och kostnader för sina produktioner, något som måste anses vara en självklarhet då man bedriver någon form av verksamhet.

Förbundsjurist Susanne Abbefalk, susanne.abbefalk@svenskscenkonst.se,
08-440 83 79 är Svensk Scenkonsts kontaktperson i detta ärende.

SVENSK SCENKONST

Birgitta Svendén
Ordförande

Mikael Brännvall
VD