

Stockholm den 1 september 2010

Till
Justitiedepartementet
103 33 Stockholm

Remissinstanserna

Sveriges Läromedelsförfattares Förbund (SLFF) och Läromedelsförfattarna i Sverige AB (LISAB) avger härmed gemensamt yttrande över delbetänkandet Avtalad upphovsrätt SOU 2010:24

SLFF, tillsammans med sitt dotterbolag LISAB, företräder och bevakar läromedelsförfattarnas rättigheter i avtalsammanhang inom upphovsrätten. Vi är huvudorganisation för Sveriges läromedelsförfattare och företräder ett flertal rättsinnehavare i enlighet med den lagstadgade avtalslicensordningen. Vi är stiftarorganisation till ALIS, Administration av Litterära rättigheter i Sverige. Vi är medlemsorganisation i Bonus Presskopia, Copyswede och KLYS. Vi innehar även medlemskap i Nordiskt Författar- och Översättarråd samt i European Writers' Council.

Inledning

Genom bland annat vårt medlemskap i KLYS har vi tillsammans med övriga upphovsmannaorganisationer och närstående utövande organisationer drivit frågan om vikten och vidden av att stärka uphovsmannen och den utövande konstnären som avtalslutande part för att skapa en balans på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden.

Redan i samband med att vi lämnade yttrande över det så kallade infosoc-direktivet-2001/29/EG, m. m., DS 2003:35, framförde vi vår tillfredsställelse över att justitieministern i skrivelse av den 4 december 2001 framfört som sin avsikt att återkomma med förslag till frågorna i 3 kap. URL om upphovsrättens övergång så snart infosoc-direktivet genomförts i svensk upphovsrättslagstiftning. Det är mycket viktigt att vår svenska upphovsrättslagstiftning håller jämna steg med den tekniska utvecklingen och därmed bibehåller sin skydds- och rättighetslagstiftning så att uphovsmännen och de konstnärliga yrkesutövarna kan känna sig säkra då de ingår avtal om sina rättigheter.

3 kap. URL

Utredningsdirektivet var bland annat att modernisera bestämmelserna i tredje kapitlet i upphovsrättslagen (URL) så att varaktiga och flexibla lagregler för författare och andra upphovsmän skapas. Det skulle även utredas om upphovsmännens ställning som avtalslutade part behövde förstärkas. På bägge dessa punkter anser vi att utredaren misslyckats. Analysen räcker inte till.

Kommittédirektivet gav tydliga riktlinjer för en grundlig utredning om en modernisering av bestämmelserna i 3 kap. URL. Utredaren har också haft underlag att tillgå från upphovsmannasidan. Trots detta förbigås i utredningen den tekniska utveckling som i dagsläget till exempel för med sig att förläggare genom att trycka mindre upplagor kontinuerligt flyttar fram avtalens varaktighet. Detta drabbar upphovsmän och särskilt läromedelsförfattare som därmed sitter fast i livslånga avtal mot deras vilja.

SLFF och LISAB hade stora förhoppningar om att upphovsmannens ställning skulle stärkas i utredarens förslag bland annat genom att tvingande regler, som inte kan förhandlas bort, skulle införas i lagen. Dessutom hade vi hoppats på att någon form av lagstadgad förhandlingsrätt för upphovsmannaorganisationerna skulle införas.

Behovet har också varit stort av en särskild bestämmelse om rätt till jämkning av oskäliga avtalsvillkor på upphovsrättsområdet för upphovsmannen, den typiskt sett svagare parten i avtalsförhållandet.

Inga av dessa viktiga efterfrågade förändringar återfinns i förslaget. En ljusglimt, om än liten, i förslaget är att bestämmelsen om redovisning till upphovsmännen föreslås bli tvingande, vilket innebär att bestämmelsen om avräkning och kontroll av till exempel en boks försäljning i en framtid inte går att avtala bort.

Vi har länge kämpat för att få till stånd förändringar i URL för att stärka upphovsmännens rättsliga ställning i avtalsförhållanden. Lagförändringar är en nödvändighet för att få bukt med den obalans som råder på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden. Tyvärr uppnår inte förslaget det vi eftersöker.

I utredningen finns även ett oroväckande lagförslag om att införa en presumtion till fördel för arbetsgivaren angående upphovsrätt. Ett förslag som förkastats i både Danmark och Finland men som nu föreslås i den svenska upphovsrättslagen. Att införa presumtionsregler till fördel för arbetsgivaren i URL är ett främmande element som inte hör hemma i lagen, och är ett tydligt avsteg från den grundläggande upphovsrättsliga principen om att det är upphovsmannen - den fysiska personen som skapat verket.

Avtalslicensbestämmelserna

När det gäller förslagen angående de nya avtalslicenslösningarna anser vi att utredaren lyckats bättre och här finns åtskilligt positivt att säga och att tillstyrka. Dock är det viktigt att påtala att en förstärkning av upphovsmannens avtalsrättsliga ställning i 3 kap. URL med upphovsmannens ensamrätt i fokus är en förutsättning för att avtalslicensordningar överhuvudtaget ska kunna fungera på ett tillfredställande sätt.

Sammanfattningsvis

De nya föreslagna förändringarna i 3 kap. URL innebär inte den förstärkning för upphovsmän och konstnärliga utövare som hade behövts i lagtext. De innefattar inte heller den modernisering som eftersökts och som ingick i uppdraget, och som till exempel genom anpassning till modern tryckteknik skulle medfört en bättre balans på avtalsmarknaden. SLFF/LISAB bedömer att de nya förslagen i 3 kap. snarare innebär en försämring för upphovsmän i allmänhet och oss läromedelsförfattare i synnerhet.

SLFF/LISAB vill i stället hänvisa till de förslag på förbättringar, som både före och under utredningen, lämnats in och arbetats fram tillsammans med KLYS. Vi hänvisar också till det remissyttrande som lämnas in från KLYS/Copyswede, med förslag på förbättringar, i vilket vi varit delaktiga och som vi ställer oss bakom.

De nya föreslagna förändringarna angående avtalslicenslösningar är positiva och mycket kan tillstyrkas. Men för att dessa avtalslicenser ska fungera i praktiken krävs en rejäl förstärkning av skyddsreglerna i 3 kap, vilket utgör en förutsättning för tillstyrkandet.

SLFF/LISAB menar att särskilt den del av utredningen som rör 3 kap. URL måste utredas på nytt, och då av en allsidigt sammansatt utredning.

En god prognos är att de flesta remissyttrandena från producent- och förlagshåll kommer att vara i huvudsak positiva till utredarens "status-quo"-förslag beträffande 3 kap. URL, medan remissyttrandena från många upphovsmannaorganisationer och närstående utövarorganisationer kommer att vara starkt kritiska. Det kan ju ses som en indikation på den brist på balans som föreligger i den nuvarande lagstiftningen – och ett starkt argument till varför den måste ändras.

3. En översyn av 3 kap. URL

3.2 Utgångspunkter för nya regler om upphovsrättens övergång

SLFF/LISAB anser utredaren alltför snabbt avfärdar förslaget om en lagstadgad förhandlingsordning i URL. Vår bedömning är att det vore en bra ordning som skulle möjliggöra att väl avvägda avtal kunde komma till stånd mellan representativa parter på det upphovsrättsliga området.

SLFF/LISAB bedömer att det krävs fler tvingande lagregler i 3 Kap. URL.

SLFF/LISAB kan bara beklaga att utredaren kommit till slutsatsen, se utredningen sid 89, att upphovsmannens ställning som avtalspart generellt inte bör stärkas. Vår bedömning är det motsatta. Upphovsrättslagen har inte genomgått någon större förändring sedan den kom till 1960 och är därför i mycket stort behov av moderniserade lagregler med syfte att trygga och förstärka upphovsmannens rättsliga ställning när avtal ingås med exploatörer.

Från upphovsmannahåll bedömer vi ett stort behov av att införa tvingande regler i 3 kap. Vi har alltid proklamerat avtalsfrihet men det måste göras något åt den obalans som råder på den upphovsrättsliga avtalsmarknaden. Faktum är, att införa fler tvingande regler i URL skulle kunna ge samma positiva effekt som när det infördes en lagstadgad tvingande månad för respektive förälder, i föräldraledigheten. De som inte var för regeltvånget i början har nu insett att det var en nödvändighet för att få och nå balans.

3.3 Tolkning av avtal på upphovsrättens område

3.3.3 Överväganden

SLFF/LISAB bedömer att utredarens förslag inte är en reell kodifiering av vare sig specialitetsgrundsatsen eller specifikationsprincipen.

SLFF/LISAB föreslår i stället en kodifierad tvingande specialitetsgrundsats i 27 § tredje stycket, enligt följande:

‘Den som enligt avtal om upplåtelse eller överlåtelse har rätt att förfoga över upphovsrätt enligt denna lag ska inte anses ha fått en mer omfattande rätt än som klart framgår av avtalet.’

Ska man införa en specialitets/specifikationsbestämmelse i lagtext så måste den också göras tvingande, så som även gjorts i Danmark och i Norge. Tolkningsreglerna, specialitetsgrundsatsen och

specifikationsprincipen är etablerad domstolspraxis i Sverige och ska eller kan inte avtalas bort. Förfoganderätten ska inte gå utöver avtalets syfte.

SLFF/LISAB avstyrker det nya föreslagna fjärde stycket i 27 §, eftersom det inte fyller något syfte utan vi föreslår en tvingande specifikationsbestämmelse i 27 § tredje stycket, enligt ovan.

3.4 Jämkning av avtal på upphovsrättens område

3.4.3 Överväganden

SLFF/LISAB är kritisk till utredarens förslag och bedömer det inte är tillräckligt för att få någon som helst reell betydelse vid oskälighetsbedömning i domstol.

En jämningsregel i enlighet med 36 § avtalslagen kan inte enligt utredarens slutsats göras dispositiv utan är tvingande, jämligt med gällande lagstiftning i 36 § avtalslagen, se specialmotiveringen i prop. 1975/76 sid 136 "Det ligger i sakens natur att den nya generalklausulen är tvingande. Det är således inte möjligt att utesluta dess tillämpning genom särskilda avtalsvillkor.

SLFF/LISAB påkallar vikten och vidden av att införa en tvingande särskild jämningsregel i URL på det upphovsrättsliga området.

Upphovsrättslagen innehöll från början en jämningsregel i 29 § URL som gav möjlighet att jämka eller att sätta åt sidan avtalsvillkor som uppenbart stred mot god sed på upphovsrättens område eller var otillbörligt. Regeln togs bort 1976 då Sverige fick en allmän generalklausul i 36 § avtalslagen för att jämka oskäliga avtalsvillkor. Dock har inte 36 § avtalslagen fått det genomslag på upphovsrättsområdet som nog var tänkt från början. Rättspraxis på upphovsrättsområdet är näst intill obefintlig. Därför finns ett mycket starkt incitament till att återinföra en jämningsregel likt den gamla 29 § URL för att på så sätt föra tillbaka möjligheten att få ett oskäligt avtalsvillkor jämkat på upphovsrättsområdet.

Ett välkänt domstolsmål för våra författarmedlemmar (så även för utredaren då denne lämnade sakkunnigutlåtande till fördel förläggaren och mot upphovsmännen/författarna i målet, vilket kan ha bidragit till oviljan att pröva upphovsmäns behov av starkare rättsskydd), se även kommenterat av utredaren sid 108-109 och sid 114-115, är processen om Jourläkarboken där Hovrätten över Skåne och Blekinge i en dom från 2008 vägrade att jämka ett starkt ensidigt förlagsavtal. Avtalet hade ingåtts redan 1982 och gällde en läkarbok som genom åren hade getts ut i fyra upplagor. Sedan starka meningsskiljaktigheter uppkommit mellan parterna valde författarna att säga upp

förlagsavtalet. Hovrätten fann emellertid att avtalet fortfarande gav förlaget en ensamrätt, att författarna saknade uppsägningsrätt och att det inte fanns tillräckliga skäl att jämka avtalet, trots att det innebar ett slags evigt arbetsbeting för författarna att ställa upp med att utarbeta nya upplagor.

Situationen är belysande för den ojämlika ställningen vid avtals ingående. Författarna var inte alls insatta i avtalsjuridik och bokbranschen, och som typiskt är, glada och stolta över att få ge ut sin bok, och med fokus helt på innehållet. Avtalen är som oftast ett av förlaget förtryckt formulär där enstaka rader är öppna, men inte sällan även de ifyllda av förlaget när avtalet presenteras för författarna. Detta sker dessutom väldigt sent i processen, och som en oförarglig formalitet när författarna ofta är stressade att bli klara i tid för manusstopp. Författarna till Jurläkarboken hävdade bland annat i domstolen att de tagit för givet att avtalet kunde sägas upp – en grundregel i både lagstiftning och i det allmänna rättsmedvetandet. Professor Ulf Bernitz har skrivit en belysande artikel om detta mål i tidskriften Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (NIR) häfte 4 för 2009 sid 349. SLFF/LISAB har lämnat in skriftligt underlag till utredningen med anledning av den upphovsrättsliga problematiken som slog oskäligt hårt mot upphovsmännen i detta mål.

Hovrättens ställningstagande att inte jämka avtalet om Jurläkarboken och tillåta en uppsägningsrätt kan ses som ett uttryck för svenska domstolars allmänna obenägenhet att avvika från principen att ingångna avtal ska hållas. Det är överhuvudtaget sällsynt att domstolarna utnyttjar avtalslagens generalklausul till att jämka avtalsvillkor.

En möjlig tolkning om varför HD inte beviljade prövningstillstånd i målet angående Jurläkarboken är att man inväntade att upphovsrättsutredningen skulle komma med en moderniserad lagstiftning, som HD inte ville föregripa. Det kan nu konstateras att någon föreslagen modernisering blev det inte, och att utredaren inte heller har förmått ta någon klar ställning till direktivet att pröva upphovsmännens behov av jämbördiga avtalsförhållanden.

SLFF/LISAB föreslår följande lydelse i en återinförd särskild jämningsregel i URL:

'Har avtal träffats om upphovsrätt får avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden, god sed på upphovsrättens område och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.'

Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tas till behovet av skydd för den som i egenskap av upphovsman eller utövare intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.'

När man återinför en särskild jämkningsregel i URL bör den också kompletteras med belysande resonemang och exempel i de nya lagmotiven, om hur regeln ska tillämpas i olika situationer och på olika typer av nyttjanden.

SLFF/LISAB finner det angeläget att bemöta utredarens slutsats, se sid 115 andra stycket, ”att det inte finns underlag för antagandet att 36 § avtalslagen inte skulle ge tillräckliga möjligheter att jämka oskäligen avtalsvillkor på det upphovsrättsliga området”. Utredningen har erhållit många rättsfall från upphovsmannasidan som visar på ett tydligt behov av att införa en särskild jämkningsregel i URL. Om detta kan utredaren knappast vara omedveten. Vill man öka möjligheterna för upphovsmän att kunna jämka upphovsrättsliga avtalsvillkor måste det införas ett jämkningsstadgande i URL som har egna materiella kriterier för bedömningen. Om detta varit utredarens vilja hade det funnits ett sådant förslag.

3.5 Nyttjande av förvärvade rättigheter

3.5.3 Överväganden

SLFF/LISAB bedömer förslaget om att införa tydlig reglering av nyttjandeplikt inom en viss tid för förvärvare är ett steg i rätt riktning. Dock är den föreslagna tidsgränsen i 30 § URL alltför lång och vi föreslår i stället en två års-gräns. Tidsfristen ska löpa från tidpunkten då avtal träffas med förvärvaren.

När det gäller den föreslagna regeln i 30 § URL föreslår vi istället att den formuleras så att upphovsmannen har en generell uppsägningsrätt när utgivning inte sker inom rimlig tid.

En två års-regel formuleras i ett andra stycke som en precisering, att det föreligger hävningsrätt om utgivning inte skett inom två år.

SLFF/LISAB är av den bedömningen att lagbestämmelsen ska göras tvingande för att nå den eftersträvade effekten med nyttjandeplikten.

SLFF/LISAB är av annan uppfattning än utredaren och bedömer att det är av vikt att det bibehålls en bestämmelse i URL om rätt för en upphovsman att ändra i sitt verk inför nya förfoganden.

Det är viktigt att se till att en skyddslagstiftning som upphovsrättslagen, består av regler som motverkar inlåsnings effekter. När en upphovsman ingår avtal med en förvärvare ska därför en sista tidsgräns kunna slå till för att motverka att verk ej görs tillgängligt för allmänheten. Att en förvärvare underlåter att ge ut en bok ska därför kunna motverkas genom att upphovsmannen kan häva avtalet

med förvärvaren. Hävningsrätten ger också upphovsmannen en rätt till skadestånd. När det gäller den föreslagna regeln i 30 § URL bör den i stället ta avstamp från att upphovsmannen har en *generell uppsägningsrätt* när utgivning inte sker inom rimlig tid. En två års-regel formuleras i ett andra stycke som utsäger att det i vart fall föreligger hävningsrätt om utgivning inte skett inom två år. Skadeståndsdelen i nuvarande 33 § URL bör även behållas. Dessutom bör en bestämmelse som motsvarar den nuvarande 34 § URL införas där förvärvaren åläggs ett strikt ansvar för att en förvärvad rättighet faktiskt används.

När det gäller det andra stycket i den föreslagna 30 § URL, angående att paragrafen ej får träff på anställningsavtal, bedömer vi att det är ett explicit undantag som kan strykas.

SLFF/LISAB är av annan uppfattning än utredaren och bedömer att det är av vikt att det bibehålls en bestämmelse i URL om rätt för en upphovsman att ändra i sitt verk inför nya förfoganden. Det skulle dessutom strida mot den ideella rätten om till exempel en förläggare motsatte sig att författaren inte fick göra ändringar i sitt verk och därför mot författarens vilja fortsatte att försälja ett verk som är inaktuellt. I dagsläget är det praxis att författaren har rätt att ändra i sitt verk vid utgivningar. Denna praxis tar avstamp ur 36 § URL men tas lagbestämmelsen bort kan detta inverka negativt på praxis.

Man kan inte som utredaren förutsätta och förlita sig på att marknadens parter kan hantera och lösa denna sakfråga utan ett tydligt stöd i lag. Marknadens parter är inte jämbördiga. Att som utredaren hänvisa till att upphovsmannen i så fall kan använda sig av 36 § avtalslagen är enligt vår bedömning en chimär och utan realistisk framgång.

3.6 Upphovsmannens rätt till ersättning samt avräkning och kontroll

3.6.4 Överväganden

SLFF/LISAB ställer sig positiva till att huvudregeln om att upphovsmannens rätt till skälig ersättning kodifieras i lagtext.

SLFF/LISAB bedömer att bestämmelsen i 31 § URL ska vara tvingande och kompletteras med en formulering att skälig ersättning innebär att den ska stå i proposition till nyttjandets eller förvärvets omfattning.

En "skälig" ersättning kan inte göras dispositiv. För att en ersättning ska vara "skälig" förutsätts också att representativa organisationer på upphovsrättsområdet förhandlat fram och sanktionerat ersättningen. Det är en underdrift att säga att upphovsmän har en svag förhandlingsposition när det

till exempel på bokförlagsområdet råder oligopol. Alltför låga ersättningar riskerar därför att bli skäliga ur den starkare partens synvinkel. Förslaget om en förhandlingsordning skulle som vi tidigare framhållit utgöra en framkomlig väg att förhandla kollektivt och träffa avtal om skäliga ersättningsnivåer, goda ersättningsnivåer som förhandlats fram med ömsesidig respekt mellan parterna.

Bestämmelsen i den föreslagna 32 § URL om rätt för upphovsmannen till underlag för avräkning och kontroll föreslås tvingande.

SLFF/LISAB tillstyrker förslaget. Dock borde det i bestämmelsen läggas till att avräkning ska tillhandahållas inom rimlig tid, med precisering av längsta tid. Med dagens moderna redovisningsteknik och krav på snabb redovisning av till exempel moms finns inga argument kvar för att redovisning och utbetalning av ersättning till upphovsmän, som till exempel sker på bokförlagsområdet, så sent som nu är fallet.

I enlighet med kommittédirektivet bedömer vi att underlag för att fler av de andra bestämmelserna i 3 kap. URL, än enbart 32 §, också borde ha föreslagits tvingande.

3.7 Upphovsrätten i anställningsförhållanden m. m.

3.7.3 Överväganden

SLFF/LISAB avstyrker förslaget i 33 §, i sin helhet.

Det finns starka skäl till att avstå från att lagstifta om rätt för arbetsgivare i URL. Redan rubriken *arbetsgivarens rätt*, varefter föreslagen 33 § följer, talar om att utredaren gjort ett felaktigt vägval. Att införa en bestämmelse i URL som gynnar arbetsgivaren i en avtalsrelation är ett avsteg från den grundläggande principen om att upphovsrätten till ett verk tillkommer upphovsmannen, den fysiska personen som skapat verket. Kardinalfelet följer av att förslaget utgår från att någon annan än upphovsmannen besitter rättigheterna.

I Sverige finns även det så kallade lärarundantaget. Utgångspunkten är här som i svensk rätt att upphovsrätten tillkommer upphovsmannen, det vill säga den lärare eller forskare som framställt ett läromedel eller annat undervisningsmaterial för skol- eller högskolebruk. Arbetsgivare inom skol- och högskoleområdet gör inte anspråk på någon övergång av upphovsrätt. Den enskilde läraren eller forskaren behåller upphovsrätten till sitt material och kan till exempel ingå förlagsavtal om utgivning av läroböcker och andra läromedel.

Det förefaller också märkligt att utredaren föreslår en bestämmelse om *arbetsgivarens rätt* när man i både Danmark och Finland avfärdat liknande bestämmelser. Ett incitament till att lagstiftaren även i Sverige ska låta detta område vara oreglerat.

SLFF/LISAB avstår från att kommentera den föreslagna bestämmelsen i övrigt även om vi ser uppenbara tolkningssvårigheter och gränsdragningsproblem med utredarens valda formuleringar såsom *ensamrätt* och *normala verksamhet*. Vi bedömer att en bestämmelse av detta slag vore förödande att införa och skulle riskera att urholka upphovsrättslagens principiella syfte nämligen att upphovsrätten alltid tillkommer upphovsmannen som skapat verket.

4. Avtalslicenser m. m.


SLFF/LISAB bedömer utredarens förslag i vad gäller utvidgningar av befintliga avtalslicenser samt förslag om särskild avtalslicens väl avvägda och tillstyrker sålunda förslagen.


Dock kan dessa väl avvägda förslag komma att förlora sin effekt då förslagen i 3 kap. URL inte är tillräckliga och inte ger det skydd för upphovsmännen som har eftersträvat. Detta riskerar att föra med sig inlåsnings effekter och är ett hot mot en fungerande och väl balanserad avtalsmarknad. Ett förstärkt skydd för upphovsmännen i 3 kap. URL är en förutsättning för avtalslicensmodellen och kommer då att gagna det nya digitala samhället, vilket i dagsläget är en av våra viktigaste samhällsfrågor.

SLFF/LISAB hänvisar i övrigt till de kollektiva rättighetsförvaltningsorganisationerna – ALIS, Copyswedes och Bonus Presskopias remissyttranden som belyser specifikt avtalslicenserna. SLFF/LISAB ställer sig bakom dessa organisationers förslag.

För

Sveriges Läromedelsförfattares Förbund och Läromedelsförfattarna i Sverige AB


Jöran Enqvist
Ordförande


Jenny Lundström
Förbundsdirektör/VD