UPPSALA UNIVERSITET

Juridiska institutionen

Vårterminen 2023

Examensarbete i civilrätt, särskilt immaterialrätt

30 högskolepoäng

Upphovsmäns rätt att justera ersättningen efter avtalsslutet -

En studie av artikel 20 i DSM-direktivet och 36 § avtalslagen

Authors and performers right to additional remuneration after the conclusion of the contract -

A study concerning article 20 of the DSM-directive and Section 36 of the Swedish Contracts Act

Författare: Max Stenberg

Handledare: Professor Bengt Domeij

Abstract

Copyright contractual law consist of rules that regulate contracts within copyright law. One of the main characteristics of copyright contracts is that they are often characterised by differences in bargaining power between the parties. The weak position of authors has therefore become the subject of mandatory legislation in various respects. Recently, Article 20 of the Directive (EU) 2019/790 (DSM-Directive) incorporated such a rule. This article provides authors with a right to additional, appropriate and fair remuneratiom after the conclusion of the contract if their remuneration proves to be disproportionately low. That is, a right to obtain post-contractual remuneration through mandatory legislation. It is in theory possible to also achieve similar results by applying Section 36 of the Swedish Contracts Act. This paper will examine both of these rules.

This constitutes an interesting area of law, but the detailed applications of the rules are still understudied. This paper therefore aims to take a holistic approach to the possibility for authors to obtain additional post-contractual remuneration through mandatory legislation. The study identifies several problems and ambiguities in the application and proposes solutions to these issues. The conclusion was that the requirements for applying Article 20 are generally to be seen as lower than Section 36 of the Swedish Contracts Act, while in theory it should also lead to higher remuneration for authors. However, Section 36 of the Copyright Act can be applied to a wider range of cases and to some extent addresses other circumstances. The addition of article 20 has either way improved authors right to remuneration as well as bargaining power. However, some of the other issues that authors face during the contract negotiations were not solved through the directive.

Innehållsförteckning

1 BAKGRUND ... 1

1.1 INLEDNING ... 1
1.2 SYFTE, FRÅGESTÄLLNING & DISPOSITION ... 2
1.3 METOD ... 3
1.4 AVGRÄNSNINGAR ... 4
1.5 EU-RÄTTSLIGA HARMONISERINGEN INOM UPPHOVSRÄTTEN ... 5
1.5.1 Från datorprogram till originalitetskravet ... 5
1.5.2 Den digitala inre marknaden ... 6
1.6 TREDJE KAPITLET I DSM-DIREKTIVET ... 7
1.6.1 Artikel 18 ... 7
1.6.2 Artikel 19 ... 7
1.6.3 Artikel 21 & 23 ... 7
1.7 RÄTTSLIG BAKGRUND ... 9
1.7.1 Upphovsrättsliga avtal och artikel 20 ... 9
1.7.2 Avtalslagen, särskilt 36 §. ... 9

2 REKVISIT ... 12

2.1 OPROPORTIONERLIGT LÅG ERSÄTTNING ... 12
2.1.1 Upphovsmannens bidrag ... 13
2.1.2 Branschpraxis ... 16
2.1.3 Förvärvarens investeringar ... 18
2.1.4 Gräns för tillämpning ... 20
2.1.5 Sammanfattning ... 23
2.2 OSKÄLIGHET ... 24
2.2.1 Inledning ... 24
2.2.2 Ekvivalensprincipen ... 25
2.2.3 Upphovsmäns underlägsna ställning ... 27
2.2.4 Offergränsen ... 29
2.3 SAMMANFATTNING, JÄMFÖRELSE OCH SLUTSATS ... 31
2.3.1 Sammanfattning ... 31
2.3.2 Jämförelse och slutsats ... 32

3 RÄTTSVERKAN ... 35

3.1 YTTERLIGARE SKÄLIG ERSÄTTNING ... 35
3.1.1 Inledning ... 35
3.1.2 Tidsmässig tillämpning (retroaktivitet) ... 36
3.1.3 Subjektiv tillämpning ... 40
3.1.4 Ytterligare och lämplig ersättning ... 43
3.1.5 Skälig ersättning ... 43
3.1.6 Sammanfattning ... 48
3.2 JÄMKNING ... 50
3.2.1 Inledning ... 50
3.2.2 Hur värderas prestationerna ... 50
3.2.3 Metod för jämkning ... 53
3.3 SAMMANFATTNING, JÄMFÖRELSE & SLUTSATS ... 55
3.3.1 Sammanfattning ... 55
3.3.2 Jämförelse & slutsats ... 56

4 RESULTAT & DISKUSSION ... 58

4.1 INLEDNING ... 58
4.2 SAMMANFATTNING OCH DISKUSSION ... 58
4.3 UPPHOVSMÄNNENS STÄLLNING ... 60

KÄLLFÖRTECKNING ... 63

1 Bakgrund

1.1 Inledning

När en upphovsman har skapat ett musikstycke, konstverk, filmmanus eller något annat typ av verk kan denna vilja överlåta eller upplåta sina rättigheter mot betalning. Storleken på upphovsmannens ersättning kan då vara helt avgörande för dennes möjligheter att kunna leva på sitt arbete och fortsätta skapa. Avtalsförhandlingen med stora förlag eller musikbolag är emellertid inte sällan främmande och svårnavigerad för en ensam upphovsman. Det kan leda till att upphovsmannen, mot bättre vetande, råkar låsa in sig i ett ofördelaktigt avtal. Till exempel en total överlåtelse av alla sina rättigheter mot en engångsbetalning. Frågan om upphovsmannens ersättning i efterhand kan justeras genom tvingande lagstiftning blir därför viktig. En regel som berör just sådana situationer införlivades nyligen genom det så kallade DSM-direktivet.[1] Regeln tar sikte på fall där upphovsmannens ersättning visar sig vara oproportionerligt låg, efter avtalsslutet. Då har upphovsmannen enligt direktivets artikel 20 rätt till ytterligare skälig ersättning. En liknande typ av justering borde i teorin även vara möjlig för upphovsmannen genom 36 § avtalslagen.

Dessa regler får dock självklart även betydelse för upphovsmannens motpart, förvärvaren av rättigheterna. Förvärvare tar ofta en betydande risk när de investerar i rättigheter hos oprövade upphovsmän. Vissa rättigheter innebär stora succéer, medan andra blir betydande floppar. Om den avtalsbestämda ersättningen kan ändras i efterhand, kan det påverka lönsamheten i deras verksamhet. En för långtgående ersättningsrätt skulle därför i teorin kunna innebära en lägre investeringsvilja i upphovsrätter. Det skulle i sin tur också försämra förutsättningarna för upphovsmännen att nå ut. Denna typ av ersättningsregler behöver därför vara balanserade för att uppmuntra till en hälsosam marknad för

[1] Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

upphovsrätter.[2] Det är därför intressant att närmare undersöka hur läget numera ser ut i ljuset av den nya regeln i DSM-direktivet. Denna uppsats syftar därför till att ta ett helhetsgrepp om upphovsmäns rätt att justera ersättningen i efterhand genom tvingande lagstiftning. I praktiken en undersökning av artikel 20 i DSM-direktivet, och 36 § avtalslagen, i den aktuella typen av situationer.

1.2 Syfte, frågeställning & disposition

Det övergripande syftet bakom uppsatsen är att närmare undersöka vilka möjligheter en upphovsman har att kräva ytterligare ersättning efter avtalsslutet enligt tvingande lagstiftning. Till följd av de krav och möjligheter som följer av DSM-direktivet, är det intressant att ta ett helhetsgrepp om frågan. För att besvara frågeställningen behöver två saker undersökas. För det första behöver gällande rätt analyseras i situationen när en upphovsman å ena sidan begär ytterligare ersättning enligt artikel 20, å andra sidan när denne begär jämkning enligt 36 § avtalslagen. För det andra, behövs upphovsmannens kontraktuella ställning diskuteras i ljuset av den gällande rätten hos den nya regeln.

För att göra det, är uppsatsen analys delad i tre delar. I den första delen undersöks rekvisiten för att tillämpa bestämmelserna. För att tillämpa artikel 20 krävs det att upphovsmannens ersättning är *oproportionerligt låg.* För att tillämpa generalklausulen krävs det i stället att något avtalsvillkor, eller hela avtalet, är *oskäligt.* Efter att rekvisiten har undersökts var för sig, kommer en jämförelse göras mellan bestämmelserna och vissa slutsatser kommer att dras. I den andra delen undersöks rättsverkan av bestämmelserna. För artikel 20 innebär en tillämpning att upphovsmannen får *ytterligare skälig ersättning* medan en tillämpning av generalklausulen innebär att villkoret, eller hela avtalet, kan jämkas eller lämnas utan avseende. Inom ramen för denna uppsats är det dock endast *jämkning* som kommer att undersökas. Även denna del följs av en jämförande analys. I det tredje och slutliga kapitlet sammanfattas och diskuteras analysen ur ett mer övergripande perspektiv.

---

[2] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 3.

1.3 Metod

I uppsatsen tillämpas främst en rättsdogmatisk metod för att fastställa gällande rätt. Det innebär att klassiska rättskällor som lagtext, rättsfall, förarbeten och doktrin kommer att användas för att närmare förstå den gällande lagstiftningen.[3] Uppsatsen undersöker alltså i praktiken vad som kan sägas utgöra gällande rätt, både i allmänhet och hur bestämmelserna kan tillämpas vid specifika problem. Det är emellertid inget hinder från att även kritisera den gällande ordningen.[4]

Eftersom en av de två bestämmelserna som undersöks är en artikel från ett EU-direktiv blir även den EU-rättsliga metoden viktig. Centralt för den EU-rättsliga metoden är EU-rättens företräde.[5] Det innebär att det svenska införlivandet endast utgör gällande rätt i den utsträckningen det är förenligt med EU-rätten. I praktiken kommer därför främst EU-rättsliga källor att undersökas för att fastställa den närmare betydelsen av bestämmelserna. Vissa källor, exempelvis de svenska motiven, kan dock ha ett stort värde för att diskutera om en viss tolkning är förenlig med direktivet.

I just detta fall kompliceras dock situation ytterligare av att artikel 18(2) i direktivet ger medlemsstaterna ett stort utrymme att införliva principen om skälig ersättning med hänsyn till olika principer och intressen. I det svenska införlivandet har detta tolkats som att medlemsstaterna har ett stort svängrum i införlivandet av hela kapitlet.[6] Huruvida en sådan tolkningen är förenlig med direktivet kan inte sägas med säkerhet. Därför uppstår särskilda svårigheter i detta fall att dra gränsen mellan vad som är förenligt med EU-rätten och inte. Det problematiseras löpande i texten utifrån kontexten av det aktuella problemet som diskuteras.

Arbetet innehåller inte en regelrätt komparativ analys, men exempel från två andra rättsordningar kommer att förekomma i texten. Det två andra rättsordningarna är dels den tyska och dels den franska. Den franska rättsordningen berörs endast flyktigt som ett exempel på hur domstolen kan lösa ett konkret problem. Jämförelsen i den delen är relativt

---

[3] Kleineman, J, Rättsdogmatisk metod, s. 28 ff.
[4] Kleineman, J, Rättsdogmatisk metod, s. 33 ff., som tillägger att det ofta kan vara olämpligt att bedöma vad som är ”rätt och fel” i prejudicerande mål.
[5] C-6/64.
[6] Prop. 2021/22:278, s. 152 f.

oproblematisk. Uppsatsens förhållande till den tyska rättsordningen är däremot mer komplicerat. Enligt vissa författare var artikel 20 i DSM-direktivet baserat på den tyska regeln UrhG 31(a).[7] Därmed finns det ett större intresse i att undersöka dess praxis och tillämpning för att undersöka huruvida den EU-rättsliga regleringen står inför liknande frågor. Jämförelsen mellan dessa regler bidrar till en god grund för diskussion kring artikeln. Det är dock viktigt att notera att upphovsrätten inte i övrigt är fullständigt harmoniserad, vilket innebär att Tysklands upphovsrättslagstiftning till viss del skiljer sig från den EU-rättsliga. Dessutom innebar införlivandet av DSM-direktivet att Tyskland behövde förändra den aktuella regeln, vilket talar ännu mer för att skillnader existerar mellanr bestämmelserna.[8] Med dessa svårigheter i åtanke kan den tyska regeln och dess tillämpning fungera som en bra utgångspunkt för diskussion.

Min metod kan utöver dessa teorier, mer konkret beskrivas som att först undersöka rekvisiten och därefter rättsverkan av de två bestämmelserna. Därefter följer en jämförelse mellan reglerna, vilket förhoppningsvis resulterar i en djupare förståelse av båda regelverken samt upphovsmäns mer övergripande ställning i de situationer som aktualiseras i uppsatsen.

1.4 Avgränsningar

Arbetet rör upphovsmäns rätt till ytterligare ersättning efter avtalsslutet enligt artikel 20 i DSM-direktivet och 36 § avtalslagen. Artikel 18 i DSM-direktivet skulle även kunna passa in i detta tema. Artikel 18 syftar dock till de omständigheter som förelåg vid avtalsslutet, och därmed inte de omständigheter som inträffar efter avtalsslutet. Därför berörs artikel 18 endast översiktligt. Vidare uppstår ytterligare frågor när upphovsmannen är en arbetstagare. Dessa frågor lämnas utanför framställningen i syfte att hålla uppsatsen fokuserad på dess kärnområde. Eftersom artikel 20 utesluter ytterligare ersättning till

---

[7] Urheberrechtsgesetz (UrhG) 31a [Tyska upphovsrättslagen, 31a §]; Schwope, L, Efficacy of the 'Best-Seller Clause' in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 95.

[8] Schwope, L, Efficacy of the 'Best-Seller Clause' in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 93.

upphovsmän till datorprogram, utesluts även dessa från arbetet. Alla dessa kan med fördel vara föremål för framtida framställningar.

1.5 EU-rättsliga harmoniseringen inom upphovsrätten

1.5.1 Från datorprogram till originalitetskravet

EU:s arbete att harmonisera upphovsrätten har pågått sedan början av 90-talet. Det har sedan dess kommit tretton direktiv och två förordningar inom det upphovsrättsliga området. Skälen till att anta nya rättsakter kan sammanfattas i två delar: (1) bygga och vidareutveckla den inre marknaden för upphovsrätt och (2) modernisera regelverket.[9] Genom att kontinuerligt addera nya direktiv, harmoniseras de olika medlemsstaternas lagstiftning och utrymmet för rent nationella regler krymper. EU har dessutom sett till att regelbundet uppdatera regelverken till den framskridande tekniska utvecklingen som har skett inom området.

Diskussionerna kring vikten av att harmonisera det upphovsrättsliga området för den inre marknaden tog fart under 1980-talet. Det ledde i början av 90-talet till det första direktivet som harmoniserade det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram.[10] Direktivet följdes av ett rad direktiv för liknande smala områden som databaser, närstående rättigheter, satellit och kabel. Utmärkande för denna tids direktiv var just punktharmoniseringen.

Detta åtföljdes emellertid av en diskussion om en bredare upphovsrättslig harmonisering. Under samma tid, i slutet av 90-talet, talade man ofta om informationssamhället. Dessa diskussioner ledde till det betydligt mer ambitiösa Infosoc-direktivet 2001.[11] Direktivet harmoniserade den upphovsrättsliga ekonomiska rättigheterna och undantagen mellan medlemsstaterna. Det innebär ett mycket stort steg i harmoniseringen. De ekonomiska rättigheterna och undantagen utgör den största, och potentiellt den viktigaste, delen

---

[9] Rosati, E, From the Early Days of Harmonization to the DSM Directive 2019/790: Continuity and Complexity of the EU Copyright Framework, s. 4.

[10] Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.

[11] Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

av det upphovsrättsliga regelverket. EU-domstolen har därutöver varit mycket aktiv i att sträcka ut harmoniseringen ytterligare. Domstolen fastställde bland annat att det upphovsrättsliga skyddskravet skulle harmoniseras till det så kallade originalitetskravet.[12] Detta framgick inte av Infosoc-direktivet, men domstolen menade att harmoniseringen krävdes för att upprätthålla funktionen av den inre marknaden för upphovsrätt. Intresset inom EU för ytterligare rättsakter var därefter något svalt, tills arbetet att framta DSM-direktivet påbörjades 2015.

1.5.2 Den digitala inre marknaden

EU noterade att sättet man utnyttjar upphovsrättsliga verk hade utvecklats, där bland annat streaming hade intagit en helt central roll. Därför påbörjades arbetet att skapa en digital inre marknad, där verk kunde sömlöst röra sig inom unionens gränser.[13] I detta arbete fanns det flera olika områden som ansågs behöva ytterligare harmonisering. Det var grunden till det som idag kallas direktivet för den digitala inre marknaden eller DSM-direktivet. Bland de områden som harmoniserades var viss gränsöverskridande användning, skydd av presspublikationer och ansvar för online leverantörer av delningstjänster för innehåll. Mest relevant inom ramen för denna uppsats är det tredje kapitlet inom DSM-direktivet som reglerar vissa kontraktuella frågor vid överlåtelser och upplåtelser av upphovsrätt.

Reglerna i tredje kapitlet innehåller bland annat rätten till skälig ersättning, transparenskrav, kontraktsjusteringsmekanism och tvistlösningsmekanism. Kapitlet saknar visserligen en tydlig koppling till den digital inre marknaden, men det ansågs viktigt för att säkerhetsställa förutsägbarhet, transparens och balans vid frågan om upphovsmäns ersättning.[14] I förevarande uppsats undersöks särskilt kontraktsjusteringsmekanismen i artikel 20.

---

[12] C-5/08, p. 36 f.

[13] Europeiska Kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén En strategi för en inre digital marknad i Europa, COM(2015) 192 final av den 6 Maj 2015.

[14] Europeiska Kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten COM(2015) 626 final, av den 9 december 2015, skäl 3; Rosati, E,

1.6 Tredje kapitlet i DSM-direktivet

1.6.1 Artikel 18

Artikel 18 fastställer principen om att upphovsmän och utövande konstnärer ska ha rätt till lämplig och proportionell ersättning när de överlåter eller licensierar sina verk. Enligt andra stycket står det medlemsstaterna fritt att använda olika mekanismer och beakta principen om avtalsfrihet och en skälig avvägning av rättigheter när de införlivar principen. För att avgöra vad som är en lämplig och proportionell ersättning ska hänsyn tas till upphovsmannens eller den utövande konstnärens ”bidrag till verket eller alstret i sin helhet och alla andra omständigheter i det enskilda fallet, till exempel praxis på marknaden eller det faktiska utnyttjandet av verket.”[15] En engångsbetalning kan utgöra en proportionerlig ersättning, men det bör inte vara huvudregeln.[16]

1.6.2 Artikel 19

Det så kallade transparenskravet i artikel 19 innebär att användaren av upphovsrätten måste ge regelbunden, aktuell, relevant och uttömmande information om utnyttjandet av verket till upphovsmannen, inklusive samtliga intäkter och all ersättning som denne har rätt till. Informationsgivandet måste ges minst en gång per år. Om verket har licensierats vidare ska upphovsmannen även få direkt eller indirekt information från dessa. Medlemsstaterna får dock föreskriva undantag i vederbörligt motiverade fall där informationskravet innebär en administrativ börda som är oproportionell, eller i fall då bidraget inte är betydande.

1.6.3 Artikel 21 & 23

Artikel 21 fastställer att medlemsstaterna ska inrätta en alternativ tvistlösningsmekanism för tvister som rör informationsskyldigheten enligt artikel 19 eller kontratsjusteringsmekanismen enligt artikel 20. Förfarandet ska vara frivilligt och sker mellan upphovsmannen

---

Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 360 f.

[15] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 73.

[16] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 73.

och deras avtalsmotpart. Artikel 23 fastställer kapitlets tvingande natur. Alla avtalsvillkor som strider mot artiklarna 19, 20, och 21 ska vara verkningslösa. Det ska dock noteras att upphovsmän fortfarande kan upplåta sina rättigheter utan ersättning enligt direktivets skäl 82.

1.7 Rättslig bakgrund

1.7.1 Upphovsrättsliga avtal och artikel 20

Frågan om regleringen av upphovsrättsliga kontrakt är viktiga, eftersom upphovsrätt har kommit att bli en viktig del av samhällsekonomin. Industrier som är upphovsrättsrelaterade stod i genomsnitt för mer än 7% av utvecklade länders BNP år 2021.[17] När ett land investerar i upphovsrättsindustrier kan landet dessutom förvänta sig högre avkastning än motsvarande satsningar i andra områden.[18] För flera av de mest framgångsrika företagen som Apple, Netflix och Spotify utgör upphovsrätten en avgörande beståndsdel i deras affärsmodell. Upphovsmäns ersättning är därför en viktig faktor i syfte att stimulera skapande och upprätta en fungerande upphovsrättsmarknad. Om en upphovsman inte kan leva på sitt arbete, kommer den inte heller kunna fortsätta skapa. Detta var ett av skälen till att EU antog DSM-direktivet.[19]

Artikel 20 tar därför sikte på att tillförsäkra att upphovsmän får tillräckligt med ersättning. Artikeln innebär som nämnt en justering av ersättningen i avtalet mellan upphovsmannen och förvärvaren. Tillämpningen blir aktuell när ersättningen visar sig vara oproportionerligt låg efter avtalsslutet. Då får upphovsmannen rätt till ytterligare skälig ersättning. Den närmare betydelsen av rekvisitet och rättsföljden är något vagt och kommer därför att vara föremålet för undersökningen i denna uppsats. Denna typ av bestämmelser kallas ibland något missvisande för best-seller regler, eftersom de kan tillämpas när ett verk har nått en oväntad succé. Uttrycket är missvisande eftersom det inte finns något krav på att verket var en succé. Endast att ersättningen visar sig vara oproportionerligt låg.

1.7.2 Avtalslagen, särskilt 36 §.

Pacta sund servanda, att avtal ska hållas, är en central rättsprincip inom både den svenska och de internationella rättstraditionerna. Genom att ge principen ett stort utrymme, skapas

---

[17] WIPO, The Economic Contribution of the Copyright Industries An Overview of the Results from WIPO Studies Assessing the Economic Contribution of the Copyright, 2021, s. 15.
[18] WIPO, The Economic Contribution of the Copyright Industries An Overview of the Results from WIPO Studies Assessing the Economic Contribution of the Copyright, 2021, s. 15.
[19] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 3.

en fördelaktig förutsägbarhet och trygghet för avtalsparterna.[20] Principen har dock stundtals inskränkts till förmån för andra intressen. Som exempel räknar tredje kapitlet avtalslagen upp ett antal omständigheter som kan ligga till grund för att ogiltigförklara ett avtal. Dessa inkluderar tvång, svek, eller att avtalet skulle strida mot tro och heder att tillämpa. Bestämmelserna tar sikte på omständigheter vid avtalsslutet som innebär att avtalet inte kan anses vara giltigt.[21] Reglerna fokuserar alltså inte på det materiella innehållet i avtalet. Det finns dock ett viktigt undantag till denna regel. Enligt 36 § avtalslagen, eller generalklausulen som den även kallas, kan oskäliga avtalsvillkor åsidosättas eller jämkas.

För att tillämpa generalklausulen krävs det alltså att ett eller flera av avtalsvillkor anses vara oskäliga. Om så är fallet, kan domstolen antingen jämka något av villkoren eller lämna något villkor alternativt hela avtalet utan avseende. En jämkning innebär att domstolen förändrar villkoret, eller villkoren, medan att villkoret eller avtalet lämnas utan avseende innebär att det inte tillämpas i det specifika fallet. Eftersom denna uppsats diskuterar upphovsmäns rätt till ytterligare ersättning är det främst en jämkning av ersättningsvillkoren som blir relevant.

Bestämmelsen tar alltså direkt sikte på huruvida det materiella innehållet kan accepteras eller inte. Det utgör ett intressant undantag till principen om att avtal ska hållas. Inte minst på grund av den stora maktförskjutningen till domstolarna. Tillämpningen måste därmed naturligtvis vara försiktig. Detta har även visat sig bli fallet, då bestämmelsen endast tillämpats sparsamt i rättstillämpningen. Bestämmelsen har framför allt fått stort genomslag där ena parten anses vara svagare och därmed mer skyddsvärd, exempelvis vid konsumentförhållanden.

Från detta perspektiv är upphovsrätten särskilt intressant. En upphovsman saknar ofta resurser och relevant kunskap under avtalsförhandlingar, särskilt jämfört med stora förlag och skivbolag. De intar därför inte sällan en underlägsen ställning under dessa förhandlingar. Det vore därmed naturligt att 36 § avtalslagen skulle haft ett stort genomslag inom upphovsrätten. Prejudicerande mål saknas emellertid i området. I det så kallade

---

[20] Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 173 ff., 194 ff.; Dotevall, R, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, s. 441 ff.
[21] Dotevall, R, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, s. 441 ff.

jourläkarbok-målet tolkade hovrätten 36 § mycket restriktivt vid frågor om ett upphovsrättsligt förlagsavtal.[22] HD meddelade dessvärre inte prövningstillstånd i målet. Möjligen får upphovsmän ett starkare skydd genom bestämmelsen i underinstanserna, men det går inte att veta säkert.[23] I detta arbete undersöks därför vilka faktorer som bör anses vara betydelsefulla i att avgöra om 36 § avtalslagen kan tillämpas vid frågan om upphovsmäns ersättning. Därutöver undersöks även vad följden av en sådan tillämpning skulle vara.

---

[22] Dom av Hovrätten över Skåne och Blekinge 2008-04-03 i mål T-1512-07; Refererat av Bernitz i Bernitz, U, Uppsägning av förlagsavtal, s. 349–363.

[23] Bernitz menar att skyddet är tveksamt, a. a. s. 358 f.; Rosén menar att jourläkarbok-målet var ett undantag och att det inte finns anledning att förändra 36 § avtalslagen i upphovsrättsliga sammanhang, SOU 2010:24, s. 113 ff.

2 Rekvisit

2.1 Oproportionerligt låg ersättning

I detta avsnitt undersöks vad som krävs för att tillämpa artikel 20 i en avtalsrelation. Artikeln innehåller endast ett rekvisit. Detta rekvisit blir uppfyllt, och artikeln kan tillämpas, om upphovsmannens ersättning är oproportionerligt låg i förhållande till förvärvarens intäkter. Det rör sig alltså om en relation mellan två faktorer. En ersättning som är låg *i jämförelse* med förvärvarens intäkter. Man måste därmed undersöka både upphovsmannens ersättning och förvärvarens intäkter, för att sedan jämföra dessa. Alla grader av missförhållande mellan ersättningen och intäkterna uppfyller dock inte kravet för att tillämpa artikeln. Missförhållandet måste vara så stort att ersättningen anses vara *oproportionerligt låg.* Det vill säga uppnå en viss ribba av magnitud. Om detta rekvisit blir uppfyllt har upphovsmannen rätt till ytterligare skälig ersättning.

I det följande undersöks alltså den närmare betydelsen av oproportionalitetskravet. Vid en första anblick kan bedömningen framstå relativt enkel. Man undersöker upphovsmannens ersättning och jämför sedan den med förvärvarens intäkter. Om en tillräckligt stor skillnad kan konstateras är kravet uppfyllt och ytterligare ersättning utgår. I praktiken uppstår dock ett antal svåra bedömningar. Man måste exempelvis fastställa vad som utgör en låg ersättning, om det var upphovsmannens bidrag som ledde till det högre intäkterna och vilka av förvärvarens intäkter som kan härledas till rättigheten.

Som hjälp i denna bedömning anger direktivet några hållpunkter. Till att börja med måste ersättningen vara *uppenbart* oproportionerligt låg i förhållande till intäkterna.[24] I den bedömningen ska man undersöka *alla* relevanta omständigheter i det specifika fallet. Direktivet hjälper även till genom att ange några exempel på sådana omständigheter. Dessa är: upphovsmännens bidrag, branschpraxis i de olika innehållssektorerna och huruvida avtalet är baserat på ett kollektivavtal.[25] I de följande delavsnitten kommer dessa faktorer undersökas närmare. Därefter undersöks vilket missförhållande som krävs för att

[24] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 78.
[25] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 78.

tillämpa artikeln. Detta leder i bästa fall till en bättre förståelse för den närmare betydelsen av rekvisitet.

2.1.1 Upphovsmannens bidrag

En av faktorerna i bedömningen som uttryckligen ska undersökas enligt direktivet är upphovsmannens bidrag till verket. På vilket sätt upphovsmannens bidrag påverkar bedömningen nämns dock inte uttryckligen, vilket gör frågan värd att diskutera. Inledningsvis kan det konstateras att det faller naturligt att upphovsmannen måste på något sätt ha bidragit till verket för att få rätt till ytterligare ersättning. Utan något typ av bidrag kan individen inte ens betecknas som en upphovsman. Utöver det uppstår emellertid vissa frågor.

En första fråga är om upphovsmannens bidrag *avgör* rätten till ersättning, eller bara påverkar dess *storlek*. Det vill säga, finns det en gräns där upphovsmannens bidrag är så ringa att denne inte har rätt till ytterligare ersättning? Vid exempelvis filmproduktioner finns det ett stort antal bidragande upphovsmän. Frågan är om alla dessa upphovsmän kan ha rätt till ytterligare skälig ersättning, om deras ersättning är oproportionerligt låg.

Som ett första hinder för dessa upphovsmän, bör frågan om de har talerätt i domstol diskuteras. Rosati menar att alla upphovsmän har rätt att få frågan om oproportionerlig ersättning prövad i domstol.[26] Detta beror på utformningen av transparensskyldigheten i artikel 19. Medlemsstaterna kan föreskriva att endast upphovsmän som utför *betydande bidrag* har rätt till information enligt artikel 19(4).[27] Detta undantag gäller däremot *inte* mot en upphovsman som vill utöva sin rätt till ytterligare skälig ersättning enligt artikel 20. Rosati menar därför att avsikten var att alla upphovsmän ska kunna åberopa artikel 20 i domstol, oavsett deras bidrag till verket.[28] Slutsatsen är rimlig och inte särskilt kontroversiell i den svenska rättstraditionen som i övrigt inte ställer höga krav för talerätt.

---

[26] Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 387.

[27] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), artikel 19(4); I det svenska införlivandet ställdes ett sådant krav upp, se: URL 29a § st. 3; Prop. 2021/22:278, s. 233 f.

[28] Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 387.

Nästa steg återgår till frågan om dessa upphovsmän, väl i domstol, har rätt till ytterligare ersättning trots att deras bidrag till verket endast är ringa. Rosati menar att det är möjligt att dessa upphovsmän inte har rätt till den ytterligare ersättningen.[29] Direktivets ordalydelse ger inget tydligt svar. Möjligtvis var tanken att deras bidrag behöver vara betydande i enlighet med artikel 19(4). Det skulle innebära ett högre krav för att nå framgång i processen än för att få talerätt, vilket vore naturligt. Slutsatsen verkar dessutom rimlig med hänsyn till att artiklarnas ordval i övrigt speglar varandra.[30] Om ett bidrag är onödigt eller obetydligt kan det inte heller sägas ligga bakom de oväntade intäkterna som ligger till grund för tillämpningen av artikel 20. Det är visserligen möjligt att en upphovsman som utför ett obetydligt bidrag också kan få ersättning som är oproportionerlig i förhållande till intäkterna. Det kan dock angripas på annan väg, som exempelvis genom 36 § avtalslagen. I en samlad bedömning verkar det därmed vara lämpligt att bidraget måste vara betydande för att upphovsmannen ska ha rätt till ytterligare ersättning enligt artikel 20. En liknande tolkning finns även i det svenska införlivandet, där det uttrycks att ett bidrag kan vara så begränsat att ersättningen är proportionerlig oavsett verkets framgång.[31]

Nästa fråga blir då vad som utgör ett betydande bidrag. Här finns det värde i att undersöka den svenska implementeringen av direktivet. I propositionen sägs att hänsyn ska tas till sammanhanget där verket utnyttjas, särskilt om det utnyttjas i förhållande till ett annat verk, som exempelvis konstverk i en litterär skrift eller en studiomusiker i en musikinspelning.[32] Ett sådant förhållande talar emot att deras bidrag är betydande. Samma sak gäller ofta när flera upphovsmän bidrar till ett verk, exempelvis som statister. Men bara för att det finns flera upphovsmän betyder det inte att deras bidrag är obetydliga. Om flera bidrag bidrar till helheten av verket skulle det krävas många upphovsmän för att bidragen ska anses obetydliga. Som tumregel nämns att bidrag som lätt kan bytas ut utan att påverka helheten ofta kan anses vara obetydliga.[33]

---

[29] Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 387 ff.
[30] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), artikel 19(4) & skäl 78.
[31] Prop. 2021/22:278, s. 230.
[32] Prop. 2021/22:278, s. 233 f.
[33] Prop. 2021/22:278, s. 234.

Uttalanden i propositionen är nyanserade. Synsättet innebär att förvärvare inte kan undgå skyldigheten att betala ytterligare ersättning genom att utnyttja att många upphovsmän utför små bidrag. Det är dock en utmaning för domstolen att avgöra vad som utgör ett betydande bidrag, särskilt med tanke på svårigheten att bedöma subjektiva, konstnärliga och estetiska faktorer.[34]

Ett exempel på denna svårighet är situationen för studiomusiker som ofta får en engångsbetalning för att spela ett förutbestämt stycke musik på ett instrument.[35] Om detta stycke blir en stor hit, hur ska då studiomusikerns bidrag bedömas? Musiken är ofta förskriven, men sättet musikern spelar sitt instrument kan såklart variera. Ibland kan studiomusikern dessutom bidra till den kreativa processen och låtskrivandet med egna förslag. En studiomusikers bidrag kan alltså variera kraftigt. Förmodligen får domstolen bedöma om en annan musikers bidrag skulle innebära någon skillnad för slutprodukten i enlighet med propositionen. Alltså något som liknar det upphovsrättsliga dubbelskapandekriteriet. Att visa på sådana skillnader innebär ett svårt bevisläge för studiomusikern. Denna svårighet lär minska förekomsten av den typen av tvister i domstol.

I mindre särpräglade fall, för exempelvis en författare till en bok, en låtskrivare eller en skulptör, lär bedömningen dock vara väsentligt lättare. Då är det tydligt att upphovsmannen har utfört ett betydligt bidrag. Samma sak borde även gälla för de flesta som har gjort ett tydligt kreativt bidrag till verket. Därför ställs nog inte särskilt höga krav för de flesta upphovsmän.

Som motvikt mot propositionens relativt milda tolkning av kravet på en betydande insats kan man se på den motsvarande tyska UrhG (31a). Denna tyska regel motsvarar, och var enligt vissa modellen för, artikel 20.[36] Regeln har varit föremål för två avgörande som skulle kunna ge vägledning i bedömningen. De två målen kommer att undersökas i

---

[34] Aguilar, A, The New Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers – Part I & II, Articles 18-23; Margoni, T, The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard, s. 3-6.

[35] SOU 2022:23, s. 71.

[36] Urheberrechtsgesetz (UrhG) 31a [Tyska upphovsrättslagen, 31a §]; Schwope, L, Efficacy of the 'Best-Seller Clause' in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 95; Reber, N, 'Die urhebervertragsrechtlichen Regelungen zur "angemessenen Vergütung" in der DSM-Richtlinie', s. 896.

närmare detalj senare i arbetet, men frågan om upphovsmännens bidrag kan med fördel undersökas här. I det ena fallet, Flucht der Karibik, ansågs dubbningsskådespelaren till karaktären ”Jack Sparrow” ha utfört ett viktigt bidrag till verket.[37] I det andra fallet, Das Boot, ansågs filmens filmfotograf ha genomfört ett viktigt bidrag.[38] Filmfotografen blev nominerad för ett ”Academy Award” för sitt arbete på filmen och ansågs ha utvecklat innovativa tekniker inom filmbranschen.[39]

Båda upphovsmännens bidrag till de respektive filmerna var omfattande. Den ena spelade huvudkaraktären i en film som bärs av karaktärens excentriska beteenden. Den andra gjorde stora framsteg som förde den tekniska utvecklingen i filmbranschen framåt. Om en liknande tröskel ställs för att kunna begära ytterligare ersättning enligt artikel 20 vore det ett synnerligt högt krav. Den tyska regleringen har dock ändrats till ett mindre strängt språk, vilket antyder att sådana höga krav kanske inte längre ställs.[40] Det svenska införlivandet verkar därför vara en mer trogen tolkning av direktivet i frågan om kravet på upphovsmannens bidrag. I slutändan är det upp till EU-domstolen att avgöra frågan.

2.1.2 Branschpraxis

För att avgöra om ersättningen är oproportionerligt låg blir även frågan om branschpraxis en viktig faktor.[41] I en EU-rapport ansågs det omöjligt att hitta en lösning som kunde tillämpas i alla upphovsrättsliga branscher eftersom de har olika förutsättningar.[42] Därför bedöms specifika branscherna utifrån sina individuella förutsättningar. Man kan alltså se den övriga branschens hantering av ersättningar som en måttstock av vad som utgör en oproportionerligt låg ersättning i det specifika fallet. I det svenska införlivandet uttalas även att det finns skäl att utgå från att en branschpraxis är skälig.[43] Om det dock skulle

---

[37] BGH I ZR 145/11, Fluch der Karibik (2012) GRUR 2012, 1248.
[38] BGH I ZR 127/10, Das Boot (2011) GRUR 2012, 496.
[39] Clark, B, Sink or swim - BGH decides "Das Boot" fairness compensation claim.
[40] Schwope, L, Efficacy of the ‘Best-Seller Clause’ in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 93.
[41] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 78; Prop. 2021/22:278, s. 230.
[42] European Commission, Report on the Responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules (July 2014), s. 79; Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 38.
[43] Prop. 2021/22:278, s. 228.

förekomma en osund branschpraxis, ska den läkas genom artikel 18.[44] Alltså verkar lagstiftaren anse att en branschpraxis ska presumeras vara sund, men att presumtionen kan brytas i det enskilda fallet.

Att bedöma branschpraxis innebär en välkommen flexibilitet och en realistisk syn på marknaden. Exakt hur branschpraxisen ska bedömas är emellertid svårare och potentiellt problematiskt. Inledningsvis kan frågan ställas om branschens praxis främst får betydelse i fråga om branschens normala *ersättningsform*, *ersättningsmängd* eller båda.

Ersättningsformen kan beskrivas som den beräkning eller grund som ersättningen utgår från i avtalet. Ersättningsklausuler i upphovsrättsliga avtal består i allmänhet av royaltybetalningar eller engångsbetalningar.[45] I direktivet uttalas, i samband med artikel 18, att engångsbetalningar endast undantagsvis är proportionerliga.[46] En viktig fråga blir därmed vad som händer när upphovsmän i en viss bransch får engångsbetalningar som huvudregel. Det kan ofta innebära att upphovsmännen i en sådan bransch får sämre betalt än en motsvarande bransch som i huvudregel använder sig av royaltybetalningar. Branschpraxisen verkar därmed tala emot att sådana upphovsmän har rätt till ytterligare ersättning. Den slutsatsen framstår som något märklig. Om en upphovsman i övriga branscher skulle ha rätt till ytterligare skälig ersättning skulle ersättningsformen i dennes branschpraxis kunna förhindra en sådan utbetalning. En mer liberal tolkning vore däremot att ersättningsformen i stället fungerar som en indikator till domstolarna hur marknaden prissätter liknande bidrag. Att inte lägga för stor vikt vid ersättningsformen stöds även av den tidigare nämnda direktivstexten som uttrycker att engångsbetalningar endast undantagsvis är proportionerliga.[47] Det är även svårare att bedöma huruvida en engångsbetalning är skälig i förväg, vilket ytterligare ökar behovet av en potentiell jämkning.[48] Därför bör man i min mening inte lägga särskilt stor vikt vid ersättningsformen utan i stället se till den stora helheten av ersättningen i ljuset av branschpraxisen.

---

[44] Prop. 2021/22:278, s. 228 f.
[45] SOU 2022:23, s. 71.
[46] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 73.
[47] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 73.
[48] Jfr: Aguilar, A, The New Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers – Part II, Articles 20-23.

Ersättningsmängden är, precis som det låter, den normala mängden ersättning i den bransch som upphovsmannen är verksam i. Att jämföra upphovsmannens ersättning jämfört med andra i samma sits framstår som ett bra verktyg i bedömningen. Det finns emellertid ingen garanti för att den rådande ersättningen i branschen är skälig.[49] I sådana fall leder en jämförelse till potentiellt felaktiga resultat. Samtidigt lyfter Rosén den stora betydelsen av branschens normativa bidrag till rättsskipningen genom riktlinjer och standardavtal.[50] Rosén är däremot tydlig med att branschpraxis kan vara oskälig. Propositionens uttalande framstår därmed som lämpligt. Nämligen att man kan presumera att branschpraxisen är skälig, men samtidigt hålla det öppet för att läka en oskälig sådan.[51]

Frågan uppstår då hur en bransch kan bedömas osund. I praktiken skulle man kunna göra en objektiv värdering av en genomsnittlig rättighet i en bransch och sedan jämföra värderingen med upphovsmäns faktiska ersättning i samma bransch. Då skulle man se om värdet av rättigheterna översätts till ersättning för upphovsmännen. Det innebär dock ett relativt trubbigt verktyg. Bedömningen är komplex och träffar endast den aktuella rättigheten i målet indirekt. En annan lösning är att helt enkelt bortse från branschpraxis vid misstanke om att den är osund. Det vill säga att endast utnyttja branschpraxis som jämförelsematerial om praxisen kan antas vara skälig i sig. Då bedöms den aktuella rättighetens potentiella oproportionalitet ur ett mer neutralt perspektiv. Dessutom är det processekonomiskt fördelaktigt eftersom parterna potentiellt slipper att göra stora utredningar av hela branscher. Åtminstone utöver det som krävs för att konstatera en misstanke om att branschen är oskälig. I slutändan är det även här upp till EU-domstolen att avgöra hur branschpraxisen ska tolkas.

2.1.3 Förvärvarens investeringar

Propositionen uttalar att man även måste bedöma förvärvarens investeringar när man avgör om ersättningen är oproportionerlig.[52] Direktivet nämner inte detta specifikt, men det

---

[49] Bernitz, U, Uppsägning av förlagsavtal, s. 357 ff.; Jfr: Prop. 2021/22:278, s. 170 f.; Läromedelsförfattarnas remissvar över promemorian DS 2021:30 ”Upphovsrätten på den digitala inre marknaden”.
[50] SOU 2010:24, s. 115.
[51] Prop. 2021/22:278, s. 228 f.
[52] Prop. 2021/22:278, s. 230.

sägs att alla omständigheter i det specifika fallet ska beaktas. [53] Det innebär att man troligen kan ta hänsyn till förvärvarens investeringar utan att frångå direktivet.

Syftet med att beakta förvärvarens investeringar är att avgöra om de högre intäkterna beror på att rättigheterna faktiskt har stigit i värde eller om de beror på förvärvarens insatser.[54] Detta är viktigt eftersom förvärvaren annars kan tveka att investera i rättigheter av rädsla för att behöva ge tillbaka hela avkastningen till upphovsmannen. Det finns dock ett värde i att undersöka vissa frågor.

För det första, hur beräknar man förvärvarens investeringar? Situationen liknar bedömningen i 6 § i lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar. När en arbetsgivare tar över en uppfinning från en anställd, har arbetstagaren rätt till skälig ersättning genom bestämmelsen. För att avgöra vad som är skäligt, ser man på arbetsgivarens investeringar och arbetstagarens lön.[55] Om arbetsgivarens resurser har varit avgörande för uppfinningen, eller om arbetstagaren redan har fått kompensation genom lön, görs ett avdrag från ersättningen.

Bestämmelsen har även varit föremål för ett avgörande. I AD 1982 nr. 21 hade arbetsgivarens resurser en stor betydelse vid skapandet av uppfinningen. Uppfinnaren behövde tillgång till företagets teknik och kunskap, vilket ledde till att en stor del av ersättningen drogs av. En liknande situation kan uppstå inom upphovsrätt, där upphovsmannen kan ha använt studior, kameror eller annat material som tillhandahållits av förvärvaren. I sådana fall kan en lägre ersättning vara proportionerlig enligt artikel 20.

Inom upphovsrätten är det dock mindre vanligt att förvärvaren har nödvändig kunskap eller teknik. Upphovsrätt handlar i grunden om upphovsmannens kreativa arbete, inte tekniken bakom det. Upphovsrätten sträcker sig dessutom över bearbetningar och översättningar till ny teknik. Därför bör avdrag för förvärvarens insatser göras undantagsvis.

Ett område som däremot blir särskilt intressant är marknadsföringsåtgärder. Verkets framgång beror ofta delvis på marknadsföringen. Förvärvaren kan därför potentiellt dra av marknadsföringskostnader när de betalar ytterligare ersättning till upphovsmannen.

---

[53] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 78.
[54] Prop. 2021/22:278, s. 230.
[55] Prop. 1949:101, s. 46.

Men att beräkna detta är inte enkelt. Låt oss exempelvis säga att ett framgångsrikt verk föregåtts av en stor och dyr marknadsföringskampanj. Kan man då anta att hela succén beror på marknadsföringen? Marknadsföringen har onekligen underlättat försäljningen, men det är svårt att veta i vilken utsträckning.

Får förvärvaren i sådana fall dra av hela marknadsföringskostnaden när de betalar ytterligare skälig ersättning? Enligt lagen om arbetstagares uppfinningar kan arbetsgivarens insatser dra av från ersättningen, men det verkar osannolikt att ens extrem marknadsföring ensam skulle göra en oproportionerlig ersättning proportionerlig.[56]. Förvärvaren borde självklart inte heller få dra av hela kostnaden för marknadsföringen. I praktiken kommer stora investeringar i marknadsföring troligen att sänka den ytterligare skäliga ersättningen något. Det exakta beloppet och andelen bestäms genom en skönsmässig bedömning av domstolen i varje enskilt fall.

2.1.4 Gräns för tillämpning

Slutligen är en viktig fråga vilket missförhållande som måste råda mellan ersättning och intäkter för att tillämpa artikel 20. Som tidigare nämnt ska ersättningen vara ”uppenbart” oproportionerligt låg.[57] Det har även sagts att medlemsstaterna inte får uppställa strängare krav än så.[58] Detta ger dock inte mycket vägledning. Eftersom artikel 20 som tidigare nämnt förmodligen var modellerad efter den tyska best-seller klausulen, kan tysk rätt återigen undersökas.[59]

I tysk rätt kunde upphovsmän innan DSM-direktivet begära ytterligare ersättning om deras ersättning var ”iögonfallande låg”.[60] Efter DSM-direktivets införlivande har kravet i stället blivit att ersättningen ska vara oproportionerligt låg. Den tidigare lydelsen var dock föremål för prövning i två fall som kort redogjordes för ovan. Dessa fall är även intressanta i detta avseende.

---

[56] AD 1982, nr 21.
[57] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 78.
[58] Benabou, V, L, m.fl, Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, s. 19.
[59] Schwope, L, Efficacy of the ‘Best-Seller Clause’ in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 95.
[60] A. a., s. 93.

I det första fallet ansågs skådespelaren bakom dubbningen av karaktären "Jack Sparrow" ha gjort ett viktigt bidrag till produktionen.[61] Skådespelaren fick en engångsbetalning på €18 000 för sin medverkan. Underinstansen ansåg att dubbningsskådespelaren bara spelade en mindre roll i produktionen och att han ofta syntes tillsammans med andra skådespelare. Hans ersättning var därför proportionerlig enligt domstolen. Avgörandet överklagades.

Den tyska Högsta domstolen (BGH) fastslog att en skådespelare som dubbar en av huvudkaraktärerna i en film i regel kan anses utfört ett betydande bidrag. Med hänsyn till skådespelarens insats och filmens enorma framgång, fastställde BGH att ersättningen var oproportionerligt låg och återförvisade målet till underinstansen för ny prövning.[62]

I det andra fallet, som omfattade två avgöranden, yrkade en av filmfotograferna för filmen "Das Boot" på att få ytterligare ersättning från förvärvaren. Filmfotografen blev nominerad för ett "Academy Award" och ansågs ha utvecklat nya tekniker inom filmbranschen.[63] Talan var framgångsrik och BGH fastställde en tumregel för vad som anses vara en oproportionerlig ersättning.[64] Om ersättningen understiger halva det belopp som skulle anses skäligt, kan ersättningen justeras uppåt enligt tumregeln.

Gemensamt för båda fallen var att upphovsmannen endast erhöll en engångsbetalning i extremt framgångsrika filmer, och att de utförde betydande insatser. Dels genom att spela huvudkaraktären i en film som till stor del bärs av den karaktärens excentriska personlighet, och dels genom att skapa nytänkande tekniker inom filmskapande. Fallen belyser tre viktiga faktorer för artikel 20: en låg ersättning, en framgångsrik film och en betydande insats av upphovsmannen.

Att en engångsbetalning kan vara oproportionerligt låg enligt artikel 20 är klart. Det sägs i skäl 73 till direktivet att engångsbetalningar endast utgör skälig ersättning i undantagsfall. Andra typer av ersättningar kan också vara oskäliga, men de tyska rättsfallen ger

---

[61] BGH I ZR 145/11, Fluch der Karibik (2012) GRUR 2012, 1248; Schwope, L, Efficacy of the 'Best-Seller Clause' in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 93.

[62] Clark, B, BGH confirms "fairness compensation" for dubbing actor.

[63] Clark, B, Sink or swim - BGH decides "Das Boot" fairness compensation claim.

[64] BGH I ZR 127/10, Das Boot (2011) GRUR 2012, 496; Schwope, L, Efficacy of the 'Best-Seller Clause' in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 93.

ingen vägledning i sådana bedömningar. Däremot kan något sägas om oväntade intäkter. I båda fallen blev filmerna mycket framgångsrika. Den tyska versionen av "Pirates of the Caribbean" sålde biobiljetter för 45 miljoner dollar i Tyskland, medan "Das Boot" sålde biljetter globalt för 85 miljoner dollar.[65] Det handlar alltså inte om någon medelmåttig försäljning. Dessa höga intäkter talar för ytterligare ersättning eftersom förhållandet mellan intäkterna och upphovsmännens ersättning blir rubbat genom de höga intäkterna. Inget i direktivet säger dock att en stor succé krävs för att justera ersättningen.[66] Att jämka i dessa fall på grund av en engångsbetalning vid en stor succé är alltså relativt okontroversiellt.

Den tumregel som fastställdes i "Das Boot"-fallet är också intressant. Om upphovsmannen får mindre än hälften av den proportionerliga ersättningen, kan en justering ske. En liknande regel finns i fransk rätt, där jämkning kräver att ersättningen är mindre än sju tolftedelar (7/12) av vad som skulle vara proportionerligt.[67] För upphovsmän är dessa typer av tumregler mycket betydelsefulla. Att stämma sin avtalsmotpart kan vara mycket riskabelt för den framtida relationen och upphovsmannens rykte i branschen. [68] Därför eftersträvas en stor säkerhet i bedömningen innan en sådan åtgärd vidtas. Genom dessa tumregler har upphovsmannen en chans att åtminstone göra en uppskattning av sina utsikter till framgång. Det är något som EU-domstolen förhoppningsvis kommer att ta fasta på vid en prövning av artikel 20.

Utöver detta material är det svårt att närmare bedöma vilket missförhållande som krävs för att tillämpa artikel 20. Syftet bakom direktivet är att upphovsmän ska få skälig ersättning för att uppmuntra skapande och öka tillväxten i den digitala inre marknaden.[69] För att uppnå detta måste artikel 20 fungera som en verklig möjlighet att öka ersättningen vid relevanta tillfällen. Alltså bör kraven inte vara för höga. Eftersom medlemsstaterna

---

[65] The Numbers, Das Boot; Boxoffice Mojo, Pirates of the Caribbean: The Curse of the Black Pearl.
[66] Benabou, V, L, m.fl, Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, s. 19.
[67] Code de la propriété intellectuelle, article L131-5 [Franska immaterialrättslagen, artikel L131-5].
[68] Detta har visat sig vara ett problem I tysk rätt: Schwope, L, Efficacy of the 'Best-Seller Clause' in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 93, 95.
[69] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), artikel 1, skäl 1 ff.

potentiellt tolkar kravet olika finns det ett stort behov av ett vägledande uttalande från EU-domstolen.

2.1.5 Sammanfattning

Sammanfattningsvis ger direktivet upphov till flera frågor kring bedömningen om huruvida ersättningen är oproportionerligt låg. Det verkar krävas att upphovsmannen har utfört ett betydande bidrag för att omfattas av artikeln. Samtidigt kan detta krav beskrivas som lågt ställt för de som genomfört ett reellt kreativt bidrag till verket. För att få talerätt ställs dessutom i praktiken inga krav på bidraget.

Branschpraxisen ska undersökas främst i fråga om ersättningsmängden, och i mindre utsträckning för ersättningsformen. Om branschpraxisen är sund kan den användas som jämförelsematerial för att fastställa vad som utgör en oproportionerligt låg ersättning. Om den emellertid är osund bör domstolen enligt min mening bortse från den.

Förvärvarens investeringar kan få betydelse både i fråga om material och teknik som upphovsmannen utnyttjat, samt i fråga om marknadsföringsåtgärder. Material och teknik bör dock ha en begränsad betydelse eftersom upphovsrättens kärna generellt inte är bunden till formen som verket uppträder i. Marknadsföringsåtgärder kan dock avräknas mot ersättningen till en viss gräns.

I frågan om gränsen för tillämpning finns det föga material. Den tyska regleringen ger dock en viss vägledning. De relevanta målen var speciella då ett stort bidrag hade utförts, tillsammans med en låg ersättning i form av engångsbetalning. Det är tydligt att artikeln kan tillämpas i sådana fall. Alltså är det svårt att närmare fastställa gränsen för vad som krävs för att tillämpa artikeln. Kraven bör av ändamålsmässiga skäl emellertid inte vara för höga.

2.2 Oskälighet

2.2.1 Inledning

I denna del undersöks vad som krävs för att en upphovsman ska kunna jämka upp sin ersättning enligt 36 § avtalslagen. För att detta ska ske, måste avtalsvillkoret vara *oskäligt.* Innebörden av oskälighet är mycket situationsbundet och kan uppstå på grund av avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Här undersöks främst jämkning till följd av senare inträffade förhållanden, det vill säga när omständigheter som inträffar efter avtalsslutet gör villkoret oskäligt. Två rättsfall ger vägledning om hur generalklausulen har tillämpats vid jämkning av ersättingsklausuler. Efter att ha redogjort för dessa rättsfall kommer de faktorer som låg bakom beslutet att jämka i de respektive fallen att analyseras var för sig.

I NJA 1983 s. 385 jämkades avgiften uppåt i ett arrendeavtal mellan en bonde och jordägare. Parterna hade indexerat avgiften till priset av höstvete så att den höjs i takt med den allmänna prisökningen. Under de kommande 40 åren ökade de allmänna priserna betydligt mer än priset på höstvete. Eftersom priset blivit oskäligt lågt och jordägaren sannolikt hade ringa erfarenhet av indexklausuler, jämkades avgiften uppåt till att motsvara konsumentprisindex. I NJA 1979 s. 731 var avgiften låg redan vid avtalsslutet och ingen indexklausul infördes i avtalet. HD valde att inte jämka avtalet, men fastställde en höjning av avgiften som svaranden hade medgivit.

I litteraturen har man identifierat flera faktorer påverkade bedömningen av om avtalet skulle jämkas eller inte jämkas i dessa fall. För det första var frågan om balans i avtalet centralt. Detta kallas för ekvivalensprincipen och har haft ett stort genomslag i avtalsrätten. Därefter blev partens ställning i förhandlingarna central, tillsammans med det som kallas för offergränsen. Dessa faktorer kommer att analyseras var för sig nedan.

2.2.2 Ekvivalensprincipen

För 36 § avtalslagen är balansargument centrala.[70] Här följer en beskrivning av ekvivalensprincipen och sedan en diskussion om dess betydelse vid en jämkning av en upphovsrättslig ersättning.

Den allmänna avtalsrätten var tidigare helt fokuserad på avtalsfriheten och därmed de omständigheter som hindrar parterna från att göra fria val, som reglerna om tvång och svek i tredje kapitlet avtalslagen.[71] Dock har en utveckling skett mot ett större fokus på det materiella avtalsinnehållet genom 36 § avtalslagen.[72] Detta har lett till att balansen mellan parternas prestationer blivit en viktig del av bedömningen.[73] Att balans ska råda mellan parternas rättigheter och skyldigheter kallas för ekvivalensprincipen.[74] En obalans kan antingen finnas redan vid avtalsslutet eller uppkomma genom senare händelser. Balansen kan även vara subjektiv eller objektiv. En subjektiv balans innebär att parternas valda balans ska upprätthållas, medan en objektiv balans innebär att förhållandet mellan parterna bedöms utifrån en objektiv måttstock.[75]

I litteraturen har det diskuterats hur de två ovan refererade fallen återställde balansen. Inledningsvis kan det sägas att jämkning vid en obalans som uppkommit genom oväntade omständigheter är relativt okontroversiellt. Det talar för att jämkning ska genomföras enligt ekvivalensprincipen. Detta illustreras av NJA 1984 s. 385 där parterna från början hade nått en gemensam balans vid avtalsslutet som sedan rubbades genom den allmänna prisökningen. Eftersom balansen hade rubbats, talade ekvivalensprincipen för att avgiften skulle jämkas, vilket HD även valde att göra.

En annan fråga gäller en ursprunglig obalans, när det inte råder balans mellan prestationerna redan vid avtalsslutet. Dotevall menar att HD genomgående väljer att bibehålla den ursprungliga balansen som avtalats mellan parterna.[76] Detta blir tydligt i NJA 1979

---

[70] Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 225 ff.; Runesson, E, Rekonstruktion av ofullständiga avtal, s. 382; Dotevall, R, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal.
[71] Prop. 1975/76:81, s. 10 f.
[72] Dotevall, R, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, s. 441 f.
[73] A. a., s. 441 f.; Jfr: UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, art. 3.10.
[74] A. a., s. 443.
[75] A. a., s. 443.
[76] Dotevall, R, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, s. 451.

s. 731 där parterna hade kommit överens om en låg avgift i avtalet från början. Därmed kom jämkning inte i fråga eftersom obalansen förelåg redan vid avtalsslutet. Dotevall medger dock att frågan om parterna hade möjlighet att hävda sina intressen vid avtalsslutet blir central, liksom om parterna är ”någorlunda jämbördiga”.[77] Runesson delar uppfattningen att endast senare inträffade balansrubbningar blir relevanta för ekvivalensprincipen och att man alltså utgår från den ursprungliga balansen som parterna valt.[78] Norlén håller däremot inte med. Han menar att obalans kan råda vid avtalsslutet trots att parterna har kommit överens.[79]

För upphovsrättsliga sammanhang kan möjligheten till jämkning på grund av ursprunglig obalans vara mycket betydelsefull. Oerfarna upphovsmän lockas ibland till ofördelaktiga avtal, exempelvis en total buyout av samtliga rättigheter mot en engångsbetalning som ersättning.[80] Norléns tolkning av ekvivalensprincipen innebär att den ursprungliga obalansen i ett sådant avtal talar för att jämkning ska genomföras. Obalansen skulle däremot inte tala för jämkning enligt en strikt tolkning av Dotevall och Runessons synsätt, eftersom parterna fritt kom överens om innehållet i avtalet. Dotevall nyanserar dock sitt synsätt och menar att parternas styrkeförhållande och möjlighet att hävda sig vid avtalet också är viktiga faktorer.[81] Upphovsmän intar generellt sett, och i detta exempel i synnerhet, en underlägsen ställning. Detta skulle därför kunna tala för jämkning. Till vilken utsträckning upphovsmän faktiskt *anses* inta en underlägsen ställning kommer dock att diskuteras nedan.

Enligt Dotevall och Runessons synsätt är avtalsfrihet och tillitsprincipen centrala. Dessa principer ska respekteras så länge parterna är någorlunda jämbördiga. Norlén menar däremot att obalanserade avtal inte är skyddsvärda på samma sätt som ett balanserade

---

[77] A. a., s. 451 f.; Se även Prop. 1975/76:81 s 138; Jfr: NJA 1984 s. 115 där ett svårtytt avtalsvillkor vid småhusentreprenad inte jämkades varken på grund av villkoret i sig eller bristande uppfyllande av informationsplikten.

[78] Runesson, E, Rekonstruktion av ofullständiga avtal, s. 49; Jfr: Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 225.

[79] Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 225.

[80] SOU 2022:23, s. 127; European Commission, *Commission Staff Working Document—Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules— Part 1*, SWD(2016) 301 final of the 14 September 2016, s. 175; Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 384.

[81] Dotevall, R, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, s. 451 f.

avtal. Dotevall och Runessons synsätt har dock fördelen att beakta att parterna ibland faktiskt vill åstadkomma ett obalanserat avtal. Om man samtidigt beaktar faktorer som ena partens underlägsna ställning och parternas styrkeförhållande, i enlighet med Dotevalls synsätt, kan man ofta undvika att ena parten blir utnyttjad. På grund av denna flexibilitet föredrar jag en sådan tolkning. Det är dock av stor vikt att på allvar undersöka förhållandena vid avtalsslutet för att undvika att ena parten otillbörligt använder sin förhandlingsstyrka.

Inom upphovsrätten innebär det att balansen mellan ersättningen och intäkterna som avtalades som huvudregel ska behållas. Oskälighet kan endast konstateras om upphovsmannen bevisar att denne inte kunde ta vara på sin rätt vid avtalsslutet, eller att obalansen uppkom senare. Slutsatsen rimmar väl med att generalklausulens generellt restriktiva tillämpning. Generalklausulen bör därför åtminstone ibland komma i fråga vid upphovsmäns ersättning.

2.2.3 Upphovsmäns underlägsna ställning

Som nämnt i föregående avsnitt är ena partens underlägsna ställning en viktig faktor vid bedömningen av oskälighet. En intressant fråga är i vilken utsträckning upphovsmän *faktiskt* anses ha en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

Frågan prövades indirekt i det tidigare nämnda jourläkarbok-målet i hovrätten.[82] Även om målet inte rör ersättning, är det intressant utifrån domstolens tolkning av upphovsmännens underlägsna ställning. I målet hade ett läkarpar skrivit en lärobok som utgavs av ett förlag. Avtalet saknade både hävnings- och uppsägningsklausuler, och avtalets varaktighet diskuterades aldrig. Boken utgavs i flera upplagor över åren, men efter cirka 25 år försökte läkarparet säga upp avtalet. Förlaget krävde då en kompensation på 4,5 miljoner kronor. Tvisten gick till domstol där läkarparet i första hand gjorde gällande att avtalet endast gällde tills vidare och därför kunde sägas upp enligt avtalsrättsliga principer. I andra hand att avsaknaden av en uppsägningsklausul var oskäligt och att villkoret därmed borde jämkas genom 36 § avtalslagen. Dessutom anförde de att samarbetet inte hade

[82] Dom av Hovrätten över Skåne och Blekinge 2008-04-03 i mål T-1512-07; Refererat av Bernitz i Bernitz, U, Uppsägning av förlagsavtal, s. 349–363.

fungerat och att förlaget hade haft tid att täcka sina investeringar. Förlaget å sin sida menade att avtalet följde branschpraxis och att läkarparet inte hade en underlägsen ställning vid förhandlingen.

Vid frågan om jämkning enligt 36 § konstaterade hovrätten att det omöjligen kan bevisas att läkarparet hade kunskap eller insikt om avtalsvillkoren. Däremot fann hovrätten det sannolikt att läkarparet skulle accepterat villkoren även ifall de fick reda på dem. Paret var inte i någon förhandlingsposition som skulle tillåtit dem att frångå från standardpraxis i området. Avtalstiden eller parternas svala relation ansågs inte heller vara tillräckliga skäl för jämkning. Hovrätten fastställde därför att det saknades skäl för jämkning och ogillade läkarparets talan.

Bernitz riktar stark kritik mot hovrättens domskäl. Han är skeptisk till hovrättens skäl som att läkarparet borde ”känna sig nöjda” med bokens framgång. Läkarparet hade endast skyldigheter och inga rättigheter, och Bernitz menar därför att bedömningen borde fokuserat på villkorens påtagliga ensidighet.[83] Han nämner också att flera av aspekterna som nämns i förarbetena som att ena avtalsparten har ensidig beslutanderätt och påtagliga missförhållanden mellan parternas förmåner och rättsställning inte har fått tillräcklig uppmärksamhet av domstolen.[84]

Målet innehåller alltså en mycket sträng bedömning av tillämpningen av generalklausulen. I frågan om upphovsmännens ställning konstaterar hovrätten att det inte är viktigt huruvida de ens visste om avtalsvillkoren. Detta eftersom de inte skulle kunna motsätta sig avtalets dåliga villkor i varje fall. Det framstår som en synnerligen dålig förhandlingssits. Trots det kom jämkning alltså inte i fråga. Därutöver, som Bernitz nämner, fanns det flera andra förhållanden som rimligen kunnat innebära jämkning. Fallet utgör ett typexempel av när upphovsmän blir låsta i ofördelaktiga avtal. Om inte ens dessa förhållanden skulle kunna innebära jämkning, blir det svårt att föreställa sig i vilken situation det kan bli aktuellt att tillämpa generalklausulen för upphovsmän.

Det ska dock noteras att det rör sig om ett hovrättsavgörande. Alltså är avgörandet inte prejudicerande. Dock gav HD inget prövningstillstånd, vilket skulle kunna tolkas som att

---

[83] Bernitz, U, Uppsägning av förlagsavtal, s. 358.
[84] A. a., s. 358; Prop. 1975/76:81, s. 118; Jfr: NJA 1983, s. 332, NJA 1979, s. 666.

målet speglar gällande rätt. Rosén menar dock att jourläkarbok-målet var ett undantag med särskilda omständigheter.[85] Man bör därför vara försiktig med att göra en sådan långtgående tolkning. Tills ett prejudicerande mål kommer är det dock svårt att avgöra vad som utgör gällande rätt.

2.2.4 Offergränsen

Jämkning genom generalklausulen motiveras även ibland genom den så kallade offergränsen, vars innehåll delvis är hämtat från 23 § KöpL. Enligt bestämmelsen behöver säljaren inte fullgöra köpet ifall det föreligger ett hinder som denne inte kan övervinna, eller som förutsätter orimliga uppoffringar. Regeln kan analogiseras till avtalsvillkor som innebär en liknande svårighet som därmed kan jämkas.[86]

Inledningsvis kan konstateras att offergränsens närmare innebörd och lämplighet vid tillämpning av generalklausulen är omstridd. Dotevall menar att det krävs en ”kraftig obalans” mellan prestationerna, eller att prestation blivit ”extraordinärt betungande”, för att jämkning ska ske.[87] Runesson menar att ett sådant krav inte måste uppställas när jämkning sker för att uppnå en värdemaximerande riskallokering, men att kravet kan vara lämpligt när jämkning sker i syfte att *dela* risken mellan parterna.[88] Runessons rättsekonomiska analys av generalklausulen har dock kritiserats.[89] Norlén anser att avtalet inte behöver bli betungande för ena parten för att motivera jämkning, utan att det räcker med en ”påtaglig obalans”.[90] Han härleder detta ur att motparten har en berättigad förväntan att avtalet ska hållas, vilket innebär att mindre avvikelser får accepteras. Samtidigt menar Norlén att det inte krävs ett negativt utfall av avtalet, utan att det kan räcka med en lägre vinst.[91]

I fall där upphovsmän vill jämka sin ersättning kan offergränsen förstås som att skillnaden mellan den potentiella balanserade ersättningen enligt ekvivalensprincipen och den

---

[85] SOU 2010:24, s. 113 ff.
[86] Dotevall, R, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, s. 454 f.
[87] A. a., s. 454.
[88] Runesson, E, Rekonstruktion av ofullständiga avtal, s. 444; Jfr: Rt 1988, s. 276.
[89] Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 412; Dotevall, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, s. 450.
[90] Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 413.
[91] A. a., s. 412 f.

faktiska ersättningen behöver vara av en viss magnitud. Att tillämpa offergränsen innebär i sådana fall en hög ribba för jämkning. En ersättning som motsvarar ”orimliga” uppoffringar, eller en ”kraftig” obalans, uppstår nog sällan. I NJA 1983 s. 383 och NJA 1994, s. 359 blev den jämkade avgiften flera gånger högre än den tidigare gällande taxan i avtalet. Potentiellt krävs sådana stora missförhållanden. Det är dock möjligt att skillnaden inte behöver vara så kraftig. Kanske skulle HD jämkat i de två fallen även om skillnaden var mindre, men att skillnaderna förväntades fortsätta växa.[92] HD lade i NJA 1994, s. 359 vikt vid att skillnaden mellan avgifterna ”(…) blivit större och större”. Resonemanget kanske gick att när beräkningsmetoden är fel, är det mer lämpligt att jämka tidigare hellre än senare. Det skulle vara ett betydligt lägre krav. En engångsbetalning skulle då ofta kunna jämkas till en royaltybetalning eftersom den i framtiden kan tänkas bli oskälig.

Det som talar emot en sådan tolkning är att generalklausulen ska användas i undantagsfall. Jämkning bör därför inte ske lättvindigt. Dessutom innebär tolkningen att man förutser framtida oskälighet, och i sådana kan man i stället invänta att oskälighet faktiskt inträffar. När ersättningen faktiskt blivit oskälig kan upphovsmannen vända sig till domstolen. En sådan lösning tar hänsyn till motpartens berättigade intresse av förutsägbarhet. Tills ett klargörande uttalande görs är det svårt att dra generella slutsatser, men små skillnader eller hypotetiskt förväntade skillnader kan förmodligen inte bli föremål för jämkning.

[92] Jfr: Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 416.

2.3 Sammanfattning, jämförelse och slutsats

2.3.1 Sammanfattning

I de följande delarna kommer ovanstående avsnitt om rekvisiten för att tillämpa de två bestämmelserna att sammanfattas och jämföras. Därefter kommer de att diskuteras och vissa slutsatser kommer att dras.

För rekvisitet oproportionerligt låg ersättning enligt artikel 20 var flera faktorer relevanta vid tillämpningen: upphovsmannens bidrag, branschpraxis och förvärvarens investeringar. Kraven på upphovsmannens bidrag är generellt låga, särskilt i jämförelse med tysk rätt, vilket innebär att de flesta upphovsmän omfattas. Upphovsmannens ersättning ska jämföras med branschpraxis, som presumeras vara skälig. Branschpraxisen kan dock vara osund, och vid sådan misstanke bör man bortse från den. Förvärvarens investeringar kan beaktas, särskilt om upphovsmannen använt förvärvarens teknik eller resurser, men detta avdrag bör inte vara stort. Marknadsföringsåtgärder är mer betydelsefulla som avdrag, men ett fullständigt avdrag är osannolikt. Avseende gränsen för oproportionalitet har liknande lagstiftning i Tyskland inneburit höga krav. Flera länder har även en tumregel som innebär en lämplig förutsägbarhet hos upphovsmännen. Det är svårt att säga något om kravet, men syftet tyder på att det lägre ställt än motsvarande bestämmelse i den tyska rättsordningen.

Oskälighet enligt generalklausulen i 36 § beror främst på tre faktorer: ekvivalensbrist, svag förhandlingsposition och offergränsen. Enligt ekvivalensprincipen ska jämkning ske när balansen i avtalet rubbas av senare inträffade förhållanden. Enligt denna uppsats ger endast senare uppkommen obalans grund för jämkning. Detta kan sätta upphovsmän i en svår sits eftersom obalans ofta redan finns vid avtalsslutet. Möjligen kan undantag göras när upphovsmannen inte kan hävda sig vid avtalsslutet, vilket är vanligt. Jourläkarbokmålet visade dock att domstolen inte alltid tar hänsyn till upphovsmannens svaga ställning, och rättsläget är därför något oklart.

Offergränsen anger hur stor obalansen måste vara för att jämkning ska ske. Det verkar ställas höga krav på hur stort missförhållandet måste vara. Möjligen kan man i stället tolka det som att det räcker att missförhållandet förväntas öka med tiden, vilket skulle sänka kravet något. En del talar dock emot en sådan tolkning.

2.3.2 Jämförelse och slutsats

I denna del jämförs analysen av bestämmelserna med varandra. En första fråga är därmed om upphovsmannens bidrag även är en viktig faktor vid tillämpningen av generalklausulen. Även om generalklausulen inte uttryckligen talar om upphovsmannens bidrag, kan bidraget ändå påverka balansen i avtalet. Om upphovsmannen har utfört ett litet bidrag borde priset på rättigheten rimligen vara lägre, vilket skulle innebära att en lägre ersättning är skälig. Det skulle då krävas en synnerligen låg ersättning för att den ska anses oskälig. I praktiken blir alltså upphovsmannens bidrag en viktig faktor vid bedömningen av oskäligheten. Även förvärvarens investeringar borde ha en liknande effekt på balansen. När förvärvaren har gjort stora investeringar, blir en lägre ersättning skälig. Därmed påverkas balansen i avtalet som i sin tur påverkar utsikterna till jämkning.

Nästa fråga är om branschpraxis är en viktig faktor vid tillämpningen av generalklausulen. I jourläkarbok-målet ansåg hovrätten att potentiellt oskäliga villkor som motsvarar branschpraxis inte kan vara oskäliga. Slutsatsen blev kritiserad av Rosén som menar att det inte föreligger något hinder från att oskälig branschpraxis skulle kunna vara föremål för jämkning.[93] Däremot får parten som avviker från en sådan standard en förklaringsbörda enligt Rosén.[94] Det är enligt mig ett lämpligt hänsynstagande av branschpraxisen. Därmed får den en viss begränsad betydelse, men den är inte lika avgörande som vid tillämpningen av artikel 20.

Vidare kan generalklausulens diskussion jämföras med artikel 20. En intressant fråga är hur artikel 20 relaterar till ekvivalensprincipen. I teorin kan artikel 20 ses som ett sätt att återställa balansen mellan prestationerna. Vid avtalsslutet finns en viss balans, som sedan rubbas av de oväntade intäkterna, och som därefter återställs genom den ytterligare skäliga ersättningen.

Frågan blir då om artikel 20 kan återställa en ursprunglig obalans, det vill säga när obalansen finns redan vid avtalsslutet. Liksom vid jämkning enligt generalklausulen, verkar det som att artikel 20 inte kan tillämpas i ett sådant scenario. Artikel 20 kan nämligen endast tillämpas till följd av omständigheter som inte var kända för parterna vid

---

[93] SOU 2010:24, s. 114.
[94] SOU 2010:24, s. 115.

avtalsslutet.[95] En ursprunglig obalans beror på omständigheter som var kända för parterna, och därmed kan artikel 20 inte tillämpas.

Däremot tar artikel 18 i DSM-direktivet sikte på just sådana omständigheter. Artikeln fastställer att upphovsmän har rätt till skälig ersättning vid avtalsslutet. Om en ursprunglig obalans råder, kan upphovsmannen åberopa artikel 18 för att få ersättning och återställa den ursprungliga obalansen. Det finns inget hinder från att tillämpa både artikel 18 och 20 vid ett fall där både en ursprunglig och senare obalans föreligger. Artikel 18 kan alltså tillämpas i de fall där generalklausulen inte kan användas. När en ursprunglig obalans råder, ger alltså dessa två artiklar i DSM-direktivet ett starkare skydd till upphovsmannen än generalklausulen.

Det finns även en intressant diskussion kring hur de två bestämmelserna ser på upphovsmannens underlägsna ställning. Detta var en viktig faktor vid bedömningen av om generalklausulen kan tillämpas. Upphovsmannens underlägsna ställning nämns inte uttryckligen enligt artikel 20. Bedömningen fokuserar i stället på mer objektiva faktorer som ersättningen och intäkterna. Upphovsmannens ställning har dock visat sig påverka hur man ska se på upphovsmannens bidrag och branschpraxis. Det påverkar därför artikel 20 indirekt.

Upphovsmannens ställning är dock inte lika avgörande som vid generalklausulen. Det innebär att upphovsmän som anses vara i en synnerligen underlägsen ställning kan ha bättre utsikter till framgång genom generalklausulen än de som bedöms vara i en stark ställning. Detta förutsätter dock att jourläkarbok-målet inte speglar gällande rätt. Det kan därför finnas anledning att snegla på generalklausulen när upphovsmannen är i en särskild utsatt ställning.

Det är inte helt klart vilken av bestämmelserna som har lägst tröskel för tillämpning. Som nämnt är den närmare gränsen för tillämpning av artikel 20 något oklar. Det kan dock konstateras att generalklausulen har en hög ribba i form av offergränsen. Detta antyder att artikel 20 förmodligen är mer generös. Ändamålsmässiga argument kring

---

[95] Prop. 2021/22:278 s. 176; Liknande slutsatser har dragits i den internationella EU-rättsliga litteraturen, se: Aguilar, A, The New Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers – Part II, Articles 20-23; Bently, L, m.fl., Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive, s. 48 f.

bestämmelserna kan också ge viss vägledning. Artikel 20 syftar till att skapa en sund marknad för upphovsrätter genom att förbättra upphovsmännens förhandlingsposition.[96] Generalklausulen är i stället ett restriktivt undantag till avtalsfriheten för villkor som av olika skäl inte bör accepteras.[97] Artikel 20 uppfyller sitt syfte endast om den faktiskt stärker upphovsmännen, vilket förutsätter en liberal tolkning av kravet. Generalklausulen uppfyller sitt syfte genom att utgöra ett undantag till huvudregeln om att avtal ska hållas. Därför bör artikel 20 ha en lägre tröskel. Frågan förblir dock oklar tills EU-domstolen prövar bestämmelsen.

[96] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 3.
[97] Prop. 1975/76:81, s. 10 f, 118 f.

3 Rättsverkan

3.1 Ytterligare skälig ersättning

3.1.1 Inledning

När ersättningen har konstaterats oproportionerlig, har upphovsmannen rätt till ytterligare skälig ersättning. Alltså ska förvärvaren i ett sådant läge utge mer ersättning till upphovsmannen. Ersättningen kan exempelvis vara i form av en klumpsumma eller en förändrad royaltysats. Flera intressanta frågor uppstår kring artikelns tillämpning och den närmare betydelsen av ytterligare skälig ersättning. I denna del kommer inledningsvis mer generella frågor att undersökas. Därefter undersöks den närmare betydelsen av begreppet ytterligare skälig ersättning.

Först undersöks en intressant fråga kring artikelns tidsmässiga tillämpning. Nämligen frågan om artikeln kan tillämpas bakåt i tiden eller inte. Frågan har stor betydelse eftersom storleken på upphovsmannens ersättning skiljer sig markant beroende på svaret. Därefter undersöks vilka subjekt upphovsmannen kan rikta sin talan mot. Framställningen inriktar sig särskilt mot så kallade underlicenstagare. Även denna fråga har stor betydelse eftersom en stor del av intäkterna intjänas av just dessa underlicenstagare. Därmed påverkar även detta svar kraftigt upphovsmannens ersättning.

Därefter undersöks den närmare betydelsen av den ytterligare skäliga ersättningen. Direktivet är nämligen inte särskilt tydlig i frågan. Tre beståndsdelar kan emellertid lyckligtvis utläsas och analyseras. Det tre beståndsdelarna innebär att ersättningen ska vara: ytterligare, lämplig och skälig.[98] Ytterligare genom att vara utöver den avtalade ersättning. Lämplig, vilket fastställs genom att undersöka samma kriterier som för att fastställa den oproportionerligt låga ersättningen. Skälig som fastställs genom att säkerhetsställa att

[98] Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 388.

ersättningen är proportionerlig till alla senare utnyttjanden av verket.[99] Dessa tre beståndsdelar kommer att analyseras i var sin del nedan.

3.1.2 Tidsmässig tillämpning (retroaktivitet)

I denna del av uppsatsen, undersöks den tidsmässiga aspekten av tillämpningen av artikel 20. Den centrala frågan är vilken tidsperiod ersättningen avser. Mer specifikt, ska upphovsmannen endast få ytterligare ersättning för framtida utnyttjanden. Eller ska denne få ytterligare ersättning för utnyttjanden som redan har skett. Dessutom blir frågan i sådana fall vid vilken tidpunkt denna ersättningsrätt uppstår. Det finns alltså flera frågor, samtidigt som ämnet är relativt komplicerat. Inledningsvis kommer därför en förklaring av begreppet retroaktiv ersättning. Därefter följer en diskussion av ovanstående frågor.

Låt oss säga att en upphovsman har fått en oproportionerligt låg ersättning. Då har man undersökt vilken ersättning upphovsmannen hittills har fått, och jämfört denna ersättning med intäkterna som förvärvaren hittills har erhållit. Då konstateras att det föreligger ett missförhållande. Upphovsmän har därför rätt till ytterligare skälig ersättning. Två synsätt kan utläsas för vilken tidsperiod denna ersättningsrätt avser. Enligt det första synsättet, gäller rätten till ytterligare skälig ersättning för framtiden. Det innebär att upphovsmannen ska få mer ersättning för varje framtida utnyttjande. I praktiken höjs avtalets royaltysats, och upphovsmannen kan exempelvis få ytterligare 1 krona för varje ytterligare bok som blir såld från och med idag. Hur mycket ytterligare ersättning upphovsmannen totalt slutligen får, baseras på försäljningen efter detta datum.

Enligt det andra synsättet, har upphovsmannen rätt till ytterligare ersättning för utnyttjanden bakåt i tiden. Upphovsmannen har då exempelvis rätt till ytterligare 1 krona för varje bok som blivit såld sedan ett år och tre månader tillbaka. I praktiken innebär detta att upphovsmannen får en klumpsumma som motsvarar alla böcker som blivit sålda sedan detta datum, gånger 1 krona. Dessutom höjer man royaltysatsen för framtiden med 1 krona per bok, i likhet med första synsättet. För det andra synsättet blir tidpunkten en viktig fråga. Det vill säga från vilken dag bakåt i tiden som upphovsmannen har rätt till

---

[99] Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 388.

ytterligare ersättning. Möjliga tidpunkter kan vara vid avtalsslutet, vid den oväntade framgången, eller vid tidpunkten då talan väcktes mot förvärvaren. Dessutom blir tidpunkten när direktivet trädde i kraft potentiellt viktig. Detta kommer diskuteras i närmare detalj nedan.

Då övergår vi till frågan om vilket synsätt som faktiskt gäller enligt direktivet. Själva direktivet reglerar inte frågan explicit. Eftersom rättsfall och förarbeten till direktivet dessutom saknas får andra källor och tolkningsmetoder användas. Inledningsvis kan det svenska införlivandet undersökas, tillsammans med litteraturen. I propositionen till införlivandet av direktivet är lagstiftaren tydlig i frågan. Någon retroaktiv ersättning kommer inte i fråga för direktivet.[100] Ersättningen ska endast gälla framåt, för den återstående kontraktstiden. Som argument lyfter propositionen att direktivet innehåller termer som ”avtalsanpassningsmekanism” och att det syftar till att angripa avtal med långa löptider utan möjlighet till omförhandling.[101] Alltså handlar det enligt propositionen om att ändra avtalet gentemot framtiden. Därför har upphovsmannen inte rätt till ytterligare ersättning bakåt i tiden. I en studie beställd av EU-parlamentet uttrycks i liknande termer en viss osäkerhet om ersättningen kan avse gången tid.[102]

Rosati och Bernabou med flera diskuterar inte problemet explicit, men nämner att artikeln bör omfatta alla utnyttjanden som sker efter införlivandet.[103] Ännu längre går Caretta & Hårdemark, som anser att ersättning ska utgå retroaktivt i enlighet med det andra synsättet.[104] De menar att det inte går att finna stöd i direktivet för den motsatta ståndpunkten. Direktivet förskriver snarare att ersättningen ska omförhandlas i sin helhet,

---

[100] Prop. 2021/22:278, s. 180 ff.
[101] Prop. 2021/22:278, s. 177.
[102] Bently, L, m.fl., Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive, s. 48.
[103] Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 391, med tillhörande EU-rättslig praxis; Benabou, V, L, m.fl, Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, s. 11 f.
[104] Caretta & Hårdemark, A structured analysis of the implementation of Articles 18–23 of the Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market into Swedish laws, s. 920.

enligt författarna. Eftersom artikeln endast kan tillämpas efter den 7 juni 2021 enligt artikel 26 i direktivet, blir det även endast ett begränsat antal fall med retroaktiv ersättning.[105]

Det finns alltså olika synsätt om hur direktivet reglerar frågan. Personligen anser jag att man i enlighet med den EU-rättsliga metoden bör stödja sig på ändamålsmässiga argument. Den centrala frågan är om artikelns ändamål i likhet med propositionen anses vara en omförhandling för framtiden, eller en kompensation för dåtiden. För att besvara den frågan bör man se till syftet av direktivet. I preambeln uttalas att upphovsmän ofta är i en svagare förhandlingsposition och därför behöver de direktivets skydd för att kunna ta vara på sina rättigheter enligt unionsrätten.[106] Direktivets skydd inkluderar de obligationsrättsliga reglerna som tillförsäkrar upphovsmannen en rätt till skälig ersättning, samt en rätt till ytterligare ersättning.[107] Den relevanta frågan kan därför omformuleras till: vore det förenligt med rätten till skälig ersättning att inte få en retroaktiv ersättning för gången tid? För att besvara den frågan, kan kritik som riktats mot propositionens synsätt först undersökas.

Vid införlivandet pekade flera remissinstanser på att det uppstår en period mellan avtalsslutet och tillämpningen av artikel 20, där upphovsmännen saknade en rätt till skälig ersättning, en så kallad skyddslucka.[108] Skyddsluckan uppstår då artikel 18 tillämpas vid avtalsslutet vilket medför att upphovsmannen inledningsvis har rätt till skälig ersättning. Därefter inträffar omständigheter som gör att ersättningen inte längre är skälig. Då tillämpas artikel 20 som enligt propositionens synsätt endast innebär ytterligare skälig ersättning framåt i tiden. Under tiden mellan tillämpningen av artikel 18 och artikel 20 har upphovsmannen, enligt de som argumenterar för detta synsätt, inte fått sin rätt till skälig ersättning tillfredsställd. Propositionen svarar på denna kritik genom att hänvisa till att upphovsmännen numera har rätt till löpande information om vilka intäkter deras överlåtna

---

[105] Caretta & Hårdemark, A structured analysis of the implementation of Articles 18–23 of the Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market into Swedish laws, s. 920.
[106] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 72.
[107] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), artikel 18, 20; Se även skäl 73, 78 i det aktuella direktivet.
[108] Se exempelvis Remissvar från SAMI, Musikerförbundet, över promemorian DS 2021:30 ”Upphovsrätten på den digitala inre marknaden”.

rättigheter genererar enligt artikel 19 i DSM-direktivet. Genom information kan upphovsmannen enligt propositionen ”mer eller mindre omedelbart reagera” på en situation som kan föranleda ytterligare ersättning enligt artikel 20.[109]

I min mening kan goda argument lyftas för att den så kallade skyddsluckan blir relevant. Syftet med direktivet är som nämnt att stärka upphovsmän som ofta utgör den svagare parten. Dessa upphovsmän åläggs nu ett stort ansvar att kontinuerligt bevaka deras motparts intäkter för att dessutom därefter avgöra om det föreligger en tydlig skillnad mellan deras intäkter och sin egen ersättning. Rimligen krävs det rätt omfattande erfarenhet och kunskap för att avgöra en sådan fråga. Dessutom måste upphovsmannen överväga om och hur denne ska gå till väga för att göra gällande sin rätt. Upphovsmän är förmodligen inte sällan ovillig att riskera sitt samarbete med motparten genom att kräva ytterligare ersättning.[110] Här kan upphovsmannen lämpligen rådfråga en advokat, men även detta innebär en kostnad som inte säkerligen ersätts. Det blir sammanfattningsvis en stor börda för upphovsmännen. Därmed är det i min mening inte helt säkert att upphovsmännen ”omedelbart reagerar” på en situation där artikel 20 kan tillämpas. I förlängningen innebär det att upphovsmannen inte tillförsäkras sin rätt till skälig ersättning. Det kan svårligen anses vara förenligt med syftet av direktivet. Det utgör ett starkt argument för att retroaktiv ersättning bör utgå.

Som motargument kan lyftas att medlemsstaterna har en stor frihet i införlivandet av principen om skälig ersättning. I införlivandet får man ta hänsyn till principen om avtalsfrihet och en skälig avvägning av rättigheter och intressen.[111] Som propositionen pekar på, kan en retroaktiv ersättning innebära en stor belastning på förvärvaren som helt plötsligt kan få stora retroaktiva krav.[112] Det innebär en oförutsägbarhet som försvårar att planera sin verksamhet. Eftersom hänsyn även ska tas till sådana intressen, är propositionens synsätt möjligen förenligt med direktivets syfte.

---

[109] Prop. 2021/22:278, s. 177 f.
[110] Detta har visat sig vara ett problem I tysk rätt: Schwope, L, Efficacy of the ‘Best-Seller Clause’ in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 93, 95.
[111] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), artikel 18(2).
[112] Prop. 2021/22:278, s. 179 ff.

I en samlad bedömning anser jag att skyddsluckan väger tillräckligt tungt som argument för att tillåta retroaktiv ersättning. Samtidigt finns det anledning att även väga in förvärvarens intresse av att undgå stora retroaktiva krav. Därför vore en god lösning att låta retroaktiv ersättning utgå, men med vissa restriktioner. Exempelvis skulle man kunna låta domstolen göra en skönsmässig bedömning av hur mycket retroaktiv ersättning ska utgå. Rätten gör då en helhetsbedömning av ersättningen och väger dessa mot förvärvarens intressen och fastställer en viss summa som skälig. Beräkningen bör vidare endast göras för utnyttjanden efter att direktivet trädde i kraft. Således tas båda parters intresse i beaktning, samtidigt som syftet med direktivet blir uppfyllt.

3.1.3 Subjektiv tillämpning

När upphovsmannen vill begära ytterligare skälig ersättning måste denne vända sig mot någon med sitt krav. Upphovsmannen kan självklart alltid vända sig mot sin avtalsmotpart, det vill säga förvärvaren av rättigheten.[113] Frågan uppstår emellertid om upphovsmannen även kan vända sig mot någon annan. Det kan ha stor betydelse eftersom upphovsmannen jämför sin ersättning med subjektets intäkter. Dessa intäkter kan variera mellan olika juridiska personer. Dessutom kan ett subjekt vara mer likvid och således ge upphovsmannen en större chans att faktiskt erhålla den ytterligare ersättningen.

Direktivet talar i generella termer om upphovsmannens avtalsmotpart eller till de ”som rättigheten övergått till”.[114] Huruvida dessa är de enda subjekt som upphovsmannen kan vända sig mot framgår inte. Den grupp av subjekt som lyser i sin frånvaro i direktivstexten är licenstagarna till förvärvaren, det vill säga underlicenstagarna. Dessa underlicenstagare står inte sällan för den största delen av inkomsterna vid utnyttjandet av verket.[115] Det gäller särskilt vid filmproduktioner där man som upphovsman ofta överlåter sina rättigheter till en producent som i sin tur licenserar till distributörer som visar filmen.[116] Det

---

[113] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 78.
[114] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 78.
[115] Nikolaus Reber, ‘The “Further Fair Participation” Provision in Art.32 a (2) German Copyright Act - Claims Against a Third-Party Exploiter of a Work’, s. 382, f.
[116] A. a.; Schwope, L, Efficacy of the ‘Best-Seller Clause’ in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 95.

har uttalats att artikel 20 är ”tandlös” om dessa licenstagare inte kan angripas.[117] Vidare har lösningen även kritiserats för att vara lätt att kringgå.[118] Förvärvaren kan licensiera rättigheten till ett närstående bolag till en låg summa, och således inte behöva utge någon ytterligare ersättning.

Att upphovsmän skulle kunna vända sig till underlicenstagare är dock svårt att tolka in i direktivet. Artikel 19 gör explicit skillnad mellan den ”som rättigheten övergått till” och licenstagare. Detta talar för att avsaknaden av licenstagare i samband med artikel 20 var avsiktlig.[119] Vissa andra menar dock att begreppet de ”som rättigheten övergått till” även kan inkludera underlicenstagare.[120] Detta bygger på faktumet att artikel 20 tar sikte på *alla* senare intäkter.[121] Alltså skulle även en underlicenstagares intäkter kunna ligga till grund för tillämpningen av artikeln. Det bör dock noteras att den kompletta meningen i direktivet uttalar att *alla* senare intäkter från *avtalsmotparten* är relevanta. Alltså kan underlicenstagare svårligen tolkas in i begreppet. Däremot blir underlicenstagarens licensavgift åtminstone en relevant intäkt till förvärvaren. Underlicenstagaren blir därmed inte helt exkluderad. Dock utesluts alla potentiella oväntade intäkter hos underlicenstagarna.

Detta framstår som en något otillfredsställande ordning. Genom den ovanstående lexikaliska tolkningen är det alltså svårt att komma till en annan slutsats än att underlicenstagarna är uteslutna. Frågan uppstår däremot, i likhet med ovanstående avsnitt om den tidsmässiga tillämpningen, om denna tolkning är förenlig med syftet av direktivet. Det ska

---

[117] Malte Stieper, ‘Ein angemessener Interessenausgleich im Verh¨altnis von Kreativen zu Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften?, s. 393-396; Schwope, L, Efficacy of the ‘Best-Seller Clause’ in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 95.

[118] Remisssvar från Musikerförbundet och Bildleverantörer över promemorian DS 2021:30 ”Upphovsrätten på den digitala inre marknaden”.

[119] Nikolaus Reber, ‘The “Further Fair Participation” Provision in Art.32 a (2) German Copyright Act - Claims Against a Third-Party Exploiter of a Work’, s. 896; Schwope, L, Efficacy of the ‘Best-Seller Clause’ in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 95.

[120] Paramythiotis, Y, Fairness in Copyright Contract Law: Remuneration for Authors and Performers Under the Copyright in the Digital Single Market Directive, s. 89.

[121] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 78.

noteras att EU-domstolen tidigare har tolkat gällande rätt utöver själva lagtexten.[122] Därför vore det möjligt att även i detta fall tolka in underlicenstagarna som potentiella subjekt. Frågan blir återigen om det är förenligt med principen om skälig ersättning att utesluta underlicenstagare som subjekt enligt lagen. Det som talar för en sådan lösning är som tidigare nämnt att en stor del av intäkterna uppstår i det ledet. Det framstår som något udda att endast se till förvärvarens intäkter när upphovsmannens rättigheter genererar stora intäkter. Man skulle därför kunna se rättighetens intäkter som det relevanta jämförelseobjektet i stället för förvärvarens intäkter. Detta skulle i min mening bättre spegla syftet bakom bestämmelsen.

Samtidigt skulle upphovsmannen i sådana fall rikta kravet mot någon utanför avtalsrelationen, det vill säga tredje man. I en statlig utredning kring möjligheten att införa en så kallad oavvislig ersättningsrätt i artikel 20 ansågs detta vara olämpligt.[123] Detta bland annat på grund av en minskad investeringsvilja hos förvärvare, att tredje man får stå risken för förvärvarens bristande förutsättningar och att rättighetens grundläggande värde oavsett skulle ligga till grund för bedömningen.[124] Jag delar delvis vissa av dessa farhågor, men det förutsätter att upphovsmannen angriper tredje man genom sitt avtal med förvärvaren. Enligt min mening finns det en mycket bättre lösning. Nämligen att upphovsmannen vänder sig mot sin motpart, där underlicenstagarens intäkter inräknas, för att få ytterligare ersättning. Förvärvaren skulle därefter kunna ställa regresskrav mot underlicenstagaren. I det senare ledet, mellan förvärvaren och underlicenstagaren, kan man göra sedvanliga bedömningar om vem som bör ansvara för missförhållandet mellan ersättning och intäkter. Det rimmar visserligen inte fullständigt med den lexikaliska tolkning av direktivet, men fungerar gott som en mellanväg om EU-domstolen letar efter en sådan.

---

[122] Rosati, E, From the early days of harmonization to the DSM Directive 2019/790: continuity and complexity of the EU copyright framework, s. 2.
[123] SOU 2022:23, s. 168.
[124] SOU 2022:23, s. 169 ff.

3.1.4 Ytterligare och lämplig ersättning

Nu övergår analysen till begreppet ytterligare skälig ersättning. I denna del undersöks två beståndsdelar av begreppet. Nämligen att ersättningen ska vara ytterligare och lämplig. Att ersättningen ska vara ytterligare innebär som nämnt att ersättningen måste vara utöver den avtalade ersättningen.[125] Detta tydliggör bestämmelsens tvingande verkan, vilket även framgår av artikel 23 i direktivet. Avtalsvillkor som inskränker upphovsmannens rätt till ytterligare ersättning är utan verkan. Det går med andra ord alltså inte heller att avsäga sig rätten till ytterligare skälig ersättning i avtal. Frågan uppstår då vad som händer när en upphovsman vill upplåta sina rättigheter utan ersättning. Blir sådana avtal ogiltiga? Det framgår av skälen till direktivet att ingenting i direktivet ska förhindra att upphovsmannen kan tillåta andra att utnyttja deras verk utan betalning eller ersättning.[126] När upphovsmannens verkliga avsikt är att upplåta sina rättigheter utan ersättning borde alltså inget hinder föreligga. Det är dock viktigt att det inte påtvingats upphovsmannen.

Vidare ska ersättningen även vara lämplig. Detta fastställs som nämnt genom att undersöka samma kriterier som undersöktes för att fastställa huruvida ersättningen är oproportionerligt låg.[127] Det är en rimlig bedömning. Man måste naturligtvis undersöka vad som gjorde ersättningen oproportionerligt låg när man ska höja den. I praktiken borde det innebära att en ersättning som är grovt oproportionerlig, även leder till en stor utbetalning av ytterligare skälig ersättning, och vice versa. Därför gör inga speciella övervägande sig gällande här, utöver de som behandlades i kapitlet om den oproportionerliga ersättningen. Eftersom de behandlades där, kommer de inte behandlas vidare här.

3.1.5 Skälig ersättning

Förutom att vara ytterligare och lämplig, ska ersättningen även vara skälig. Vad utgör då en skälig ersättning? En skälig ersättning är *proportionerlig* till alla senare intäkter hos verket.[128] Det innebär att den ytterligare ersättningen måste vara tillräckligt hög för att

---

[125] Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 388.
[126] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 82.
[127] Rosati, E, Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790, s. 388.
[128] A. a., s. 388.

upphovsmannens totala ersättning ska bli proportionerlig. Denna proportionerliga ersättning innebär naturligtvis att ersättningen upphör att vara oproportionerlig. Därför läker man den oproportionerliga ersättningen genom den skäliga ersättningen vilket gör den skäliga ersättningen till den viktigaste komponenten av den ytterligare skäliga ersättningen. Att ersättningen ska vara proportionerlig ger dock inte mycket vägledning i praktiken. Eftersom begreppet *skälig ersättning* är EU-rättsligt är det värdefullt att snegla på andra regler som innehåller uttrycket.[129] Genom att undersöka dessa regler får man förhoppningsvis en bättre förståelse för begreppet.

För det första finns begreppet skälig ersättning i DSM-direktivets artikel 18. Artikel 18 tillförsäkrar upphovsmannen en *skälig ersättning* vid avtalsslutet. I skälen till direktivet förklaras vad som utgör en skälig ersättning:

> ”Ersättning till upphovsmän och utövande konstnärer bör vara lämplig och proportionell i förhållande till det faktiska eller potentiella ekonomiska värdet på de licensierade eller överlåtna rättigheterna, med beaktande av upphovsmannens eller den utövande konstnärens bidrag till verket eller alstret i sin helhet och alla andra omständigheter i det enskilda fallet, till exempel praxis på marknaden eller det faktiska utnyttjandet av verket.”.[130]

Det mest intressanta i citatet är att ersättningen ska vara proportionerlig i förhållande till det *faktiska eller potentiella värdet* av rättigheten. Det innebär att relationen mellan värdet av rättigheten och upphovsmannens ersättning är central. Om rättigheten värderas högt, ska upphovsmannens ersättning också vara hög, och vice versa. För att fastställa vad som utgör en skälig ersättning enligt artikel 20, bör man därför värdera rättigheten. Eftersom bestämmelsen gäller vid oväntade intäkter, bör rättighetens värde ha stigit efter avtalsslutet. Skillnaden mellan värdet vid avtalsslutet och vid tidpunkten för talan kan därmed utgöra den ytterligare skäliga ersättningen. Detta synsätt kommer jag att återkomma till senare i uppsatsen. För att få en fullständig bild bör dock även annan EU-rätt undersökas först.

---

[129] Begreppet är vedertaget inom EU-rätten och ska därför tolkas autonomt, se: C-271/10, p. 25; C-245/00, p. 22 ff.
[130] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 73.

Begreppet skälig ersättning återfinns även i det så kallade uthyrningsdirektivet, i artikel 5 och 8(2).[131] Enligt artikel 5 har upphovsmän en oeftergivlig rätt till skälig ersättning vid överlåtelse av uthyrningsrätt avseende ”(…) *ett fonogram eller ett original eller annat exemplar av en film till en fonogramframställare eller en filmproducent.*”. Med andra ord, en rätt till skälig ersättning vid ljud- och filminspelningar i vissa situationer. I skälen till direktivet anges vissa bedömningar som liknar dem i artikel 20, som exempelvis ersättningsformen och upphovsmannens bidrag till verket.[132]

EU-domstolen har också uttalat sig om frågan om skälig ersättning enligt artikel 5. Domstolen fastställde att den skäliga ersättningen ska vara tillräckligt hög för att upphovsmän ska tillförsäkras en tillräcklig inkomst.[133] Med andra ord, utgöra en miniminivå för ersättningen. Den måste vara tillräckligt hög för att upphovsmannen ska kunna leva på den.

En intressant fråga är om en ”tillräcklig inkomst” kan analogiseras till artikel 20. Alltså att den ytterligare skäliga ersättningen åtminstone måste vara tillräcklig att leva på, för att anses vara skälig. Syftet bakom artikel 5 i uthyrningsdirektivet skiljer sig dock markant från syftet bakom artikel 20 i DSM-direktivet. Artikel 5 syftar till att tillförsäkra upphovsmän en viss ersättning vid avtalsslutet medan artikel 20 syftar strävar efter proportionalitet mellan intäkter och ersättning. En miniminivå av ersättning räcker inte för att skapa en sådan proportionalitet. Därför är analogin mellan bestämmelserna inte särskilt relevant.

Skälig ersättning återfinns också i artikel 8(2) av uthyrningsdirektivet. Där stadgas att användare ska betala skälig ersättning när de använder ett fonogram för trådlös utsändning eller för återgivning för allmänheten i original eller kopia. Denna ersättning ska delas mellan de berörda upphovsmännen. Även denna artikel blev föremål för ett avgörande hos EU-domstolen.[134] Domstolen konstaterade att direktivet saknade kriterier för att

---

[131] Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter.
[132] Direktiv 2006/115/EG, skäl 13.
[133] C-271/10, p. 34.
[134] C-245/00.

bedöma vad som utgjorde en skälig ersättning. Det var därför upp till medlemsstater att fastställa de mest centrala kriterierna för vad som utgör en skälig ersättning.[135]

Att medlemsstaterna har en stor frihet i bedömningen av skälig ersättning är något som även kan ses i DSM-direktivet. I andra stycket av artikel 18 betonas medlemsstaternas frihet i införlivandet av principen om skälig ersättning. De kan använda olika mekanismer, beakta principen om avtalsfrihet, och även göra en skälig avvägning av rättigheter och intressen. Det framstår som tydligt att den nationella kontexten blir viktig vid frågan om skälig ersättning. För att ytterligare utforska begreppet, ska skälig ersättning enligt svensk rätt därför undersökas.

En rätt till skälig ersättning finns i den tidigare nämnda lagen (1949:345) om rätt till arbetstagares uppfinningar.[136] När en arbetstagare skapar en ny uppfinning inom tjänsten kan arbetsgivaren ibland vilja ta över rättigheten till den. Enligt lagen har arbetsgivaren rätt till det, men måste i sådana fall ge skälig ersättning till den uppfinnande arbetstagaren enligt 6 §. Vid bedömningen av vad som utgör en skälig ersättning ska alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet beaktas.[137] Framför allt vägs uppfinningens kommersiella värde och betydelse in. Man tar även hänsyn till hur omfattande överlåtelsen av rättigheter var, om det var en fullständig överlåtelse eller endast genom licens.[138] I vissa fall kan den skäliga ersättningen enbart omfatta arbetstagarens lön om den är tillräckligt hög i förhållande till värdet, särskilt vid ordinärt utvecklingsarbete.[139] Men vid uppfinningar av osedvanlig betydelse bör ytterligare ersättning över lönen övervägas.[140] Alltså beaktas faktorer som rättigheternas värde, hur stor del av rättigheten som överfördes, och arbetstagarens lön.

Bestämmelsen har även varit föremål för prövning i AD 1982 nr 21. Arbetsdomstolen gjorde därvid ett antal uttalanden om den skäliga ersättningen. Domstolen uttalade att

---

[135] C-245/00, p. 34, 38.
[136] Se även: Caretta & Hårdemark, A structured analysis of the implementation of Articles 18–23 of the Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market into Swedish laws, s. 920.
[137] Prop. 1949:101 s. 46.
[138] Prop .1949:101 s. 46.
[139] Prop. 1949:101 s. 46 f.
[140] Prop. 1949:101 s. 46.

beräkningsmetoden för den skäliga ersättningen principiellt utgör vad uppfinnaren skulle erhållit vid en försäljning av rättigheten på en fri marknad. Detta ger dock inte någon vidare ledning vid bedömningen enligt domstolen. Rätten anser att man i stället får se ifall uppfinningen genererat vinst till arbetsgivaren genom att öka sin vinst eller minska sina kostnader. Efter det har blivit fastställt, undersöks vilken del som skäligen bör tillfalla arbetstagaren. Det är enligt domstolen även viktigt att avgöra huruvida arbetstagarens uppfinning var nödvändig för vinsten den genererade.

Alltså ser man först till värdet av rättigheten. Det görs i första hand genom en marknadsbedömning. Om det inte går, får man i stället undersöka hur arbetsgivarens vinst påverkades av rättigheten. När man fastställt värdet, undersöker man vilken del som skäligen bör tillfalla den uppfinnande arbetstagaren. Detta påminner om diskussionen kring skälig ersättning enligt artikel 18 ovan. Man fastställer värdet av rättigheten och ger sedan en skälig ersättning baserat på det värdet. Innan detta diskuteras närmare, bör även en annan bestämmelse som innebär en liknande metod kommenteras.

Upphovsmän har nämligen även en rätt till skälig ersättning vid upphovsrättsliga intrång enligt 54 § i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen, URL). Ersättningen ska enligt bestämmelsen dels baseras på ett ”skäligt honorar” i enlighet med gällande tariffer och dylikt i branschen, och dels på att ersättas för den skadan som åsamkas.[141] Bestämmelsen blev relativt nyligen föremål för prövning i NJA 2019, s. 3 Dreamfilm. Där fastställdes att, om det är möjligt, ska vederlaget för en så kallad hypotetisk licensavgift ligga till grund för bedömningen.[142] Det vill säga att undersöka vilket vederlag upphovsmannen skulle kunna få genom att licensiera den motsvarande rätten som intrånget innebar. Om en hypotetisk licensavgift inte kan bestämmas, ska domstolen i stället fastställa en skälig ersättning utifrån parternas utredning.[143]

Rätten till skälig ersättning finns alltså både i lagen om rätt till arbetsgivares uppfinningar och vid intrång enligt upphovsrättslagen. Båda bestämmelserna har en liknande metod för att fastställa vad som utgör en skälig ersättning. Enligt lagen om rätten till

---

[141] NJA II 1961 s. 349 f.
[142] NJA 2019 s. 3, p. 13.
[143] NJA 2019 s. 3, p. 15.

arbetstagares uppfinningar baseras ersättningen i första hand på vad uppfinnaren skulle erhållit vid en försäljning på en fri marknad. Om det inte är möjligt, får man i stället se vilken vinst uppfinningen genererade och sedan fastställa vilken del som skäligen bör tillfalla uppfinnaren. Enligt 54 § URL, ska en hypotetisk licensavgift ligga till grund för ersättningen. Om det inte är möjligt utgår man i stället från parternas utredning sedan göra en skönsmässig bedömning för att avgöra den skäliga ersättningen. Båda bestämmelserna undersöker alltså marknadsvärdet i första hand, och utför i andra hand antingen en bedömning av vinsten, eller en uppskattning utifrån parternas undersökningar.

Dessa två metoder kan med fördel användas för att fastställa en skälig ersättning enligt artikel 20. I första hand kan en marknadsvärdering i form av försäljning eller hypotetisk licensavgift göras. Det kan exempelvis göras genom att undersöka över- och upplåtelser för liknande rättigheter. Man jämför därefter denna värdering med ersättningen som upphovsmannen fick. Skillnaden mellan värderingen och ersättningen utgör den ytterligare skäliga ersättningen enligt artikel 20.

Som både HD och AD framhåller, kan det emellertid stundtals vara omöjligt att bestämma en hypotetisk licensavgift eller annat marknadsvärde för rättigheten.[144] Om detta inte är möjligt kan domstolen snegla på HD och AD:s övriga metoder. Det vill säga att låta parternas utredning ligga till grund för den aktuella värderingen i enlighet med Dreamfilm-målet. Alternativt undersöka vilka ökade intäkter förvärvaren har fått och göra en skälighetsbedömning i enlighet med AD 1982 nr 21. I praktiken bör domstolen välja den metoden som sannolikt leder till den mest rättvisa bilden av rättighetens värde.

3.1.6 Sammanfattning

Sammanfattningsvis finns det två olika synsätt vid den tidsmässiga tillämpningen. Av ändamålsmässiga skäl finns det enligt mig anledningar att utge retroaktiv ersättning. Dock bör domstolen göra en skönsmässig bedömning av ersättningen, intäkterna och förvärvarens intresse för att fastställa den ersättningen. Vid frågan om subjektiv tillämpning innebar en lexikalisk tolkning att underlicenstagare var undantagna från lagens tillämpningsområde. Däremot skulle en liknande ändamålsmässig tolkning kunna innebära att

[144] NJA 2019, s. 3, p. 14; AD 1982 nr 21.

upphovsmannen kan vända sig mot sin förvärvare och samtidigt inräkna underlicenstagarens intäkter i den bedömningen. Därefter kan förvärvaren föra en regresstalan mot underlicenstagaren där den närmare fördelningen kan bestämmas.

I frågan om ytterligare skälig ersättning kunde tre beståndsdelar utläsas. Att ersättningen ska vara ytterligare innebär att den ska vara utöver den avtalade ersättningen. I praktiken har det dock en begränsad betydelse eftersom upphovsmannen kan upplåta sina rättigheter utan ersättning. Att ersättningen dessutom ska vara lämplig innebär att man ska undersöka samma kriterier som vid frågan om ersättningen är oproportionerligt låg. Eftersom det undersöktes i det tidigare kapitlet, gjordes ingen vidare analys här. I frågan om skälig ersättning, kan det konstateras att det är ett EU-rättsligt begrepp. Den nationella kontexten har dock en ovanligt stor betydelse i frågan. I svensk rätt innebar två olika bestämmelser relevanta metoder. Metoderna var att i första hand göra en marknadsvärdering eller undersöka en hypotetisk licensavgift. Om det inte var möjligt skulle man i stället undersöka förvärvarens vinst och ge upphovsmannen en skälig andel av denna, eller utgå från parternas utredning. Dessa metoder kan användas för att fastställa vad som utgör en skälig ersättning enligt artikel 20.

3.2 Jämkning

3.2.1 Inledning

När man enligt 36 § avtalslagen konstaterar att ett villkor är oskäligt, blir rättsverkan antingen att villkoret jämkas eller att hela avtalet lämnas utan avseende.[145] Denna uppsats fokuserar främst på jämkning av villkor. Jämkning innebär att domstolen ändrar ett eller flera av avtalets villkor. Dessa ändringar behöver inte nödvändigtvis gälla de villkor som först bedömdes som oskäliga.[146] Utgångspunkten är domstolens skönsmässiga bedömning av vad som skulle göra villkoret, och i större utsträckning avtalet, skäligt. Denna uppsats fokuserar särskilt på jämkning som innebär att upphovsmännens ersättning höjs, alltså förändringar i ersättningsklausuler eller andra villkor som leder till högre ersättning för upphovsmannen.

För att undersöka jämkning i dessa situationer, behandlar uppsatsen två huvudfrågor. För det första hur parternas prestationer värderas. Denna fråga är viktig eftersom jämkningen ska återställa balansen i avtalet och då måste man veta hur man ska värdera beståndsdelarna av balansen. Därefter undersöks metoden för jämkningen, det vill säga vilka faktorer som blir relevanta och hur förändringen sker i praktiken.

3.2.2 Hur värderas prestationerna

För att bestämma hur mycket ersättning upphovsmannen ska få vid en jämkning blir värdet av parternas prestationer en viktig faktor. Jämkning syftar till att återställa balansen mellan parterna, och för att göra det måste man självklart värdera prestationerna. Detta är relevant både när man konstaterar att ersättningen är oskälig och när man gör själva jämkningen. Delen placerades dock i detta kapitel eftersom frågorna främst berör jämkning.

Eftersom en *upphovsrätt* ska värderas enligt en *avtalsrättslig* bestämmelse blir båda rättsområdena viktiga i frågan. Först måste man avgöra den avtalsrättsliga frågan om prestationerna ska bedömas subjektivt eller objektivt. Det vill säga om man ska utgå från parternas egna värderingar, eller från en neutral, objektiv, bedömning. Därefter uppstår

---

[145] Prop. 1975/76:81 s 136.
[146] Prop. 1975/76:81 s 136.

särskilda frågor om värderingen av en upphovsrätt. Det krävs nämligen en upphovsrättslig värderingsmetod för att utreda värdet av rättigheten. Dessa frågor kommer att utredas nedan.

Först undersöks om värdet av prestationerna ska bedömas objektivt eller subjektivt. En objektiv värdering innebär att domstolen värderar prestationerna från ett neutralt perspektiv. En subjektiv värdering innebär att man utgår utifrån hur parterna har värderat sina prestationer.

Dotevall förespråkar en subjektiv värdering eftersom han menar att det är svårt att värdera naturaprestationer objektivt.[147] Han tycker därför att man ska utgå från hur parterna själva värderade sina prestationer när avtalet ingicks. Runesson uttrycker i mer försiktiga termer en liknande ståndpunkt.[148] Norlén föreslår att man först ska göra en objektiv värdering och sedan jämföra den med parternas subjektiva värdering.[149] Denna metod visar om parterna ursprungligen undervärderade eller övervärderade sina prestationer jämfört med en objektiv värdering. Denna subjektiva balans kan sedan användas vid jämkningen.[150] När jämkning därefter sker, återställs balansen till parternas subjektiva värdering. Detta stöds av NJA 1979 s. 731, där det i stället innebar att villkoret inte ansågs vara oskäligt.

Till följd av att Norléns synsätt har bäst stöd i praxis, delar jag författarens åsikt. Det innebär några konsekvenser för upphovsrättsliga avtal. Rättigheten ska först bedömas objektivt, vilket kan vara svårt. Därefter ska parternas subjektiva värdering av prestationerna behållas, enligt NJA 1979 s. 731.

Det är dåliga nyheter för upphovsmän som tidigare nämnt ofta befinner sig i en svagare förhandlingssits. En ursprunglig undervärdering från upphovsmannens sida ska alltså behållas även när ersättningen jämkas uppåt. Ersättningen blir i sådana fall mindre än vad den skulle varit vid en marknadsvärdering.

Detta kan visas genom ett exempel. Låt oss säga att en musiker som saknar relevant affärsmässig kunskap ingick ett avtal som innebar att denne blev underbetald för låten

---

[147] Dotevall, R, Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal, s. 450 f.
[148] Runesson, E, Rekonstruktion av ofullständiga avtal, s. 423.
[149] Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 403 f.
[150] A. a., s. 403 f.

som denne skrivit. Då görs en objektiv värdering av värdet av rättigheten som är hög, och sedan ersättningen som är låg. Då kan man konstatera att parterna har valt en ursprunglig balans som innebär en låg ersättning. Därefter blir låten en hit, vilket gör rättigheten mer värdefull. Eftersom parterna valde en ursprunglig balans där musikern blev underbetald, har denne inte rätt till lika mycket ersättning som det skulle innebära om balansen blev fullständigt återställd.

Detta gäller dock bara om NJA 1979 s. 731 är en lämplig analogi. En viktig skillnad mellan exemplet med musikern, och rättsfallet, är om upphovsmannen i det enskilda fallet anses vara i en underlägsen ställning.[151] Jourläkarbok-målet innehöll en sträng bedömning avseende om upphovsmännen befann sig i en underlägsen ställning. Det är dock som tidigare nämnt oklart om målet speglar gällande rätt. Jag menar att om upphovsmannen kan anses vara i en underlägsen ställning borde en fullständig objektiv återställning av balansen kunna ske.

Som Norlén nämnde, skulle man även göra en objektiv värdering av rättigheten. Frågan blir hur man gör en värdering av en upphovsrätt i generalklausulens kontext. Några metoder föreslogs ovan, i avsnittet om artikel 20. Kanske skulle dessa metoder även kunna användas här. Sammanfattningsvis skulle man i första hand antingen värdera en hypotetisk licensavgift eller vad upphovsmannen skulle fått vid en överlåtelse. Om det inte gick, kunde man i stället utgå från en allsidig bedömning av parternas utredning eller mer specifikt undersöka vilken vinst förvärvaren fick och göra en bedömning av vilken andel som skäligen bör tillkomma upphovsmannen.

Vid jämkning på grund av låg ersättning är dessa metoder användbara för att värdera rättigheten. Det är dock viktigt att notera att 36 § avtalslagen även kan tillämpas vid oskälighet på grund av andra omständigheter än låg ersättning. Dessutom kan andra delar av avtalet även bli föremål för jämkning. Dessa metoder är därför främst relevanta vid frågor om ersättning.

Sammanfattningsvis ska rättigheten värderas objektivt vid en tillämpning av 36 § avtalslagen. Denna värdering ska sedan jämföras med parternas subjektiva värdering för att

---

[151] Prop. 1975/76:81 s 136 f.

fastställa den ursprungliga balansen. Jämkningen baseras på hur mycket den ursprungliga balansen skiljer sig från den aktuella obalansen. Det blir därför viktigt att värdera upphovsrättens objektiva värde. Då kan man använda liknande metoder som vid artikel 20. Det vill säga i första hand försöka fastställa ett marknadsvärde och i andra hand göra en allsidig bedömning av utredningen eller ge en skälig andel av de skapade intäkterna. Detta blir främst relevant i situationer som avser oskälig ersättning.

3.2.3 Metod för jämkning

När man har bestämt värdet av prestationerna, uppstår frågan hur jämkningen ska genomföras i praktiken. Denna uppsats fokuserar på jämkning som innebär att upphovsmäns ersättning justeras.

Propositionen nämner att ett pris kan jämkas upp när den allmänna kostnadsökningen har gjort det oskäligt lågt.[152] Motiven lämnar dock ingen vägledning för hur jämkningen ska göras i praktiken. Ett tidigare rättsfall kan dock ge oss en utgångspunkt för att förstå detta bättre.

I NJA 1983 s. 385 höjdes en arrendeavgift genom att knyta den till konsumentprisindex. Detta innebar att avgiften justerades till vad den skulle ha varit om parterna hade infört en indexklausul från början, och fortsättningsvis skulle följa index. Denna metod ändrade hur avgiften beräknades, vilket ledde till en betydande höjning. Beräkningen baserades också på vad parterna avsåg vid avtalets ingående. Om det skulle bli deflation, skulle kanske avgiften i teorin sänkas.[153] I övrigt behövde parterna prestera i enlighet med avtalet som vanligt.

Syftet med jämkningen verkar inte varit att höja avgiften till fördel för en part, utan snarare att åtgärda orsaken till att avgiften blev oskäligt låg. Genom att indexera avgiften, återställdes den ursprungliga balansen mellan parterna. Detta följer ekvivalensprincipen, som analyserades tidigare i uppsatsen Det skiljer sig från artikel 20, som syftar till att stärka upphovsmännens förhandlingsposition vid överlåtelse av deras rättigheter.

---

[152] Prop. 1975/76:81 s 138.
[153] Jfr: Norlén, A, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 416.

Frågan är då hur upphovsmannens ersättning bör höjas för att återställa balansen mellan parterna. Typexemplet för denna uppsats är när upphovsmannen utför en betydande insats för verket, men får en engångsbetalning samtidigt som verket blir oväntat framgångsrikt. För generalklausulen är den oväntade framgången den senare inträffade omständigheten som gör ersättningsvillkoret (engångsbetalningen) oskälig. I scenariot antas det att oskälighet har konstaterats.

Hur ska balansen återställas i ett sådant läge? Ett möjligt alternativ är att domstolen skönsmässigt bedömer vad som vore en rimlig balans mellan parterna. Det rimmar väl med att domstolarna har stora handlingsmöjligheter vid tillämpningen av generalklausulen enligt motiven.[154] Samtidigt kan det vara svårt för domstolen att greppa hur en balansåterställning går till i praktiken eftersom bedömningen lämnas så öppen.

En lösning som liknar NJA 1983 s. 385 är att bedöma hur parterna hade agerat om de hade känt till den oväntade framgången. Det vill säga, undersöka vilken ersättning upphovsmannen skulle ha fått om parterna förutsåg verkets succé. Upphovsmannen skulle då vara i en starkare position och kunna kräva exempelvis en royaltybetalning. På så sätt kan en engångsbetalning jämkas till en royaltybetalning. Denna metod verkar vara en bra utgångspunkt för domstolens bedömning.

[154] Prop. 1975/76:81 s 136.

3.3 Sammanfattning, jämförelse & slutsats

3.3.1 Sammanfattning

I detta kapitel behandlades rättsverkan av de två bestämmelserna. Först undersöktes ytterligare skälig ersättning enligt artikel 20. Inledningsvis behandlades frågan om artikelns tidsmässiga tillämpning. Slutsatsen var att ändamålen i direktivet talar för att en retroaktiv verkan borde finnas, om än något begränsad. Därefter undersöktes vilka subjekt som kunde angripas via artikeln. Enligt en lexikalisk tolkning visade det sig vara endast förvärvaren eller motsvarande avtalsmotpart till upphovsmannen som kunde angripas. Genom en ändamålstolkning vore det dock rimligt att kunna angripa underlicenstagarens intäkter genom att stämma motparten som därefter får ett regresskrav mot underlicenstagaren.

Slutligen undersöktes hur begreppet skälig ersättning ska förstås enligt direktivet. Detta är ett EU-rättsligt begrepp som ska tolkas autonomt, men EU-rätten ger i detta fall en stor frihet till medlemsstaterna att anpassa regeln till sina egna rättssystem. Därför blev svensk immaterialrätt särskilt viktig i denna fråga. Genom att undersöka 6 § i lagen om arbetstagares uppfinningar och ersättning vid intrång av upphovsrätt enligt 54 § URL, kunde vissa relevanta metoder identifieras. Man kan undersöka vad marknaden skulle ha betalat för rättigheten eller vad en hypotetisk licensavgift skulle ge. Om dessa metoder inte är möjliga, kan man göra en allsidig bedömning av parternas utredning eller räkna på vinsten som förvärvaren erhållit och dela denna skäligt mellan parterna.

I den andra delen undersöktes jämkning enligt generalklausulen. Först undersöktes hur prestationerna skulle värderas, vilket är kopplat till hur jämkningen genomförs i praktiken. Den första frågan som utreddes var huruvida parternas prestation värderades objektivt eller subjektivt. Här kunde en komplex bedömning göras som inkluderade att först göra en objektiv värdering för att senare jämföra denna med parternas subjektiva värdering. Denna subjektiva värdering blir därefter central för att genomföra jämkningen.

Därefter undersöktes hur en rättighet kan bedömas objektivt i generalklausulens kontext. Enligt denna uppsats kan samma metod som används för artikel 20 tillämpas när det specifikt handlar om situationer där en upphovsmans låga ersättning är i fokus. Frågan som följde var vilken metod som används i själva jämkningen. Uppsatsen föreslår att

domstolen ska angripa orsaken till obalansen och därmed oskäligheten. Detta görs lämpligast genom att bedöma hur parterna skulle ha agerat i förhandlingarna med facit i hand.

3.3.2 Jämförelse & slutsats

Även rättsverkan av bestämmelserna innehåller vissa likheter och skillnader. Inledningsvis kan diskussionen kring artikel 20 jämföras med generalklausulen. Först undersöks den tidsmässiga tillämpningen av generalklausulen. Det vill säga om upphovsmannen kan få retroaktiv ersättning för tidigare perioder i avtalet. I praxis, särskilt NJA 1983 s. 385, höjdes avgiften endast från och med den tidpunkt då talan väcktes, och inte tidigare. Detta är huvudregeln i civilrätten. Det finns ingen anledning att anta att 36 § skulle tillämpas annorlunda vid upphovsrättsliga överlåtelser. Generalklausulen tillämpas alltså endast mot framtiden, vilket skiljer den från artikel 20. När det finns stora retroaktiva krav, kan artikel 20 alltså vara mer fördelaktig.

Nästa fråga rör vilka subjekt generalklausulen kan angripa. Generalklausulen kan naturligtvis användas för att angripa avtalsmotparten i vanlig ordning. Frågan är dock om den kan användas för att angripa underlicenstagare. Huvudregeln i civilrätt är att tredje man inte påverkas av avtalsförhållanden utöver vad denne har förbundit sig till. Generalklausulen innehåller inget generellt undantag från denna regel, vilket innebär att man normalt sett inte kan angripa tredje man genom avtalet.

Frågan är om man i likhet med diskussionen kring artikel 20 skulle kunna ”räkna” underlicenstagarens intäkter i ursprungsförhållandet mellan förvärvaren och upphovsmannen. Det är inte otänkbart att man tar hänsyn till underlicenstagarens intäkter, särskilt om förvärvaren försöker kringgå skyldigheten att utge ytterligare ersättning genom att ge underlicensen till en närstående juridisk person. Detta skulle kunna bedömas som oskäligt enligt generalklausulen. I sådana fall skulle man potentiellt kunna angripa underlicenstagaren genom att angripa förvärvaren. Rättsläget i denna fråga är dock inte klart.

Nästa fråga är hur diskussionen kring generalklausulen relaterar till artikel 20. Först undersöks om prestationerna värderas objektivt eller subjektivt enligt artikel 20. Bestämmelsen riktar sig in på förhållandet mellan upphovsmannens ersättning och förvärvarens intäkter. Det vore möjligt att tolka balansen mellan dessa två faktorer subjektivt enligt

parternas synsätt. Till följd av reglernas tvingande natur, och dess syfte att stärka upphovsmän verkar det mer rimligt att prestationerna tolkas objektivt.

Slutligen uppstår frågan vilken bestämmelse som medger störst, respektive minst, ersättning för upphovsmannen. För att besvara den frågan måste man undersöka vad som återställs enligt bestämmelserna. Generalklausulen syftar till att återställa balansen genom att göra en oskälig ersättning skälig. Artikel 20 syftar i stället till att göra en oproportionerlig ersättning proportionerlig. Att något är oskäligt borde nog tolkas som ett större missförhållande än att något är oproportionerligt.[155] När en ersättning bedöms som både oskälig och oproportionerlig borde det alltså vara en mindre justering för att göra den skälig jämfört med proportionerlig. Detta skulle innebära att artikel 20 medger högre ersättning.

Frågan kompliceras dock av att artikel 20 medger ytterligare *skälig* ersättning. Innebär det att begreppet ska tolkas i enlighet med oskälighet i generalklausulen? Svaret är nej, eftersom uttrycket i artikel 20 avser ett annat förhållande, nämligen storleken på ersättningen. Det avser inte förhållandet mellan ersättningen och intäkterna som vid generalklausulen. Därmed talar mycket för att det finns större intjäningspotential i artikel 20 jämfört med generalklausulen.

I huvudfallet har den större intjäningspotentialen en begränsad betydelse eftersom båda bestämmelserna kan åberopas samtidigt. Som tidigare nämnt, riktar sig dock bestämmelserna mot olika omständigheter och innebär olika bedömningar. Därmed kan det uppstå situationer där endast den ena kan tillämpas. Frågan får därför en praktisk betydelse. I sådana fall har det visat sig att artikel 20 medger störst ersättning. Detta överensstämmer med ändamålen bakom bestämmelserna. Artikel 20 syftar till att stärka upphovsmannens förhandlingsposition, medan generalklausulen fungerar som ett undantag från huvudregeln om att avtal ska hållas.

---

[155] Prop. 2021/22:278, s. 155 f.; Prop. 1975/76:81 s 135 ff.

4 Resultat & Diskussion

4.1 Inledning

Syftet med denna uppsats var att ta ett helhetsgrepp om upphovsmäns möjlighet till att höja sin ersättning genom tvingande lagstiftning efter avtalsslutet. Detta gjordes genom att undersöka artikel 20 i DSM-direktivet och 36 § avtalslagen. Genom att granska bestämmelsernas rekvisit och rättsverkan, samt deras likheter och skillnader, klargjordes en del av den oklarhet som omger reglerna. I denna slutdel sammanfattas de slutsatser som dragits, och en övergripande diskussion förs kring bestämmelserna och upphovsmännens ställning.

4.2 Sammanfattning och diskussion

Det framgick att de två bestämmelserna hade olika för- och nackdelar för upphovsmannen vid tillämpningen. Exempelvis hade artikel 20 en fördel när det gäller balansfrågan. Generalklausulen kan nämligen endast tillämpas när obalansen uppkommer efter avtalsslutet. Artikel 20, tillsammans med artikel 18, kan angripa både en ursprunglig och en senare uppkommen obalans. Detta ger DSM-direktivet en fördel när en sådan ursprunglig obalans föreligger. Däremot tar artikel 20 inte lika stor hänsyn till upphovsmannens svaga ställning. Generalklausulen har därför en fördel när upphovsmannen är i en särskilt underlägsen ställning.

Det kunde även konstateras att tröskeln för att tillämpa generalklausulen är högre än den för artikel 20. Alltså krävs det generellt större missförhållanden för en tillämpning av generalklausulen. Däremot tar generalklausulen sikte på ett större antal fall och omständigheter. Därmed finns det fall där artikel 20 inte kan tillämpas, men en tillämpning av generalklausulen vore möjlig.

I kapitlet om rättsverkan kunde också vissa slutsatser dras. Artikel 20 kan, genom en ändamålsmässig tolkning tillämpas retroaktivt, vilket troligen inte gäller för generalklausulen. Detta utgör ytterligare en fördel för upphovsmännen att tillämpa artikel 20. Båda bestämmelserna kan potentiellt användas för att angripa eventuella underlicenstagare till förvärvaren, även om rättsläget här är oklart. Båda bestämmelserna utgår från en objektiv

värdering av parternas prestationer, men generalklausulen kan potentiellt tolka den subjektiva balansen annorlunda. Artikel 20 har också en fördel när det gäller den totala ersättningen. Normalt borde den ytterligare skäliga ersättningen vara högre än ersättningen som utgår enligt 36 § avtalslagen. Däremot kan 36 § avtalslagen även tillämpas på fall och omständigheter som faller utanför artikel 20:s tillämpningsområde.

Sammanfattningsvis har artikel 20 lägre krav för tillämpning och innebär ofta en högre ersättning, vilket innebär stora fördelar. Generalklausulen kan dock användas i situationer där artikel 20 inte kan tillämpas, och vid omständigheter som särskilt talar för jämkning enligt generalklausulen. Detta stämmer väl överens med syftet bakom de två bestämmelserna. Generalklausulen är till för att kunna angripa avtalsvillkor som av olika skäl inte kan accepteras.[156] Det vill säga att det ska föreligga en typ av kvalificerad felaktighet. Artikel 20 syftar till att skapa en hälsosam marknad för handel med upphovsrätter, genom att stärka upphovsmännens förhandlingsposition genom tvingande lagstiftning.[157] Det faller då naturligt att regeln är mer förmånlig i denna situation.

Det är tydligt att både artikel 20 och generalklausulen karaktäriseras av sin öppna natur. De involverar många fria bedömningar där en mängd olika omständigheter och hänsyn kan spela in. För artikel 20 blir detta särskilt tydligt då direktivet exempelvis nämner flera faktorer vid bedömningen om vad som utgör en oproportionerligt låg ersättning, men nämner samtidigt att alla relevanta omständigheter ska beaktas. Det utgör en mycket fri bedömning. Principen om skälig ersättning bestäms nästan helt utifrån nationell kontext, vilket ger medlemsstaterna och domstolarna en stor frihet vid tillämpningen av artikeln. Detta gäller åtminstone tills EU-domstolen inkommer med klargörande mål.

Detta medför en flexibilitet att anpassa den rättsliga lösningen till den enskilda situationen. Samtidigt försvagas direktivets harmoniserande verkan, något som var ett uttryckligt mål med DSM-direktivet.[158] Särskilt bristen på tydlighet gällande frågor som subjektivitet och retroaktivitet kan anses vara problematiskt, inte minst med tanke på de olika tillämpningarna i medlemsländerna. Det leder till olika skyddsnivåer för upphovsmän i

---

[156] Prop. 1975/76:81, s. 10 f, 118 f.
[157] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), skäl 3.
[158] Direktiv (EU) 2019/790, (DSM-direktivet), artikel 1.

olika länder, vilket ökar administrativa kostnader och skapar osäkerhet inför att starta processer. Denna osäkerhet har som tidigare nämnt upplevts vara mycket skadlig för utnyttjandet av rättigheten hos upphovsmän. För en effektiv tillämpning av bestämmelsen skulle flera frågor därför behöva klargöras, särskilt om det existerar en tumregel. Att öka förutsägbarheten är det största behovet för artikelns framtida tillämpning.

För generalklausulen innebär dess öppna bedömningar en liknande osäkerhet för upphovsmännen. Vilket skydd 36 § ger till upphovsmän är fortfarande omstritt i litteraturen, vilket varken gynnar upphovsmännen eller förvärvarna. Det vore därför även för generalklausulen önskvärt med klargörande uttalanden kring vissa frågor angående upphovsrättsbranschen. Som minst bör det klargöras hur skyddsvärda upphovsmän kan anses vara under förhandlingarna.

4.3 Upphovsmännens ställning.

Upphovsmännens ställning har förbättrats avsevärt när det gäller ersättning efter avtalsslutet sedan införlivandet av direktivet. Artikel 20 har ett brett tillämpningsområde och kan leda till betydande ersättning under rätt förhållanden. I de fall där artikel 20 inte kan tillämpas, kan man ibland i stället vända sig till 36 § avtalslagen. Detta ger upphovsmännen ett brett och starkt skydd när de kräver ytterligare ersättning efter att avtalet ingåtts. Artikel 20 främsta fördel är troligen dess förmåga att ge upphovsmännen en stark förhandlingsposition. På lång sikt kan artikeln troligen användas mindre som ett verktyg i rättsliga processer och mer som ett verktyg i förhandlingar.[159]

Förvärvarna av rättigheter har därmed hamnat i en svagare position vid förhandlingarna. Detta kan potentiellt minska deras vilja att investera. Trots detta verkar det mindre troligt med tanke på ordalydelsen i bestämmelserna. Endast när ersättningen är oproportionerligt låg eller oskälig blir ersättningsrätten aktuell. Det är fullt möjligt för förvärvaren att erbjuda en rimlig royaltysats från början, vilket i praktiken bör förhindra tillämpningen av artikel 20 och 36 § avtalslagen. Detta förutsätter dock att domstolarna beaktar

[159] Jfr: Schwope, L, Efficacy of the 'Best-Seller Clause' in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective, s. 94.

förvärvarens intressen i sin tolkning av bestämmelserna, vilket blir en viktig uppgift för domstolarna.

Frågan kan dock ställas om reglerna uppfyller syftet med direktivet. Som nämnt ville man skapa en hälsosam marknad kring upphovsrätter. För att göra detta, stärktes upphovsmännens ställning vid ersättningsfrågor. När det gäller ersättning tycks detta syfte vara uppfyllt. Upphovsmännen har fått en starkare position, samtidigt som man har tagit hänsyn till förvärvarens intressen enligt analysen ovan. Men det finns andra problem på marknaden som direktivet inte tar upp. Ett exempel är evighetsklausulen som förekom i jourläkarbok-målet. Upphovsmännen saknade möjlighet att avsluta samarbetet för all framtid. En sådan klausul kan varken angripas genom artikel 18 eller 20. Visserligen ger artikel 20 en rätt till mer ersättning, vilket i teorin skulle kunna innebära en förhandlingsposition där upphovsmannen kan begära att avtalssamarbetet avslutas. Det är dock inte säkert att förvärvaren skulle gå med på ett sådant krav.

För att angripa den typen av problem, ser man i stället till 36 § avtalslagen. I teorin borde ett sådant villkor kunna bedömas som oskäligt. Utgången i jourläkarbok-målet, att generalklausulen inte kunde tillämpas, är därför något olyckligt. Frågan om generalklausulens betydelse inom upphovsrätten har även tidigare diskuterats. För att ta tag i denna typ av problem på den svenska upphovsrättsmarknaden skulle därför en förnyad diskussion kring dessa typer av problem vara välkommen.

Att lösa den typen av problem skulle dessutom kunna gynna förvärvaren. Att göra evighetsklausuler otillåtna skulle innebära att fler rättigheter blev tillgängliga för handel, vilket främjar en hälsosam konkurrens mellan aktörerna. En sådan konkurrens skulle kunna öka intresset för att förvärva rättigheter. Det skulle därefter öka förutsättningarna för upphovsmän att skapa nya verk och nå ut till en bredare publik. Då gynnas hälsan i den upphovsrättsliga marknaden och samhället får ta del av mer kreativt skapande.

Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1949:101, med förslag till lag om rätten till arbetstagares uppfinningar

Prop. 1975/76:81, med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m.

Prop. 2021/22:278, Upphovsrätten på den digitala inre marknaden

SOU 2010:24, Avtalad upphovsrätt

SOU 2022:23, En oavvislig ersättningsrätt?

NJA II 1961

Remissvar från Läromedelsförfattarna, SAMI, Musikerförbundet, Bildleverantörer över promemorian DS 2021:30 ”Upphovsrätten på den digitala inre marknaden”, Diarienummer: Ju2021/03517

European Commission, Report on the Responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules (July 2014)

Europeiska Kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén En strategi för en inre digital marknad i Europa, COM(2015) 192 final av den 6 Maj 2015

Europeiska Kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén Mot en

modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten COM(2015) 626 final, av den 9 december 2015.

European Commission, Commission Staff Working Document—Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules— Part 1, SWD(2016) 301 final of the 14 september 2016

European parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union, Bently, Lionel, Kretschmer, Martin, Dudenbostel, Tobias, del Carmen Calatrava Moren, María, Radauer, Alfred, Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive (2017)

Svenska och nordiska rättsfall

NJA 1979 s. 666.

NJA 1979 s. 731

NJA 1983 s. 332

NJA 1983 s. 385

NJA 1984 s. 115

NJA 1994 s. 359

NJA 2019 s. 3,

AD 1982, nr 21

Dom av Hovrätten över Skåne och Blekinge 2008-04-03 i mål T-1512-07

Rt 1988, s. 276

Mål från EU-domstolen

Domstolens dom den 15 juli 1964. Flaminio Costa mot E.N.E.L, mål C-6-64, EU:C:1964:66

Domstolens dom den 6 februari 2003, Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS), C-245/00, EU:C:2003:68.

Domstolens dom den 16 juli 2009. Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening, mål C-5/08, EU:C:2009:465

Domstolens dom den 30 juni 2011, Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs (VEWA) mot Belgische Staat, C-271/10, EU:C:2011:442

Mål från Högsta domstolen i Tyskland (BGH)

BGH I ZR 145/11, Fluch der Karibik (2012) GRUR 2012, 1248

BGH I ZR 127/10, Das Boot (2011) GRUR 2012, 496

Litteratur

Aguilar, Ananay, The New Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers – Part 1, Articles 18 and 19 Kluwer copyright blog (2019)

Aguilar, Ananay, The New Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers – Part II, Articles 20-23, Kluwer copyright blog (2019)

Benabou, Valérie Laure, Bently, Lionel A. F., Derclaye, Estelle, Dreier, Thomas, Dusollier, Severine, Geiger, Christophe, Griffiths, Jonathan, Hilty, Reto, Hugenholtz, P. Bernt, Janssens, Marie-Christine, Kretschmer, Martin, Metzger, Axel, Peukert, Alexander, Riis, Thomas, Rognstad, Ole Andreas, Senftleben, Martin, Strowel, Alain M., Synodinou, Tatiana, Xalabarder, Raquel, Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive

(EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper* No. 102, (2020)

Bernitz, Ulf, Uppsägning av förlagsavtal, *NIR* häfte 4, (2009), s. 349–363.

Carretta, Silvia A & Hårdemark, Wendela, "A structured analysis of the implementation of Articles 18–23 of the Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market into Swedish law", *Journal of intellectual property law & practice,* 17:11 (2022), s. 915–923

Dotevall, Rolf, ”Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal”, *SvJT* (2002), s. 441–457

Kleineman, Jan, Rättsdomatisk metod. I: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Andra upplagan, (Lund: Studentlitteratur, 2018).

Margoni, Thomas, The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard. I: Perry, Mark, Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century Reflecting Policy Through Change (Switzerland: Springer International Publishing AG, 2016)

Norlén, Andreas, Oskälighet och 36 § avtalslagen (Linköping: Linköpings universitet, 2004).

Paramythiotis, Yann, Fairness in Copyright Contract Law: Remuneration for Authors and Performers Under the Copyright in the Digital Single Market Directive. In: Synodinou, Tatiana-Eleni, Jougleux, Philippe, Markou, Christiana, Prastitou-Merdi, Thalia (red.), EU Internet Law in the Digital Single Market (Switzerland: Springer Nature Publishing AG 2021)

Reber, Nikolaus, “The “Further Fair Participation” Provision in Art.32 a (2) German Copyright Act - Claims Against a Third-Party Exploiter of a Work”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 11, Issue 5, (2016), s. 382–385.

Reber, Nikolaus, ‘Die urhebervertragsrechtlichen Regelungen zur “angemessenen Vergütung” in der DSM-Richtlinie’, *GRUR* (2019), s. 891-897.

Rosati, Eleonora, Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790 (Oxford: Oxford University Press, 2021).

Rosati, Eleonora, "From the early days of harmonization to the DSM Directive 2019/790: continuity and complexity of the EU copyright framework", *Auteurs & Media,* no. 3 (2021), 289-298

Runesson, Eric M., Rekonstruktion av ofullständiga avtal: särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader (Stockholm: Juristförlaget, 1996).

Schwope, Lukas, "Efficacy of the “Best-Seller Clause” in Article 20 DSM Directive—game changer or just a bone thrown at authors? A German perspective", *Journal of intellectual property law & practice,* 17:2 (2022), s. 92–96

Stieper, Malte, “Ein angemessener Interessenausgleich im Verhältnis von Kreativen zu Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften?”, ZUM (2019), s. 393-396

EU-rättslig och internationell lagstiftning

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

Code de la propriété intellectuelle [Franska immaterialrättslagen]

International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) Principles of Commercial Contracts

Urheberrechtsgesetz (UrhG) [Tyska upphovsrättslagen]

Rapporter

WIPO, The Economic Contribution of the Copyright Industries An Overview of the Results from WIPO Studies Assessing the Economic Contribution of the Copyright, 2021. https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/overview_results_2021.pdf
(2023-07-09)

Övrigt

Clark, Birgit, BGH confirms "fairness compensation" for dubbing actor, IPKAT (2013) https://ipkitten.blogspot.com/2013/02/bgh-confirms-fairness-compensation-for.html
(2023-07-09)

Clark, Birgit, Sink or swim - BGH decides "Das Boot" fairness compensation claim, IP-KAT (2012)
https://ipkitten.blogspot.com/2012/03/sink-or-swim-bgh-decides-das-boot.html
(2023-07-09)

The Numbers, Das Boot (2023)
https://www.the-numbers.com/movie/Boot-Das#tab=summary
(2023-07-09)

Boxoffice Mojo, Pirates of the Caribbean: The Curse of the Black Pearl (2023)
https://www.boxofficemojo.com/releasegroup/gr2457162245/
(2023-07-09)