

**SFU:s studiedag 2022.11.28**  
**World Trade Centre**  
**Stockholm**

# **Upphovsrättens (ekonomiska) värde och värdering**

**Jan Rosén**

professor

Stockholms universitet

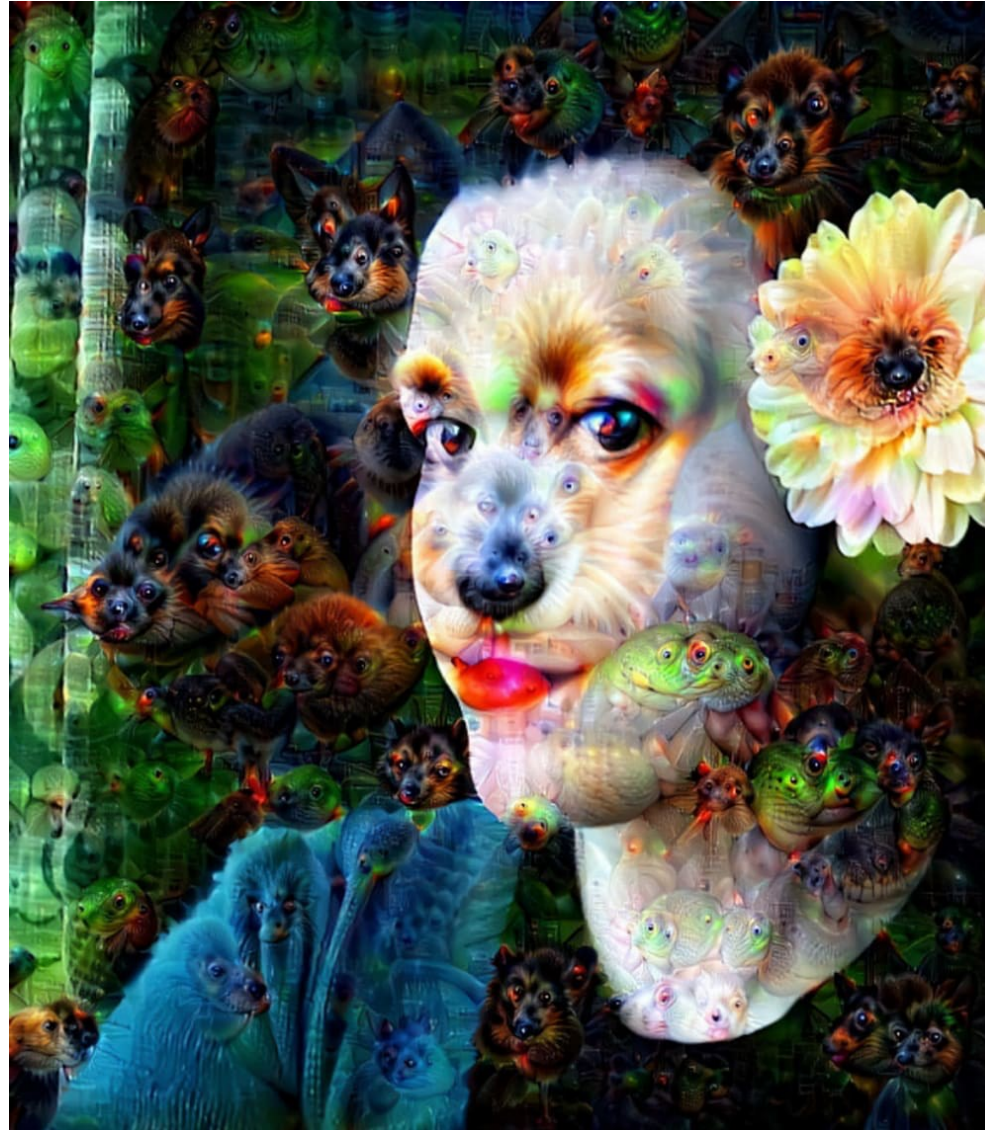
# © Ständigt stigande värden ...

- **U.S. copyright-intensive industries** contributed a whopping \$ 3.2 trillion (biljoner) to the U.S. economy in 2021
- **U.S. copyright-intensive industries** grew at an annual rate of 4.81%; the average annual rate of the entire U.S. economy during the same period was only 2.11%.
- In other words, copyright-intensive industries grew at a rate more than 127% greater than the remainder of the U.S. economy.
- **Global Value of Music Copyright** up 2.7% to \$32.5bn in **2020**; scales tip in favour of labels whose boom in streaming growth offset the bust in public performance for publishers.
- **The Global Value of Music Copyright** reached a record high of \$31.6bn in **2019**, up \$2.1bn on prior year. Streaming makes up 47%.

# Värden hos skapande genom AI? Prispress eller?



# AI design - skyddade som verk?



# Infosocdirektivet 2001/29/EG – trendsetting!

- (10) För att upphovsmännen och de utövande konstnärerna skall kunna fortsätta med sin skapande och konstnärliga verksamhet måste de få en **skälig ersättning** för utnyttjandet av sina verk och detsamma gäller producenterna som måste kunna finansiera denna verksamhet. De **investeringar som krävs** för att producera varor, t.ex. fonogram, filmer eller multimedieprodukter, och tjänster, t.ex. sådana som tillhandahålls på begäran, **är betydande**. Ett tillfredsställande rättsligt skydd av immateriella rättigheter är nödvändigt för att säkerställa sådan ersättning och för att möjliggöra en tillfredsställande avkastning på investeringarna. Jfr **Utlånings/Uthyrnings-Dir, 2006/115/EG, Art 5.**

## Mål C-403/08 mfl. EU:C:2011:631, Premier League

- 108 Det kan emellertid konstateras att ett sådant särskilt föremål emellertid **inte** garanterar att de berörda rättighetsinnehavarna har möjlighet att kräva **högsta möjliga ersättning**. Såsom framgår av skäl 10 i upphovsrättsdirektivet och skäl 5 i direktivet om närstående rättigheter, ska rättighetsinnehavarna nämligen i enlighet med detta föremål endast tillförsäkras en skälig ersättning för utnyttjandet av de skyddade alstren.

# Artikel 18 DSM

## Artikel 18 Principen om lämplig och proportionell ersättning

1. Medlemsstaterna ska säkerställa att när upphovsmän och utövande konstnärer licensierar eller överlåter sina rättigheter avseende utnyttjandet av deras verk eller andra alster, har de rätt till **lämplig och proportionell ersättning**.
2. Vid införlivandet av den princip som fastställs i punkt 1 i nationell rätt ska det stå medlemsstaterna fritt att använda olika mekanismer och beakta principen om avtalsfrihet och en skälig avvägning av rättigheter och intressen.

**EUD har att slutligt fastställa skäligt vederlag enligt DSM!**

# Värdefördelning, av vad, balanserad hur? ”Skäligt vederlag” i helt olika situationer!

- **Skäligt ersättning** vid upplåtelse för nyttjande i förvärvsverksamhet, 29 § första stycket URL
- **Ytterligare skälig ersättning** vid oproportionerligt låg sådan, 29 § andra stycket URL
- **Skadestånd** vid olovligt utnyttjande eller eljest i strid med denna lag eller 41 § URL: **Skälig ersättning** för otillåtet förfogande (oavsett god tro), 54 § första stycket URL
- **Skadestånd** vid olovligt utnyttjande eller i strid med denna lag eller 41 § URL: **Ersättning för ytterligare skada** (uppsåt eller oaktsamhet), 54 § andra stycket URL
- **Skälig ersättning**: När ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder överläter sin rätt att genom uthyrning av sådana upptagningar göra ett verk tillgängligt för allmänheten, 29 § URL – uppgår i nya 29 §!



## PMÖD PMFT 4168-20, 2021-10-07

Artikel publicerad på internet

- Skälig ersättning för utnyttjande enligt **54 § första stycket** är att se som en **värdeersättning** – ett vederlag – för ett obehörigt utnyttjande. Det har ingen betydelse om utnyttjandet har skett i ond eller god tro. Således krävs för ersättnings skyldighet enbart att förfarandet är objektivt rättsstridigt.
- Skälig ersättning kan vara **både större och mindre än den skada eller förlust** som faktiskt har uppkommit på grund av utnyttjandet. Ersättning ska betalas **även om rättighetshavaren inte har lidit någon förlust**. (Se **NJA 2019 s. 3 p. 10 och 11.**)

PMÖD PMFT 4168-20, 2021-10-07  
Artikel publicerad på internet

Ersättningen för utnyttjandet är tänkt att utgöra ett skäligt honorar eller liknande **vederlag**. Den bakomliggande tanken är att – oavsett om intrångsgöraren har varit i ond eller god tro – hela den **ersättning som objektivt sett borde ha betalats** för en frivillig upplåtelse ska utges till rättighetshavaren. Sådan ersättning ska **alltid** utgå; intrångsgöraren skulle annars komma i ett bättre läge än den som följer lagen. (Se NJA II 1961 s. 349 f. och 353; se **NJA 2019 s. 3 p. 12.**)

# Ersättning för ytterligare skada vid uppsåt eller oaktsamhet, 54 § andra stycket URL

När ersättningens storlek bestäms ska hänsyn särskilt tas till

1. utebliven vinst,
2. vinst som den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort,
3. skada på verkets anseende,
4. ideell skada, och
5. upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås. Andra stycket gäller även den som annars uppsåtligen eller av oaktsamhet vidtar en åtgärd, som innebär intrång eller överträdelse enligt 53 §.

# Art. 18 och 20 DSM/29 § URL vs 36 § AvtL

- **36 §** AvtL: Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är **oskäligt** med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna **vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt**. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.
- Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager **en underlägsen ställning** i avtalsförhållandet.

## 29 § URL lex specialis på sitt område

- 29 § URL avser inte att sidoställa 36 § AvtL
- Finns heller ingen hänvisning i 29 § URL till 36 § AvtL
- 29 § är således en lex specialis – bygger på DSM
- Tröskeln in till vad som är oskäligt enligt 36 § AvtL är för hög v g överlåtelser av upphovsrätt/närstående rätt?

## 29 § URL, post 2023.01.01

- (i) När en upphovsman i avtal överlåter sin upphovsrätt till någon som avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet, har upphovsmannen rätt till **skälig ersättning**.
- (ii) Om den avtalade ersättningen för en överlåtelse enligt första stycket senare visar sig vara **oproportionerligt låg** i förhållande till förvärvarens intäkter från utnyttjandet av verket, har upphovsmannen rätt till **ytterligare skälig ersättning**.
- Jfr 69 § NoURL (2018) – täcker bara första stycket = läget vid avtals ingående. Men DSM kan påkalla lagändring!

# Upphovspersonens rätt till ersättning artiklarna 18 och 20

- Upphovsmannen ska ha rätt till **skälig ersättning** när han eller hon överlåter sin rätt - **29 § första stycket**.
- Upphovsmannen ska ha rätt till **ytterligare** skälig ersättning om den avtalade ersättningen visar sig vara oproportionerligt låg i förhållande till förvärvarens intäkter från utnyttjande av verket - **29 § andra stycket**.
- Ersättningsrätten ska inte kunna inskränkas i avtal - **27 § andra stycket**. Sådant villkor är **ogiltigt!** Men avtal om överlåtelse **utan** ersättning kan överenskommas!
- Rätten till ytterligare skälig ersättning ska gälla för avtal som ingåtts efter den 1 januari 2003, **p 3 i ikraftträdande- och övergångsregler**.

# Skälig ersättning vs ytterligare (skälig) ersättning

## Skälig ersättning, 29 § första stycket:

- Vad som var känt vid avtalstillfället
- Ersättningen ska vara lämplig och proportionerlig relativt det faktiska och potentiella ekonomiska värdet
- Inkomstpotentialen för rätten sett ur upphovsmannens synvinkel
- Förvärvarens inkomstpotential inte avgörande – kan vara noll!
- Ingen bestsellerklausul – det är däremot 29 § andra stycket
- Alla avtalssituationer är inbegripna, även anställnings- och kollektivavtal, men inte avtal mellan (kollektiva) organisationer - rör alltid nyttjande i förvärvsverksamhet
- Krävs inte sådan kvalificerad avvikelse från vad som anses skäligt som vid oskälighetsprövning enligt 36 § AvtL



## Ytterligare skälig ersättning, 29 § andra stycket

- Kan inte heller avtalas bort – men ingen/noll ersättning kan överenskommas utan ogiltighet – om skäligt.
- Den avtalade ersättningen är oproportionerligt låg i förhållande till **förvärvarens** (inbegripet senare förvärvares/licenstagares betalningar till förvärvaren) **intäkter** – snedfördelning av intäkterna mellan upphovsmannen och förvärvaren.  
Missbedömning vid avtals ingående.
- Ska råda tydligt missförhållande härvidlag = kvalificerade avvikelser.
- Krävs dock inte lika kvalificerad avvikelse som vid oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL?

# Ogiltighet?

## 27 § andra stycket URL:

- Avtalsvillkor som inskränker upphovsmannens rätt enligt 29, 29 a eller 29 b § är **ogiltiga**, alltså v g skälig ersättning, ytterligare skälig ersättning, tillgång till information.
- Parterna kan ändå överenskomma att uhm **inte** ska ha någon ersättning. Jfr 54 § första stycket URL ang. intrång!
- DSM p 82: Ingenting i detta direktiv bör tolkas så att innehavare av exklusiva rättigheter enligt unionens upphovsrättsliga bestämmelser hindras från att tillåta utnyttjande av deras verk eller andra alster **kostnadsfritt**, även genom icke-exklusiva gratislicenser för alla användare.

# Rätt till tvistlösning?

- **Ogiltighet** gäller även för avtalsvillkor som inskränker upphovsmannens rätt **att begära alternativ tvistlösning** i en tvist om rätt till ytterligare skälig ersättning, eller om rätt till information enligt 29 a eller 29 b §.
- Avtal om att hindra upphovsmannen från att **påkalla** alternativ tvistlösning är således ogiltigt v g rätt till information och ytterligare skälig ersättning. Men innebär **inte** att tvistlösningsförfarande kan påtvingas motpart.

# Svårigheter med värdering enligt 29 §

- Hänsyn måste alltid tas till alla omständigheter i det särskilda fallet
- Bransch, typ av prestation, upphovspersons bidrag till helheten, förutsebarhet v g tekniska utvecklingslinjer, investeringar och kommersiellt risktagande etc.
- Öppnar möjligen för tvistlösningsmekanismer, frivilliga eller enligt Medlingslagen, och upparbetande av standarder?