

Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt
SOU 2022:23 En oavvislig ersättningsrätt?

Stockholm, 15 november 2022

Remissyttrande

En oavvislig ersättningsrätt? (SOU 2022:23)

Epidemic Sound har tagit del av betänkandet “En oavvislig ersättningsrätt?” (SOU 2022:23) (“Betänkandet”) från Utredningen om vissa ersättningsfrågor på upphovsrättsområdet (“Utredningen”) och avger härmed följande yttrande. Vi har valt att kommentera vissa delar av Betänkandet och har lagt våra kommentarer under de kapitel och underrubriker som används i Betänkandet.

Epidemic Sound har dessutom vid tidigare tillfällen framfört skäl för att en oavvislig ersättningsrätt inte bör införas i Sverige. Utöver våra kommentarer nedan på Betänkandet hänvisar vi till våra tidigare inlagor till Justitiedepartementet i relation till denna fråga.

Sammanfattning

Det finns inte tillräckliga skäl att införa en s.k. oavvislig ersättningsrätt

Epidemic Sound instämmer med Utredningens slutsats att det inte finns tillräckliga skäl att införa en oavvislig ersättningsrätt. Vi instämmer med de skäl som Utredningen lyfter fram, i synnerhet att rätten inte kan anses vara ägnad att åstadkomma det resultat som eftersträvas, dvs att i större utsträckning tillförsäkra upphovsmän och utövande konstnärer en ersättning som är skälig när verk och framföranden tillhandahålls på begäran, samt att det finns tydliga risker för negativa konsekvenser med att införa en sådan rätt.

Andra åtgärder

Epidemic Sound instämmer med Utredningens förslag kring en regel, som ska gälla i den utsträckning något annat inte har avtalats och inte gälla filmverk, som innebär att när utövande konstnärer överlåter rätt att överföra ett framförande till allmänheten eller att framföra det offentligt ska överlåtelsen bara gälla för en tid av tre år och inte medföra någon ensamrätt.

Epidemic Sound instämmer med Utredningens bedömning att det inte finns tillräckliga skäl att komplettera den rätt till ytterligare ersättning som tas in i upphovsrättslagen i och med genomförandet av ersättningskapitlet i DSM-direktivet, så att rättighetshavaren kan kräva den ytterligare ersättningen av någon annan än sin avtalspart.

Alternativ tvistlösning

Epidemic Sound instämmer med Utredningens förslag att Patent- och registreringsverket ges i uppdrag att tillhandahålla en förteckning över personer som har förklarat sig villiga att medla i den aktuella typen av tvister samt tillhandahålla information om medling som tvistlösningssform i tvister av det slaget.

7 Upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning

7.3 Villkor som har att göra med de avtal som förekommer

Avtal på musikområdet

I relation till beskrivningen av avtal på musikområdet, samt i relation till avsnittet *Avtal på det audiovisuella området*, kan tilläggas att Epidemic Sounds ersättningsmodell till upphovsmän och utövande konstnärer består, för varje enskild låt, av en kombination av en fast, garanterad ersättning samt rörlig ersättning/royalty. Även studiomusiker är berättigade till både fast och rörlig ersättning.

8 En oavvislig ersättningsrätt

8.4 Överväganden om en s.k. oavvislig ersättningsrätt

Övergripande kommentar från Epidemic Sound

Att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt till skälig ersättning är centralt för upphovsrätten och en förutsättning för fortsatt skapande. Under svensk rätt har både upphovsmän och utövande konstnärer en ensamrätt när det kommer till tillhandahållanden på begäran och därtill finns regler som på olika sätt syftar till att skydda skapare mot mindre väl genomtänkta överlåtelse. Inom en snar framtid genomförs dessutom DSM-direktivet i svensk rätt, innehållande ett paket av regler i det sk ersättningskapitlet som syftar till att stärka skapare som avtalsparter och tillförsäkra dem skälig ersättning. Epidemic Sound anser att befintliga svenska regler samt de som kommer vid genomförandet av DSM-direktivet ger goda förutsättningar för att tillförsäkra skapare skälig ersättning och komma tillrätta med eventuella

problem detta avseende. Vi anser inte att tvingande kollektiv förvaltning har en plats i modern upphovsrätt.

Innebörden av en s.k. oavvislig ersättningsrätt

Som framgår av Betänkandet föreligger ett stort antal oklarheter, av grundläggande karaktär, kring en oavvislig ersättningsrätt. Oaktat närmare utformning av en sådan rätt gör sig dock flera problem gällande, *bland annat* avsaknaden av koppling till avtalsförhållanden och samtliga relevanta faktorer kopplade till bedömningen av skälig ersättning, att den diskuterade rätten inte leder till en skälig ersättning i och för sig och inte säkerställer balansen i rättighetshavarnas avtalsrelationer. Vi instämmer med Utredningens sammanfattande bedömning att en oavvislig ersättningsrätt riskerar medföra att senare förvärvare blir skyldiga att erlagga ytterligare ersättning oaktat att denne redan har betalat en skälig ersättning för sin användning, att vissa upphovsmän och utövande konstnärer inte får rätt till en ersättning som sammantaget är skälig medan andra möjligen kan kräva ytterligare betalt trots att de redan har blivit ersatta med ett skäligt belopp. En sådan ordning kan inte motiveras enligt Epidemic Sounds mening.

Behovet av en oavvislig ersättningsrätt

Vi delar Utredningens bedömning att det inte finns ett påtagligt och utbrett generellt behov av regler om en oavvislig ersättningsrätt för att säkerställa att upphovsmän och utövande konstnärer får en skälig ersättning när deras verk och framföranden tillhandahålls på begäran.

Som konstateras har både upphovsmän och utövande konstnärer redan en ensamrätt under svensk rätt när det kommer till tillhandahållande av verk på begäran. Därutöver finns regler som på olika sätt syftar till att skydda upphovsmän och utövande konstnärer mot mindre väl genomtänkta överlåtelse och otydligt formulerade villkor.

Inom kort kommer dessutom svensk rätt att kompletteras med regler som genomför ersättningskapitlet i DSM-direktivet. I upphovsrättslagen tas in en tvingande bestämmelse där av vilken det framgår att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt till skälig ersättning när de överlåter sina ensamrättigheter till någon som avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet (29 § första stycket i Ds 2021:30). Vidare införs en bestämmelse som innebär att rättighetshavaren har rätt till ytterligare skälig ersättning, om den avtalade ersättningen visar sig vara oproportionerligt låg i förhållande till förvärvarens intäkter från utnyttjandet av den förvärvade rätten (29 § andra stycket i Ds 2021:30). I relation till skapares rätt till skälig ersättning kommer det också att regleras i vilka situationer engångsersättningar kan användas (se skäl 75 i DSM-direktivet samt författningskommentaren till 29 § i Ds 2021:30).

Utöver reglerna om skälig ersättning (art 18) och avtalsanpassningsmekanismen (art 20) innehåller ersättningskapitlet regler om transparens (art 19), alternativt tvistlösningsförfarande (art 21) och en rätt till hävning (art 22). Tillsammans utgör de ett paket av regler som enligt vår mening är väl avvägt för att tillförsäkra skapare skälig ersättning. Vi anser inte att det vid sidan av de de regler som svensk rätt redan innehåller och kommer att innehålla i och med

genomförandet av DSM direktivet, behövs ytterligare regler av annat slag för att tillförsäkra upphovsmän och utövande konstnärer skälig ersättning.

Nyttan av en oavvislig ersättningsrätt

Den ytterligare betalningsskyldigheten som en oavvislig ersättningsrätt skulle innebära, skulle med högsta sannolikhet leda till att leverantörer av streamingtjänster betalar lägre ersättningar vid sina förvärv från musikbolag, bokförlag och producenter av rörlig bild – eller rentav avstår från förvärv där de kommer få krav på ytterligare betalning för samma innehåll. Konsekvensen blir att musikbolag, bokförlag och producenter får mindre betalt. Lägre intäkter för musikbolag, bokförlag och producenter skulle innebära lägre ersättningar till upphovsmän och utövande konstnärer. En oavvislig ersättningsrätt skulle således leda till en försämring av upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning när de överlåter sina rättigheter. Det skulle också leda till försämrade konkurrenskraft.

Som Utredningen konstaterar kvarstår betydande tvivel kring nyttan av en oavvislig ersättningsrätt och Utredningen lyfter ett stort antal relevanta faktorer som bör beaktas. Bland annat är det av vikt att framhålla att kollektiv förvaltning inte med säkerhet leder till vare sig högre intäkter eller en jämnare intäktsfördelning. Att införa oavvislig ersättningsrätt som endast kan inkasseras av kollektiva förvaltningsorganisationer skulle som ovan nämns leda till att andra ersättningar sänks eftersom en annan ersättning istället tvingas utgå till organisationerna. Det skulle dessutom leda till ökade administrationskostnader som ska dras av från ersättningen till skaparna.

Epidemic Sound instämmer med Utredningen i att en oavvislig ersättningsrätt, oavsett regleringens närmare utformning, inte kan antas leda till en generell förbättring av upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få en skälig ersättning när deras verk och prestationer tillhandahålls på begäran. Det finns samtidigt tydliga risker för negativa effekter av en ersättningsrätt av detta slag. Vi instämmer med Utredningens slutsats att en oavvislig ersättningsrätt inte kan anses vara ägnad att åstadkomma det resultat som man vill uppnå.

Andra aspekter

Ett flertal andra aspekter bör belysas i relation till en oavvislig ersättningsrätt. Bland annat måste beaktas att användarens möjligheter att förutse de ekonomiska konsekvenserna av att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material på begäran skulle försvåras. Leverantörer av streamingtjänster skulle kunna bli mindre intresserade att tillhandahålla visst material på grund av osäkerhet kring kostnader. Även andra parter på marknaden skulle kunna bli mindre intresserade av, samt kunna ha mindre möjligheter, att investera i vissa produktioner eller aktörer.

Vidare bör framhållas att en oavvislig ersättningsrätt som ska vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning innebär ett ingrepp och inskränkning i den enskilde rättighetshavarens

möjligheter att förvalta rätten på det sätt som rättighetshavaren själv vill. Den upphovsrättsliga regleringens utgångspunkt är att individuella avtal ger parterna störst möjlighet att påverka villkoren och utforma avtalen utifrån båda parternas önskemål. De enskilda rättighetshavarnas möjligheter att fritt bestämma villkoren för överlåtelsen skulle hämmas av den diskuterade rättens förekomst.

Det är av stor vikt att rättighetshavare själva har rätt att besluta vem som skall förvalta deras rättigheter – om de vill göra detta individuellt eller överlåta förvaltningen av alla eller vissa delar till en kollektiv förvaltningsorganisation eller en annan enhet. Att det finns möjlighet att frivilligt förvalta sina rättigheter genom kollektiv förvaltning och ge en sådan organisation mandat att förvalta rättigheter är naturligtvis av stor vikt. Samtidigt är det av stor vikt att kollektiv förvaltning av en skapares rättigheter är just *frivilligt* och en *möjlighet* för de som vill förvalta sina rättigheter genom en organisation. Det ska inte vara ett *tvång*. Skapare bör *stärkas* i sina valmöjligheter, inte *begränsas*.

Tvingande kollektiv förvaltning är ett allvarligt ingrepp i avtalsfriheten. Det skulle dessutom vara motstridigt i relation till artikel 18 i DSM-direktivet som uttryckligen anger att medlemsstaterna ska beakta principen om avtalsfrihet och en skälig avvägning av rättigheter och intressen. En så ingripande begränsning av avtalsfriheten har traditionellt ansetts främmande i svensk kontext (utom i ett fåtal avgränsade fall) och bör göra det än i dag.

Svensk rätt har istället värnat om val- och avtalsfriheten bl.a. genom avtalslicenser inom upphovsrätten som möjliggör för användare att få licenser från en part samtidigt som det finns möjlighet till undantagande av verk från avtalslicensen och den kollektiva förvaltningen. Samma principer återfinns i artikel 12 i DSM-direktivet. Dessa viktiga principer och modeller på upphovsrättens område bör vi fortsätta värna om i Sverige.

Inte heller beträffande uthyrningsrätten valde man att införa obligatorisk kollektiv förvaltning. I propositionen anges att *“I svensk upphovsrätt har det av tradition lämnats öppet för rättighetshavarna att själva bestämma hur de vill förvalta sina rättigheter, om det skall ske individuellt eller om det skall ske genom någon form av kollektiv förvaltning.”*¹ Det anges vidare att *“Det är självklart att det allmänt sett måste finnas mycket goda skäl för att frånta någon dennes rätt att på egen hand kräva in sin ersättning.”*² Några sådana skäl kan inte anses föreligga här.

Vidare bör framhållas att idén om en oavvislig ersättningsrätt som endast kan förvaltas av en kollektiv förvaltningsorganisation valdes bort under framtagandet av DSM-direktivet.

Att genom lag reglera om en oavvislig ersättningsrätt som endast kan förvaltas av en kollektiv förvaltningsorganisation skulle skapa ett monopol för de organisationer som ges rätt att förvalta en sådan rättighet. Monopol hämmar inte bara skapares alternativ utan eliminerar dessutom

¹ Prop. 1996/97:129, s. 15

² Prop. 1996/97:129, s. 15

incitament - både hos den organisation som har monopol och andra aktörer - att innovera, förädla och förbättra element kopplade till ersättningarna. Detta riskerar i sin tur att få negativa konsekvenser för såväl kreatörer som för branschen som helhet. Att ladstadga om monopol bör inte ske utan att det finns tungt vägande skäl därtill, samt inga andra möjliga lösningar. Så är inte fallet här.

Sammantagen bedömning

Vi instämmer med Utredningens sammantagna bedömning att en oavvislig ersättningsrätt är svår att förena med förmögenhetsrättsliga grundtankar, att den diskuterade rätten kan medföra att vissa rättighetshavare överkompenseras samtidigt som andra förblir ersatta med för låga belopp, att rätten inte kan antas leda till en generell förbättring av upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få en skälig ersättning när deras prestationer tillhandahålls på begäran, att det finns tydliga risker för att förutsättningarna för många påverkas i negativ riktning samt att det svårt att motivera en ordning som innebär att man lagstiftningsvägen fråntar upphovsmän och utövande konstnärer möjligheten att själva förfoga över rätten att tillhandahålla verk och framföranden på begäran. Vi instämmer i slutsatsen att det inte finns tillräckliga skäl att införa en oavvislig ersättningsrätt.

9. Andra åtgärder

9.2 Frågor med koppling till DSM-direktivet

Obligationsrättsliga bestämmelser medför en rimlig förstärkning

Epidemic Sound anser att befintliga svenska regler och de som kommer vid genomförandet av DSM-direktivet ger goda förutsättningar för att tillförsäkra skapare skälig ersättning.

Kollektiva avtal är ett effektivt sätt att reglera ersättningsvillkoren

Att det finns möjlighet att frivilligt förvalta sina rättigheter genom kollektiv förvaltning eller administrera rättigheter under andra gemensamt förhandlade avtal, och att skapare är medvetna om dessa alternativ, är av stor vikt. Som påpekats ovan ska kollektiv förvaltning dock vara en *möjlighet* och inte ett *tvång*. Skapare bör *stärkas* i sina valmöjligheter och inte *begränsas*.

En rätt att kräva ytterligare ersättning av tredje man bör inte införas

Epidemic Sound instämmer med Utredningens kommentarer och bedömning i denna del. Den diskuterade rättigheten är i många avseenden lik en oavvislig ersättningsrätt och många av de grundläggande oklarheterna beträffande en oavvislig ersättningsrätt föreligger även beträffande en rätt kan kräva ytterligare ersättning av tredje man. Dessutom gör sig de negativa konsekvenserna med en oavvislig ersättningsrätt gällande även här. Tredje män skulle betala

lägre ersättningar vid förvärv från musikbolag, bokförlag och producenter, eller rent av helt avstå från förvärv där de riskerar att få krav på ytterligare betalning för samma innehåll. Detta skulle leda till lägre intäkter för musikbolag, bokförlag och producenter och i förlängningen lägre ersättningar till upphovsmän och utövande konstnärer. Det skulle också leda till försämrade konkurrenskraft.

Vi anser inte att det bör införas en ordning där tredje man får bära den typ av risk och ansvar som den diskuterade rätten skulle innebära för ersättningar utanför ett avtalsförhållande. Epidemic Sound delar Utredningens kommentarer och den slutgiltiga bedömning att det inte bör införas en rätt att kräva ytterligare ersättning av någon annan än rättighetshavarens avtalspart. Bestämmelser, liksom de regler som genomför artikel 18 och 20 i svensk rätt, som knyter an till de konkreta avtalsrelationer har goda förutsättningarna för att kunna leda till en ordning som gynnar rättighetshavare i enskilda fall samtidigt som man på ett generellt plan skapar goda möjligheter för en fungerande avtalsmarknad.

9.3 Överlåtelsens längd och förvärvarens ensamrätt

Epidemic Sound instämmer med förslaget att göra bestämmelserna om överlåtelsens längd och förvärvarens ensamrätt tillämpliga även i förhållande till utövande konstnärer, dvs att en överlåtelse som en utövande konstnär gör bör gälla för en tid av tre år och inte medföra ensamrätt, när överlåtelsen avser rätten att överföra ett framförande till allmänheten eller att framföra det offentligt såvida inte parterna avtalar om något annat. Liksom i förhållande till upphovsmän bör bestämmelserna inte gälla filmverk.

10. Alternativ tvistlösning

10.8 En medlarförteckning och information om medling

Epidemic Sound delar uppfattningen att extsietande tvistelösningsmöjligheter är tillräckliga. Vi instämmer med förslaget att Patent- och registreringsverket ska tillhandahålla en förteckning över personer som har förklarat sig villiga att medla i tvister om tillämpning av de bestämmelser som genomför ersättningskapitlet i DSM-direktivet i svensk rätt samt att verket ska tillhandahålla information om medling som tvistlösningsform i sådana tvister.

Vänliga hälsningar,

Caroline Ekström, VP Global Licensing & Regulatory Affairs