



2022-11-16



Justitiedepartementet
Diarienummer: Ju2022/02173
ju.remissvar@regeringskansliet.se
Kopia
ju.L3@regeringskansliet.se

Yttrande över En oavvislig ersättningsrätt? (SOU 2022:20)

Detta yttrande avges av Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation (SAMI), Svenska Musikerförbundet och Sveriges Yrkesmusikersförbund.

Inledning

Sveriges musikindustri är i världsklass. Vi är världens tredje största exportör av musik och är i många avseenden en förebild med internationellt kända musiker och artister, tekniska lösningar som Spotify och världskända låtskrivare.

Digitaliseringen och nya globala affärsmodeller har kraftigt förändrat villkoren för landets musiker och artister. Möjligheterna att nå ut med musik har blivit bättre, men möjligheten att få rimlig ersättning har samtidigt försämrats. Sverige borde vara ett föregångsland även när det gäller musikers och artisters möjligheter att försörja sig på sitt yrke.

Men Sverige är ingen förebild när det kommer till att säkerställa att musiker och artister får lämpliga och proportionerliga ersättningar när deras prestationer streamas¹, t.ex. genom Spotify och TikTok. Musikbranschen är en gravt dysfunktionell marknad där de underordnade musikerna och artisterna, och deras företag, knappt får ta del av intäkterna som deras prestationer genererar. Sverige ska vara stolt över vår musikexport men bör skämmas över att vi inte i tillräcklig utsträckning skyddar och värnar om de aktörer som framför musiken.

Den negativa spiralen med allt skevare villkor i musikbranschen måste motverkas. För att säkerställa att musiker och artister får lämpliga och proportionerliga ersättningar måste en oavvislig ersättningsrätt införas. En sådan rätt skulle innebära en garanterad minimiersättning vid streaming som inte kan förhandlas bort.

Om en oavvislig ersättningsrätt införs i Sverige skulle fler musiker och artister kunna försörja sig på sin musik och svensk musikkultur skulle få större möjlighet att bära sig själv ekonomiskt. Inom EU finns en växande trend att introducera ersättningsrättigheter i olika

¹ I detta yttrande kommer för enkelhetens skull begreppet streaming användas för de situationer när prestationer överförs till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till prestationen från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer, även så kallad "streaming on demand".

sammanhang, inklusive streaming och UGC² på musik- och audiovisuella området³. Ersättningsrättigheter, i en eller annan form, kan ses i Belgien, Kroatien, Tyskland, Ungern, Italien, Nederländerna, Polen, Slovakien, Slovenien och Spanien. I Spanien har en oavvislig ersättningsrätt för streaming funnits i mer än ett decennium och musikbranschen fortsätter att frodas. Det som är särskilt intressant är att Spanien vid genomförandet av upphovsrättsdirektivet⁴ valde att utvidga denna rätt till att omfatta även UGC. Det talar för sig själv att modellen fungerar när det land med mest erfarenhet väljer att utöka tillämpningsområdet för ersättningsrätten.

Sverige bör som ledande musiknation inte halka efter utan vara med och leda utvecklingen. Införandet av en oavvislig ersättningsrätt, eller likvärdig mekanism, är också skillnaden mellan att uppfylla kraven i upphovsrättsdirektivet och säkerställa lämplig och proportionerlig ersättning, och att inte göra det.⁵

Behovet av verkningsfulla åtgärder har aldrig varit större för landets musiker och artister. Utredningen om vissa ersättningsfrågor på upphovsrättsområdet, och dess betänkande, kan därför inte ses som något annat än ett svek mot svenska musiker och en havererad utredning. Frågan hur kulturskapare ska få lämplig och proportionerlig ersättning för sina verk och prestationer förtjänar en utredning som är lyhörd för alla relevanta aktörers intressen och som baserar sina slutsatser på empiriskt underlag i stället för spekulationer.

Det är både angeläget och brådskande att behovet utreds, inte minst mot bakgrund av hur extremt omvälvande ny teknik och nya affärsmodeller har varit för branschen. Den stora maktobalans som nu råder måste hanteras genom en moderniserad upphovsrätt som även värnar utövarnas ersättningsmöjligheter på ett tillräckligt sätt. Vi menar att en oavvislig ersättningsrätt måste införas för att säkerställa att musiker och artister får lämpliga och proportionerliga ersättningar. Denna slutsats är inte baserad på spekulationer, den är baserad på praktisk erfarenhet och på respekterad forskning.

² UGC står för "user generated content", dvs. användargenererat innehåll, som förekommer på exempelvis TikTok och Youtube.

³ T.ex. film och tv-produktioner.

⁴ 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. Härfter kommer endast benämningen upphovsrättsdirektivet att användas.

⁵ Se artikel 18 i upphovsrättsdirektivet där det föreskrivs bl.a. följande: "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."

INNEHÅLL

DEL 1 - EN OAVVISLIG ERSÄTTNINGSRÄTT	4
Lösningen på de allvarliga systemfelen är en oavvislig ersättningsrätt	4
Behovet av åtgärder är uppenbart och akut	8
En oavvislig ersättningsrätt är förenlig med svensk upphovsrätt och unionsrätten	10
Ensamrätten kan inte ensam lösa problemen	12
Utredningen går de starka aktörernas ärenden	13
Obligationsrättsliga bestämmelser är otillräckliga	17
Allvarliga brister i utredningens hantering och redogörelse av faktaunderlag	18
En ny utredning måste tillsättas	20
Denna utredning har inte fullgjort sitt uppdrag	20
DEL 2 – FÖRSLAGET OM UTVIDGNING AV 30 §	22
Utövande konstnärers rättigheter är lika skyddsvärda som upphovsmännens	22
DEL 3 - ALTERNATIV TVISTELÖSNING	23
Det måste införas ett billigare och enklare sätt att få tvister prövade	23
Utredningens övertro på medling kan vara skadlig för kulturskaparna	24
En alternativ tvistelösning som utredningen inte beaktat	24

DEL 1 - EN OAVVISLIG ERSÄTTNINGSRÄTT

Lösningen på de allvarliga systemfelen är en oavvislig ersättningsrätt

Den digitala utvecklingen har gjort det svårare för kulturskapare inom alla konstformer att få betalt för sina verk och prestationer. Musikbranschen har kommit allra längst i digitaliseringen och 91 %⁶ av musikköpet sker genom streamingtjänster. Musik genererar mer intäkter än någonsin men musikerna och artisterna, och deras företag⁷, får en allt mindre del av totalintäkterna. Den rimligaste lösningen på de allvarliga systemfelen i musikbranschen är en oavvislig ersättningsrätt, dvs. en garanterad minimiersättning vid streaming som inte kan förhandlas bort.⁸

Utredningen anser att det saknas skäl att införa en oavvislig ersättningsrätt för musiker och artister när musik streamas. Utredningen avfärdar behovet på helt teoretiska grunder, utan att göra egen empirisk undersökning. Detta förfarande anser vi vara gravt otillräckligt. Enligt utredningen kan en oavvislig ersättningsrätt inte åstadkomma att musiker och artister får en ersättning som är skälig och utredningen ser tydliga risker att många skulle drabbas negativt. Utredningen presenterar inte underlag för en sådan slutsats. Det ligger nära till hands att tro att det mesta är baserat på rena spekulationer. Utredningens slutsatser står även i strid med akademiska studier som har publicerats på området.

Akademiska källor som förordar en oavvislig ersättningsrätt

1. The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration of ART.18 Digital Single Market Directive: Some Thoughts for Its National Implementation, Raquel Xalabarder⁹

Det framgår till exempel av denna artikel från professor Raquel Xalabarder att en oavvislig ersättningsrätt har visat sig vara den mest effektiva mekanismen för att säkerställa lämplig och proportionerlig ersättning:

“Statutory residual remuneration rights, granted by law as unwaivable (and inalienable) rights to receive remuneration subject to collective management (mandatorily, if necessary) and paid by users/licensees remain the best

⁶ Se <https://www.ifpi.se/app/uploads/2022/03/Ifpi-Sverige-statistik-2021.pdf>

⁷ De flesta musiker och artister är egenföretagare som en följd av att musikbolag och arrangörer inte tar på sig rollen som arbetsgivare.

⁸ I huvudsak bör en bestämmelse om en oavvislig ersättningsrätt bestå av följande komponenter:

Om en utövande konstnär överlåter sin rätt att göra upptagning av sitt framförande tillgängligt genom överföring till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till ljudupptagningen från en plats och en tidpunkt som de själva väljer, har den utövande konstnären rätt till ersättning av den som tillgängliggör upptagningen.

Avtalsvillkor som inskränker konstnärens rätt till ersättning är ogiltigt.

Endast en organisation som företräder ett flertal ersättningsberättigade utövande konstnärer på området får kräva in ersättningen. Vid fördelningen ska konstnärer som inte företräds av organisationen vara likställda med konstnärer som organisationen företräder. En användare som är skyldig att betala ersättning för användningen ska lämna den information som organisationen behöver för att inkassera, fördela och betala ut ersättningen till rättighetshavarna.

⁹ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3684375

mechanism to secure effective fair remuneration for Authors and Performers, especially in the audiovisual and music sectors.”¹⁰

2. Study On The Artists In The Digital Music Marketplace: Economic And Legal Considerations, Christian L. Castle, Esq. and Prof. Claudio Feijóo¹¹

Även i denna studie utförd på uppdrag av WIPO konstateras att de politiska målen och principerna för en rättvis ersättning bäst uppfylls av en oavvislig ersättningsrätt:

“A fairer remuneration

What remains is that performers transfer value to streaming services beyond that which is compensated by market centric royalty payments. It seems that the policy goals and principles of equitable remuneration are best fulfilled by a streaming remuneration in the nature of a communication to the public royalty that is outside of any recording agreement, is not waivable by the performer and it is collected and distributed by performers’ CMOs.”¹²

3. UK Parliamentary Digital, Culture, Media and Sport Committee, “Economics of music streaming, Second Report”¹³

Den brittiska parlamentariska kommittén DCMS rekommenderar införandet av en oavvislig ersättningsrätt för musiker och artister:

“The right to equitable remuneration is a simple yet effective solution to the problems caused by poor remuneration from music streaming. It is a right that is already established within UK law and has been applied to streaming elsewhere in the world. A clear solution would therefore be to apply the right to equitable remuneration to the making available right in a similar way to the rental right. As such, an additive ‘digital music remuneration’ payment would be made to performers through their collecting societies when their music is streamed or downloaded. This digital music remuneration would address the issues of long-term sustainability for professional performers and the cannibalisation of other forms of music consumption where equitable remuneration applies, whilst also retaining the benefits of direct licensing.”¹⁴

4. “Streams & Dreams: A Fair Music Economy For All”, IAO¹⁵

I IAO:s rapport Streams & Dreams, författad av musikbranschforskaren Daniel Johansson, rekommenderas också införandet av en oavvislig ersättningsrätt:

“An ER right, regulated in the copyright law, is probably necessary as a long term solution for creating guaranteed and fair revenues from streaming platforms to artists, in the same way as it is for songwriters. This right should not inflict upon the separate deals being made between those actors investing in the production,

¹⁰ Se s. 1. I artikeln används benämningen ”Unwaivable (and inalienable) statutory residual remuneration rights” i stället för ”unavailable remuneration right”, dvs. oavvislig ersättningsrätt.

¹¹ https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_41/sccr_41_3.pdf

¹² Se s. 49–50. Det författarna beskriver är det som brukar benämnas oavvislig ersättningsrätt. Även “equitable remuneration right” eller förkortat “ER right” eller ”right to equitable remuneration” används för att beskriva samma modell, dvs. en oavvislig ersättningsrätt.

¹³ <https://committees.parliament.uk/publications/6739/documents/72525/default/>

¹⁴ Se s. 43, p. 76.

¹⁵ https://www.iaomusic.org/wp-content/uploads/2022/09/STREAMS-AND-DREAMS_PART-1.pdf

*Recording and marketing of music, mainly record labels, but should function as a direct flow of revenues to artists based on actual usage and direct reporting to CMOs.*¹⁶

5. Creating Statutory Remuneration Rights in Copyright law: What Policy Options Under the International Legal Framework? Christophe Geiger and Oleksandr Bulayenko¹⁷

Detta är ännu en studie som förordar införandet av en oavvislig ersättningsrätt:

*“the grant of remuneration rights coexisting with exclusive rights covering the same uses is a legislative tool of distributive justice, provided by a few international and regional instruments, as well as by the national law of some countries.”*¹⁸

*“To put it simply, the impossibility to waive and/or transfer of remuneration rights ensures a revenue stream to authors and performers in spite of the common industry practice of buy-out contracts. EU copyright law seems to be developing in the direction of rendering the remuneration rights per se unwaivable and non-transferable. For remuneration rights to serve their purpose, it seems that the unwaivable and inalienable character should be their necessary characteristic.”*¹⁹

6. 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 Market²⁰

Skrivelsen är undertecknad av ett större antal respekterade akademiker i Europa:

“Member States are also free to use non-contractual mechanisms to implement the principle of a fair remuneration. One such mechanism that Member States are free to maintain or introduce in their laws could consist in an unwaivable right of remuneration that authors or performers cannot transfer (except upon death or for administrative purposes to a CMO) and that could be managed and collected by CMOs”

*“It could also be an efficient mode of remuneration of performers. By applying such a solution, Member States separate the licensing of exclusive rights between economic operators, enabling them to engage in exploitation of creative content, and the remuneration of authors and performers, whose efficiency might be enhanced if properly managed by CMOs.”*²¹

¹⁶ Se s. 28.

¹⁷ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3927331

¹⁸ Se s. 32 f.

¹⁹ Se s. 58.

²⁰ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3695935

²¹ Se s. 16.

7. Study on Performers' Rights, AEPO-ARTIS²²

En av de viktigaste rekommendationerna i Aepeo-Artis²³ studie är införandet av en oavvislig ersättningsrätt. Den förklarar varför detta är nödvändigt:

“Where performers are granted a remuneration right subject to compulsory collective management, they are guaranteed to receive a reasonable financial benefit. Conversely, where they have been granted an exclusive right, such an outcome is highly uncertain.

The imbalanced commercial negotiating power between performers and producers has led to contractual practices that are one-sided, unfair and outdated. In the music sector, the lack of a remuneration right for online exploitation makes it impossible for many musicians to make a living from their profession as the market shifts towards a digital music market. Producers are able to maximise their profits, while minimising their risks...”²⁴

Stöd för en oavvislig ersättningsrätt i andra medlemsstater

Det har även nyligen införts en oavvislig ersättningsrätt för bl.a. musiker och artister i Belgien och delvis även i Tyskland.

De experter och rådgivare som arbetat tillsammans med dessa regeringar har alltså inte heller delat den svenska utredningens slutsatser.²⁵

I de tyska förarbetena konstaterar den tyska regeringen att de upphovsrättsliga bestämmelserna inte automatiskt kan garantera att kulturskapare får en rättvis del av de exploaterande bolagens intäkter och att en oavvislig ersättningsrätt är lösningen på problemet:

“Especially in the case of complex digital exploitations, the copyright contract law (§§ 32 ff. UrhG-E) cannot automatically guarantee that the creative people receive a fair share of the income that the exploiting companies achieve as derivative right holders with the licensing. This is particularly the case when the creatives receive a flat fee, so fair participation in every exploitation is not guaranteed. The right to direct payment according to § 4 Paragraph 3 UrhDaG-E provides a remedy here: It guarantees a participation of the creative people in the income of the service providers, which in practice can be realized through contracts between collecting societies and the service providers.”²⁶

²² https://www.aepo-artis.org/wp-content/uploads/2022/11/AEPO-ARTIS_Performers_Rights_Study_2022_digital.pdf

²³ AEPO-ARTIS (Association of European Performers Organisations), består av 37 utövarorganisationer från 27 olika europeiska länder. Sammantaget representerar AEPO-ARTIS's medlemsorganisationer omkring 650 000 utövare verksamma på musik- och AV-området, läs mer på www.aepo-artis.org

²⁴ Se s. 73.

²⁵ Vi har haft direktkontakt bl.a. med rådgivare till den belgiska regeringen.

²⁶ Se de tyska förarbetena, s. 157

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=5

När den belgiska lagstiftningen introducerades anförde dess regering följande:

“The addition of remuneration rights for online exploitations was made at the request of the artists. It empowers them to effectively receive a remuneration and during the upcoming Belgian EU presidency in 2024, we want to make an effort to generalise this system in the EU.”²⁷

Behovet av åtgärder är uppenbart och akut

De offentliga utredningar och rapporter i Sverige och internationellt som unisont pekar på ett starkt behov av åtgärder synes inte ha beaktats av denna utredning. Utredningen har även avfärdat den samlade erfarenheten hos musikorganisationerna på utöversidan, både på nationell och europeisk nivå. I stället för att beakta befintligt underlag och den erfarenhet som finns har denna utredning, utan att göra förnyade undersökningar, baserat sina slutsatser på resonemang om hur marknaden utopiskt skulle kunna fungera.

Den Konstnärspolitiska utredningen slog i april 2018 fast att den digitala utvecklingen gjort det svårare för kulturskapare inom alla konstformer att ta betalt för sina verk och prestationer. Detta gäller i synnerhet för musiker. Dess slutsats bekräftas även vad som anges i Konstnärsnämndens digitaliseringsrapport från maj 2021 som överhuvudtaget inte nämns i betänkandet.²⁸ Inte heller nämner utredningen slutsatserna i rapporten från UK DCMS committee.²⁹ DCMS-rapporten utgör en mycket grundlig undersökning av musikindustrin och bygger på vittnesmål från över 200 intressenter som representerar alla kategorier av rättighetsinnehavare, inklusive musikbolag, artister, upphovspersoner och streamingplattformar. Där framträder bilden av en dysfunktionell marknad och som lösning på problemen med låga eller uteblivna ersättningar för streaming föreslås en oavvislig ersättningsrätt. Denna utredning prioriterar, till skillnad från den brittiska rapporten, konsekvent spekulativ teori framför empiri.

Att den samlade erfarenheten hos musikorganisationerna på utöversidan, både på nationell och europeisk nivå, har ignorerats av utredningen är anmärkningsvärt. Det finns få aktörer, om någon, som har en sådan god kännedom och insyn i vilka avtalsvillkor och ersättningsnivåer som generellt sett tillämpas i Sverige som fackförbunden. Svenska Musikerförbundet och Sveriges Yrkesmusikerförbund erbjuder sina medlemmar avtalsgranskning och granskar årligen ca 500–1000 individuella avtal mellan utövande musiker och artister å ena sidan och musikbolag/förlag/licenstagare och arbetsgivare å andra sidan. Fackförbunden har också det historiska perspektivet eftersom vi kunnat följa digitaliseringens negativa påverkan på ersättningarna. Samtidigt som andra aktörer högre upp i kedjan tjänar enorma pengar är det i dag allt svårare att försörja sig som musiker och artist i Sverige och de låga ersättningarna tvingar bort många från yrket.³⁰

²⁷ Se <https://completemusicupdate.com/article/belgium-introduces-er-right-on-streams/>

²⁸ I rapporten anges bl.a. att det krävs ny lagstiftning när den primära avtalsmarknaden inte fungerar och att den kollektiva förvaltningen i vissa fall bör göras tvingande och icke överlåtbar.

²⁹ Se länk i fotnot 13 ovan.

³⁰ Se bl.a. Musikcentrum Riks undersökning under hösten 2020 som visar att var tredje musiker var på väg att lämna yrket under pandemin (https://www.mcv.se/wp-content/uploads/2020/11/PM_200827_Var-tredje-musiker.pdf). Se även nedan om att utredningen inte ens undersökt vilka värden som prestationerna genererar hos förvärvaren eller i senare led, dvs. hos streamingtjänsterna.

Det växande behovet av åtgärder är inte heller en nationell fråga utan något som förenar musiker och artister över hela Europa. Sverige ligger visserligen långt fram i digitaliseringen, och har en stor musikindustri, men behovet finns i många andra länder. På grund av behovet av åtgärder har lösningar som en oavvislig ersättningsrätt också börjat introduceras i andra länder, på musikområdet, men framför allt på det audiovisuella området. Sverige bör som ledande musiknation inte halka efter utan vara med och leda utvecklingen.

Det fanns egentligen endast två sätt för utredningen att ta sig an frågan om behovet av åtgärder. Antingen utgå från befintligt underlag, eller fördjupa analysen genom egna undersökningar. I stället valde utredningen en tredje variant: att avfärda befintliga utredningar som pekar på behoven och basera sina slutsatser utan underlag.

Utredningen saknar underlag för sina uttalanden om behovet av en oavvislig ersättningsrätt. Det framgår uttryckligen av betänkandet att utredningen ”*har inte underlag för att närmare bedöma*” hur vanligt det är att musiker och artister får en ersättning som inte är rimlig eller visar sig orimligt låg.³¹ Det framgår även av betänkandet att utredningen inte anser sig ha ett uppdrag att ”*kartlägga förhållandena*”, utan tänker endast ”*närma sig de villkor som gäller*”.³² Det framgår vidare att utredningen anser att uppdraget endast är att ”*utifrån mera allmänna utgångspunkter*” bedöma lämpligheten av olika åtgärder med beaktande av vad som ”*kan antas om behovet*” och nyttan av dessa och andra intressen.³³ Så genom att ”*närma sig*” de villkor som påverkar musikernas och artisternas ersättningar, och utan att kartlägga förhållandena på området eller beakta befintligt underlag utan i stället utgå från vad som ”*kan antas*”, har utredningen konstaterat att behovet inte är tillräckligt.³⁴

Utredningen har inte heller ens undersökt vilka värden som prestationerna genererar hos förvärvaren eller i senare led, dvs. hos streamingtjänsterna. Till exempel kan det nämnas att musikbolagen, dvs. masterägarna, gjorde sitt bästa år någonsin globalt år 2021.³⁵ Under det året gjorde de stora s.k. majorbolagen vinster på mer än ca 38 miljarder kr.³⁶ Även i Sverige

³¹ Se betänkandet, s. 154 där det anges följande: ”*Utredningen har inte underlag för att närmare bedöma hur vanligt det är att upphovsmän och utövande konstnärer överlåter rätten att tillhandahålla verk och framföranden på begäran mot en ersättning som inte är rimlig eller visar sig vara orimligt låg.*” (vår understrykning)

³² Se betänkandet, s. 90, där det anges följande: ”*Mot den bakgrunden får frågan närmast anses gälla förutsättningarna för att de i sådana fall ska kunna få en ersättning som – mera allmänt sett – kan anses vara skälig. Den handlar om att här närma sig de villkor som gäller för upphovsmän och utövande konstnärer i dessa avseenden. Direktiven omfattar inte ett uppdrag att kartlägga förhållandena på det angivna området. I uppdraget ingår alltså inte att göra några självständiga empiriska studier av villkoren när upphovsmän och utövande konstnärer överlåter rätten att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material på begäran.*” (vår understrykning)

³³ Se betänkandet, s. 23, där det anges följande: ”*Direktiven omfattar inte ett uppdrag att kartlägga förhållandena på det angivna området. I uppdraget ingår alltså inte att göra några självständiga empiriska studier av villkoren när upphovsmän och utövande konstnärer överlåter rätten att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material på begäran. Det handlar i stället om att utifrån mera allmänna utgångspunkter bedöma lämpligheten av olika åtgärder med beaktande av vad som kan antas om behovet och nyttan av dessa och andra intressen.*” (vår understrykning)

³⁴ Se t.ex. s. 152 i betänkandet under rubriken ”*Behovet av en oavvislig ersättningsrätt*”.

³⁵ Se bl.a. artikel ”*2021 Bästa året någonsin globalt*” i Musikindustrin (<http://www.musikindustrin.se/2022/03/22/2021-basta-aret-nagonsin-globalt/>) och den öppna versionen av IFPI Global Music Report som publicerades den 22 mars 2022 (<https://www.ifpi.org/ifpi-global-music-report-global-recorded-music-revenues-grew-18-5-in-2021/>).

³⁶ Se bl.a. artikel i Musikindustrin (<http://www.musikindustrin.se/2022/03/24/spotify-slapper-uppdaterad-loud-clear/>) där det anges följande: ”*Under 2021 var utbetalningarna större än musikindustrins totala årliga intäkter*

har intäkterna för streamad musik fortsatt att öka kraftigt under samma period.³⁷ De ekonomiska framgångarna har däremot inte nått musikerna som under samma period har haft svårt att försörja sig och behövt söka sig till andra yrken.³⁸ Hur utredningen menar att den ska avgöra om musiker och artister blir ersatta för streaming och i vilken utsträckning ersättningen i sådant fall är lämplig och proportionerlig, eller om åtgärder behövs för att garantera dem sådan ersättning, utan att förstå hur intäktsfördelningen och intäktsströmmarna ser ut är oklart.

En oavvislig ersättningsrätt är förenlig med svensk upphovsrätt och unionsrätten

Det råder inga tveksamheter om att en oavvislig ersättningsrätt är förenlig med svensk upphovsrätt, unionsrätten och internationell rätt. Det framgår även av den nu aktuella utredningen att det inte finns några hinder mot att införa en oavvislig ersättningsrätt i Sverige. Sedan är det en annan sak att utredarens personliga uppfattning är att den befintliga ordningen av olika skäl bör behållas. Problemet med utredarens resonemang är att lagstiftning ska användas för att lösa identifierade problem och kan inte användas som motargument när det inte finns några rättsliga hinder.

Utredningen påstår att en oavvislig ersättningsrätt är ”främmande för det svenska immaterialrättsliga systemet” och ”svår att förena med allmänna förmögenhetsrättsliga tankegångar”. Dessa påståenden är svårsmälta och dåligt underbyggda. Det som är kännetecknande för utredningen är att det genomsyras av en teoretisk och föråldrad syn på upphovsrätten. En utredning som inte utgår från en upphovsrättslig kontext, utan fäster avgörande vikt vid allmänna förmögenhetsrättsliga principer, leder också lätt fel. Den historiska utvecklingen på området visar också att upphovsrätten utgör ett dynamiskt regelverk som måste anpassas efter den tekniska- och ekonomiska utvecklingen.³⁹

Det är inget ”främmande” att införa en oavvislig ersättningsrätt kopplad till en ensamrätt och att låta den som ansvarar för den upphovsrättsligt relevanta handlingen, dvs. streamingplattformen, betala ersättning för det sekundära (tillkommande) nyttjandet.

under åren 2009 till 2016. De stora majorbolagen gjorde vinster på mer än 4 miljarder dollar (≈ 38 miljarder kronor) under 2021, huvudsakligen drivet av deras intäkter från strömmande musik och Spotify.”

³⁷ Intäkterna för streamad musik har totalt ökat med 12 procent från år 2020 till år 2021. Se IFPI Sveriges rapport Musikförsäljning för år 2021 (<https://www.ifpi.se/app/uploads/2022/03/Ifpi-Sverige-statistik-2021.pdf>).

³⁸ Se fotnot 25 ovan.

³⁹ När lagstiftaren i mitten av 1980-talet insåg konsekvenserna av det utökade nyttjandet av inspelningar i samband med vidaresändningar infördes lagändringar. I början av 1990-talet uppmärksammades vilket stort ekonomiskt värde videouthyrning hade och ett EU-direktiv antogs för att utövande konstnärer skulle kunna ta del av den ekonomiska utvecklingen. Under 1990-talet infördes två nya ersättningsrätter, följerätten och privatkopieringsersättningen, för att komma till rätta med problem som hade identifierats. I samband med att skyddstiden för ljudupptagningar förlängdes från 50 år till 70 år, infördes år 2013 en rätt till tilläggsersättning för utövande konstnärer som överlätit sina rättigheter i utbyte mot en engångsersättning, i syfte att säkerställa en rimlig fördelning av den intäktsökning som förlängningen av skyddstiden medförde. I början av 2000-talet påbörjades åtgärder för att anpassa upphovsrätten till den nya ekonomiska verklighet som internet medförde, och år 2019 antogs upphovsrättsdirektivet enligt vilket det slås fast att upphovsmän och utövare har rätt till en lämplig och proportionerlig ersättning vid överlåtelse och att det åligger medlemsstaterna att säkerställa att sådan ersättning utgår genom att använda ”olika mekanismer”. I t.ex. Belgien, Tyskland och Slovenien har en oavvislig ersättningsrätt ansetts utgå från en lämplig mekanism. I upphovsrättsdirektivet införs även en ny ersättningsrätt för upphovsmän vars verk används i digitala presspublikationer som saknar någon direkt motsvarighet i den svenska lagstiftningen. Enligt det svenska förslaget till genomförande ska detta ske genom inrättande av en ersättningsrätt som är föremål för kollektiv förvaltning (se prop. 2021/22:278, s. 87, 97–99).

Att aktörer som drar kommersiell nytta av en prestation också betalar ersättning för det är inte heller ”främmande”. Utredningen synes vara av uppfattningen att den som inte står i direkt avtalsrelation med utövarna inte bör besvärmas med att behöva beakta en kvarvarande ersättningsrätt. Detta skulle alltså gälla även i relation till världsledande internationella bolag vars affärsidé är att generera intäkter på deras prestationer. Det är viktigt att regleringen utformas på ett lämpligt sätt som ger dessa bolag förutsättningar att planera sin verksamhet. Men att tro att förekomsten av en oavvislig ersättningsrätt skulle ha en sådan negativ inverkan på streamingplattformarna som utredningen gör är spekulativt och orimligt. Lösningar av det här slaget har introducerats i andra länder, på musikområdet, men framför allt på det audiovisuella området, och kan alltså knappast påstås vara ett främmande fenomen för streamingtjänsterna.

Utredningen anser att det är en rimlig utgångspunkt att inte ”*närmast lagtekniska tillfälligheter som avgör vilken del av ensamrätten som ett förfogande ska hänföras till*”. Det utredningen inte synes ha förstått är att det är just lagtekniska tillfälligheter som styr och att det har en direkt påverkan på musikers och artisters möjligheter att få betalt för sina prestationer.⁴⁰ Om musik spelas i ett program i linjär (traditionell) TV eller linjär radio har musiker och artister rätt till ersättning enligt gällande rätt, men om TV eller radio sänds över internet påstås ofta situationen vara en annan.⁴¹ Vi lever numera i en digitaliserad värld. Varför musiker och artister inte ska ha samma rätt till ersättning ”online” som ”offline” är väldigt svårt förstå.

Utredningens metoder, och därmed dess slutsatser, ger tyvärr inte heller vägledning för hur den närmare rättsliga regleringen av en oavvislig ersättningsrätt ska utformas i Sverige. Det är även anmärkningsvärt att det förslag som drivits av organisationer som företräder musiker och artister knappt behandlats av utredningen, dvs. den modell⁴² som finns bl.a. i Spanien. Den spanska modellen beskrivs visserligen i slutet av utredningens text, dock helt utan reflektioner över, eller referenser till, vilken betydelse den haft för rättighetshavarna. Såsom utgörande ett exempel på hur den efterfrågade ersättningsrätten fungerar, borde Spanien borde ha varit utgångspunkten för utredningens arbete. Den modell⁴³ av en oavvislig ersättningsrätt som

⁴⁰ Utredningen berör överhuvudtaget inte det förhållande att inte alla tjänster som streamingleverantörerna erbjuder är att hänföra till överföring på begäran. Det finns flera tjänster på streamingplattformarna utan, eller med mycket begränsade, valmöjligheter för slutanvändaren.

⁴¹ Se 47 § upphovsrättslagen om utövares (och fonogramproducenters) rätt till ersättning för offentligt framförande och överföring till allmänheten av ljudupptagningar (utom i de fall då överföringen sker ”on-demand”, dvs. från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer). Gränsdragningen mellan överföring on-demand (överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till ljudupptagningen från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer) och linjär överföring har i praktiken suddats ut. Rådande branschpraxis innebär att streamingtjänsternas hela utbud licensieras som on-demand oberoende av om delar av tjänsten i själva verket lagtekniskt kvalificerar sig för ersättning enligt 47 § från streamingtjänsten. Vilka delar av tjänsterna som utgör överföring on-demand och inte har inte ännu varit föremål för rättslig prövning.

⁴² Den modellen, som behandlas på s. 148 i betänkandet, kan sammanfattas på följande sätt: Ersättningsrätten tillfaller de ursprungliga rättighetshavarna vars musik tillgängliggörs via streaming och ska bestämmas till en viss andel av användarens intäkter (dvs. streamingtjänsten som tillhandahåller verket/prestationen till slutanvändare/konsument). Ersättningsrätten ska vara föremål för kollektiv förvaltning och andelens storlek fastställs genom förhandling mellan användaren och den kollektiv förvaltningsorganisationen. Insamlad ersättning ska fördelas efter faktisk användning som redovisas till den kollektiva förvaltningsorganisationen.

⁴³ Den modellen, som behandlas på t.ex. s. 147 i betänkandet, kan sammanfattas på följande sätt: Ersättningsrätten tillfaller den ursprungliga rättighetshavaren och ersättningen ska bestämmas genom en skälighetsbedömning i det enskilda fallet vilket medför att det bland annat måste beaktas vilken ersättning den utövande konstnären fått vid överlåtelsen.

utredningen ägnar störst utrymme åt, och som synes ha avgörande för utredningens slutsatser, verkar inte existera någon annanstans och synes inte heller vara en modell som efterfrågats av rättighetshavarna. Det är därför ett väldigt udda val att ta sin utgångspunkt ur och basera sina slutsatser på.⁴⁴

Ensamrätten kan inte ensam lösa problemen

Utredningen tror att ensamrätten är svaret på de problem som ensamrätten inte klarat av att hantera. Anledningen till att utredningen tror att ensamrätten löser problemen är för att den utgår från att marknaden fungerar och vad lagstiftarens intentioner varit. Men när det råder väldigt stor obalans på avtalsmarknaden är det inte möjligt att dra slutsatser baserat på teoretiska marknadsförhållanden.

Argumentet att en stark ensamrätt är den bästa och enda lösningen för musiker och artister är något som ofta förs fram av de starka aktörer som vill fortsätta tjäna pengar på den befintliga ordningen. En ensamrätt är dock ingenting värd om den i praktiken alltid övergår på någon annan och det saknas möjligheter för de ursprungliga rättighetshavarna att förbehålla sig rätten. Att göra om samma sak om och om igen och förvänta sig ett annat resultat är inte rimligt. Ensamrätten är inte lösningen utan den har, med hänsyn till rådande branschpraxis, visat sig vara en del av problemet.

Utövande konstnärer tillerkändes en ensamrätt till streaming (on-demand) i samband med att WPPT⁴⁵ trädde i kraft. I Europa genomfördes WPPT genom Infosoc-direktivet⁴⁶. Om utredningens utgångspunkt var korrekt borde deras ställning och ersättningar gynnats av en utvidgning. Tyvärr har det visat sig att den inte fick de avsedda följderna. Det kan således konstateras att ensamrätten sett ur ett teoretiskt perspektiv respektive ur ett verklighetsanpassat perspektiv kommit att leda till olika resultat.

Det i och för sig vällovliga syftet med att förstärka utövarnas (och fonogramproducenternas) rättigheter avseende on-demand förfoganden var vid tiden för införandet det växande problemet med piratsajter på nätet, d.v.s. otillåten användning av skyddade verk och prestationer.⁴⁷ Marknaden för laglig streamad musik var ännu inte utvecklad och få kunde förutspå att online-marknaden inom ett par årtionden skulle utgöra i princip den enda marknaden för musik. Ensamrättens värde bestod främst i att bättre kunna angripa olaglig tillgång och därmed skydda en befintlig marknad. Utövarna överlät sin ensamrätt till producenten för att denne skulle inneha alla nödvändiga rättigheter för att effektivt bekämpa

⁴⁴ Det kan tilläggas att utredningen även laborerar med en annan modell, som behandlas på s. 147, som inte heller synes ha efterfrågats av rättighetshavarna utan som angetts som exempel på andra ersättningsmodeller (se Ds 2021:30 s. 111). Den modellen kan sammanfattas på följande sätt: Ersättningsrätten tillfaller inte den ursprungliga rättighetshavaren utan upphovsmän och utövande konstnärer som kollektiv och ska bestämmas till en viss andel av en användares omsättning och fördelas i enlighet med de kollektiva organisationers principer för inbördes fördelning.

⁴⁵ WIPO Performances and Phonogram Treaty 1996.

⁴⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

⁴⁷ Se AePo-Artis performers' study, update 2022 (https://www.aepo-artis.org/wp-content/uploads/2022/11/AEPO-ARTIS_Performers_Rights_Study_2022_digital.pdf), s. 34, där det anges följande: "With the creation of a legal marketplace still in the pipeline, the exclusive right was initially used to prohibit the use of protected content online, rather than authorise it. It was used to prevent 'pirated' copies from being 'made available' online. Sites like PirateBay were prosecuted for infringing this right. The exclusive right did not create any added value. Its only function was to protect existing, legal exploitation of protected content."

nätpirater. När tjänster för streaming (och nedladdning) av musik växte fram kunde musikbolagens fokus flytta från möjligheten att förbjuda användning till att licensiera användning. Vid den tidpunkten var det för de flesta musiker och artister omöjligt att hävda sin rätt att förbehålla sig ensamrätten och följaktligen också att hävda att den skulle förvaltas kollektivt genom SAMI, eftersom ensamrätten redan överlåtits. Det är också viktigt att påpeka att en oavvislig ersättningsrätt inte innebär att utövarnas ensamrätt blir svagare eller mindre värd. Utredningen påstår att en oavvislig ersättningsrätt skulle medföra att utövarna ”*fråntas sin rätt att på egen hand förfoga över sina individuella ensamrättigheter*”.⁴⁸ Men det är inte ett korrekt synsätt eftersom utövarens ensamrätt är oförändrad. En oavvislig ersättningsrätt kopplas visserligen till utövarens ensamrätt, men den ligger vid sidan av och påverkar inte ensamrätten i sig. Det innebär att en förvärvares förfoganderätt, d.v.s. möjlighet att råda över inspelningens exploatering gäller oförändrat.

Utredningens syn på ensamrättens funktion har även grundläggande brister eftersom den inte beaktat hur avtalsmarknaden och prissättningen fungerar. Utredningens analys bygger på att ersättningen i det första avtalsledet omfattar det värde som prestationen potentiellt kan generera i senare led. Det är dock inte så prissättningen fungerar vid en överlåtelse. Den första förvärvaren har inget intresse eller skyldighet att beakta vilket värde som en prestation potentiellt, och vid överlåtelse tidpunkten okänt, kan generera hos en förvärvare i senare led. Aktörer på en kommersiell marknad vill i stället betala en så låg ersättning som möjligt i syfte att generera vinst.

En engångsersättning kan därför aldrig förmå, och syftar inte heller till, att beakta de nyttjanden som sker i senare led, och kan därför som utgångspunkt inte betraktas som lämplig och *proportionerlig*. Detta gäller särskilt när musiker får en engångsersättning. En sådan ersättning utgör kompensation för utfört arbete och ersättningsbeloppet baseras normalt på nedlagd tid. Ersättningen kan inte omfatta det värde som prestationen potentiellt kan generera i senare led och syftar inte heller till att göra det.

Vid första anblicken kan musikbranschens betalmodell med royaltyersättning framstå som en lämplig ordning eftersom ersättning erläggs löpande och ofta beroende av i vilken utsträckning en inspelning används. Men samma problem finns även här eftersom artisternas royaltyersättning inte står i direkt relation till det värde som prestationen genererar hos streamingplattformen. Royaltyn beräknas alltså inte ”på källan” som det förenklat brukar uttryckas, dvs. på intäkterna från streamingplattformen. Utan royaltyn beräknas på artistens närmsta avtalsparts intäkter vilket, särskilt med hänsyn till de avtalsstrukturer som satts upp på senare tid, är en väldigt stor skillnad. Beräkningsunderlaget för royaltyn minskas även av diverse avdrag och reduktioner och reduceras ofta på ett icke transparent sätt (se nedan). Vid en närmare anblick kan man alltså konstatera att musikbranschens betalmodell med royaltyersättning inte alls fungerar på det sätt som utredningen föreställer sig.

Utredningen går de starka aktörernas ärenden

Ett argument som figurerar bland de som motsätter sig en oavvislig ersättningsrätt är att den skulle drabba andra grupper negativt. Detta argument härstammar ursprungligen från de starka aktörer som vill fortsätta tjäna pengar på den befintliga ordningen och det har inget med omsorg för andra grupper att göra. Det främsta problemet med argumentet är dock att det

⁴⁸ Se betänkandet, s. 160.

saknar stöd. Flertalet länder⁴⁹ har redan erfarenhet av en ersättningsrätt för streaming och hade införandet av sådana modeller haft de påstådda konsekvenserna hade underlag för dessa påståenden kunna presenteras.

Det är väldigt viktigt att den oro som finns för negativa konsekvenser för andra grupper tas på allvar. Det är dock långt ifrån tillräckligt att utgå från att negativa konsekvenser ska uppstå bara för att de som tjänar pengar på den befintliga ordningen säger att det skulle bli så. För att påståendena ska beaktas i någon större utsträckning måste de vara underbyggda, och det är de inte. Det låg även inom utredningens uppdrag att utreda denna typ av konsekvenser. Men utredningen tillförde inte någonting substantiellt utan det rör sig även fortsättningsvis om spekulationer.

Ett annat argument från de som motsätter sig en oavvislig ersättningsrätt är att den skulle påverka investeringsviljan. Även det argument flyter in okritiskt i utredningen, utan hänvisning till något underlag eller referens till exempelvis andra länder som infört en ersättningsrätt. Under utredningsarbetet påpekades det för utredningen att den i vart fall borde undersöka vilken typ av investeringar som görs och vad investeringskostnaden kan uppgå till på respektive konstnärsområde eftersom kostnaderna skiljer sig väldigt mycket mellan olika branscher. Investeringskostnaden för t.ex. filmproduktioner kan inte jämföras med en vanlig musikproduktion. För musikbranschen har investeringskostnaderna minskat väsentligt på senare tid.⁵⁰ Påpekandet föranledde dessvärre inga åtgärder från utredningens sida som i stället drar långtgående slutsatser baserat på förvärvarnas potentiella investeringar. Det bör även tilläggas att det underlag som finns beträffande investeringskostnader synes också tala i motsatt riktning. Den spanska musikproducentorganisationen fortsätter rapportera en stor ökning av intäkter.⁵¹ I Spanien, som har en oavvislig ersättningsrätt även för skådespelare, har Netflix placerat sin europeiska produktions hub.⁵² Det är även anmärkningsvärt att utredningen inte tagit i beaktande de investeringar som görs av musiker och artister, och deras företag, och/eller resonerat om det rimliga i att dessa blir ersatta. Som exempel kan nämnas egna investeringar i instrument, inspelningsutrustning, repetitionslokaler, bakgrunds-/gästmusiker, och inte minst tid. Det är cyniskt att tro att musikerna och artisterna är mindre ekonomiskt känsliga, och kommer fortsätta göra musik trots att de inte får rimligt betalt, än aktörer högre upp i hierarkin.

En grupp som utredningen inte synes anse skulle gynnas av en oavvislig ersättningsrätt, utan snarare påverkas negativt av den, är artisterna. Utredningen verkar inte anse att artisternas situation är problematiskt eftersom royaltyavtalen medför att de har rätt till en ersättning som ”i viss utsträckning” står i samband med den faktiska användningen. Vid första anblicken kan,

⁴⁹ Belgien (musik och audiovisuella produktioner), Kroatien (musik), Tyskland (UGC), Ungern (musik), Italien (audiovisuella produktioner), Nederländerna (audiovisuella produktioner), Polen (audiovisuella produktioner), Slovakien (UGC), Slovenien (audiovisuella produktioner) och Spanien (musik och audiovisuella produktioner).

⁵⁰ Musikbolagens risktagande har kraftigt minskat vid övergången från fysisk försäljning till streamingtjänster. Bland annat har musikbolagens kostnader för framställan av fysiska exemplar och lagring/distribution i princip har försvunnit. Därutöver har den tekniska utvecklingen bidragit till att det är billigare att producera musik idag, vilket reducerat musikbolagens risker och investeringar ytterligare. Idag kan musikbolagen genom olika tekniska lösningar på ett helt annat sätt se vilka artister som kommer nå användarna. Tiden med kostsamma och långsiktiga investeringar i unga okända talanger är sedan länge långt förbi.

⁵¹ Deras globala intäkter ökade med 15,17% från 2020 till 2021, och för streaming ökade intäkterna med 17,66%, se <https://www.promusicae.es/download-informes/mercado-de-la-musica-grabada-en-espana-2021-n240/>

⁵² Se <https://about.netflix.com/en/news/producing-for-the-world-netflix-launches-its-first-european-production-hub-in-madrid>

som framgått ovan, musikbranschens betalmodell med royaltyersättning framstå som en lämplig ordning. Men verkligheten är också för de allra flesta artister nedslående.

IAO:s studie bekräftade även vad som varit känt sedan tidigare, dvs. att även artisterna är djupt missnöjda med dagens ersättningsnivåer. Nio av tio artister är missnöjda med sina ersättningar från streaming och endast 8,5 % ansåg att en oavvislig ersättningsrätt inte var viktig. IAO:s studie kommer att utökas till fler länder och större underlag och det kommer vara en viktig studie att följa.

När utredningen tittar på artisternas möjlighet att få ersättning (avsnitt 7.3) utgår den från en royaltysats om 20 procent och att inga avdrag eller reduktioner sker. Det räkneexemplet är möjligtvis relevant för ett ytterst fåtal nya artister, om ens det. För alla andra artister är den situationen en utopi. Det är anmärkningsvärt att utredningen inte heller berör situationen med de äldre artistavtalen som ingicks innan streaming existerade. Utan den anger endast att *”det lär inte vara ovanligt att royaltysatsen numera uppgår till omkring 20 procent men variationen är mycket stor”* (vår understrykning). Royaltysatser om 20 % existerade inte för ett antal år sedan, vilket gör att den siffran blir väldigt missvisande för majoriteten av inspelningarna som existerar på streamingplattformarna. Innan streamingen låg en normal royalty på ca 10 % men ofta lägre.

Utredningen synes inte heller förstå att det inte endast är royaltysatsen storlek som avgör vilken ersättning som artisten får. Det noteras i betänkandet att det finns skillnader i fråga om vilka intäkter som ingår i royaltybasen och vilka eventuella avdrag som musikbolagen får göra. Men vilka effekter sådana avdrag och reduktioner har på ersättningarna verkar utredningen inte förstå eller i vart fall inte ta hänsyn till. Trots uttryckliga protester har utredningen ansett det relevant att ange att en miljon lyssningar skulle ge en artist rätt till 8 000 kronor. Det exemplet ger en missvisande och grovt förenklad bild.

I en fotnot framgår det att utredningen tagit fasta vid att det förekommer *”skilda uppfattningar om förekomsten i Sverige av vissa närmare villkor och arrangemang”*.⁵³ Att parter med direkt motstridiga intressen har skilda uppfattningar innebär dock inte att utredningen kan bortse från att sådana ”villkor” och ”arrangemang” faktiskt existerar. Svenska Musikerförbundet och Sveriges Yrkesmusikerförbund granskar, som framgått ovan, årligen ca 500–1000 individuella avtal mellan utövande musiker och artister å ena sidan och musikbolag/förlag/licenstagare och arbetsgivare å andra sidan. Det finns få aktörer, om någon, som har en sådan god kännedom och insyn i vilka avtalsvillkor och ersättningar som generellt sett tillämpas i den svenska musikbranschen som fackförbunden. Fackförbunden får även löpande se olika typer av artistavtal från stora och små aktörer och har det historiska perspektivet. Vi kan bekräfta att vad som ingår i beräkningsunderlaget för royaltyn och vilka avdrag som görs i övrigt har väldigt stor betydelse för vilken ersättning som artisten får i slutändan.⁵⁴ De mest

⁵³ Se fotnot 3 på s. 71 i utredningen.

⁵⁴ Musikbolagen drar bland annat av ersättningar och kostnader som tillkommer tredje part. T.ex. kan avdrag göras för kostnader eller ersättning till musikbolagets dotter/systerbolag eller samarbetspartner när intäkter genereras i andra länder. Hos majorbolagen kan sådana avdrag reducera beräkningsunderlaget för royaltyn med ca 50 procent. I dag träffar ett få artister avtal med de s.k. majorbolagen utan de allra flesta erbjuds i stället avtal med majorbolagens s.k. underetiketter. I sådana situationer reduceras royaltyersättningen i två led. Det förekommer att endast ca 35 procent av intäkterna går till underetiketten vid ett sådant upplägg. För de artister som har avtal med s.k. indiebolag, som i sin tur anlitar de större musikbolagen för distribution, kommer royaltyersättningen också att reduceras i två led. Vilken ersättning som artisten får av intäkter som går via ett

problematiska reduktionerna är de som artisterna sällan ser och där ett avdrag kan åstadkomma att artistens ersättning reduceras med 50 %.

Att en oavvislig ersättningsrätt skulle vara till nackdel för musiker och artister motsägs av den samlade erfarenheten hos organisationer som representerar musiker och artister och som arbetar med att tillvarata deras intressen på såväl nationell som EU-nivå. Utövarnas egna organisationer i hela EU driver frågan om nödvändigheten av en oavvislig ersättningsrätt för musiker och artister. Mot den bakgrunden är utredningens lakoniska slutsats som antyder att de har fel minst sagt häpnadsväckande.

Även i detta avseende borde erfarenheterna från Spanien beaktas. Spanien har haft en oavvislig ersättningsrätt i över 15 år och den har onekligen gynnat musiker och artister. Den kollektiva förvaltningsorganisationen som representerar musiker och artister i Spanien, AIE, har anfört följande till UK DCMS committee:⁵⁵

“In our experience, the Spanish approach, i.e. to apply equitable remuneration to music streaming, contributes considerably to the sustainability of the careers of Spanish artists.”

“The system is helping to rebalance the distribution of value between all stakeholders in the industry without interfering on the position of digital platforms and producers; the combination of the negotiation power granted to collective management organizations, on behalf of all performers who are not able to negotiate directly with the platforms, and the un-waivable equitable remuneration collected for every digital use of their fixed performances is a successful one, to support performers in their careers in the future in the highly changing digital environment.”

Vad gäller ersättningen till låtskrivarna ska en oavvislig ersättningsrätt för musiker och artister inte påverka dem. Det ligger i alla musikskapares intresse att ersättningarna blir högre så att det är möjligt att försörja sig på musik. Det är också viktigt att inte dra en skarp linje mellan de olika grupperna på det sätt som utredningen gör. Det är inte ovanligt att samma person är både låtskrivare och musiker, vilket utredningen inte alls synes beakta.

Om man, som utredningen, *hypotetiskt* sett och i motsats till vad utövarnas egna organisationer hävdar, gör gällande att de negativa effekterna av införande av en oavvislig ersättningsrätt överstiger fördelarna, bör rimligtvis slutsatsen föregås av en ordentlig kartläggning av förhållandena på området, inklusive en redogörelse för hur ersättningsnivåerna ser ut och på vilket sätt de antas påverkat prissättning och/eller fördelning mellan berörda rättighetshavarkategorier. Det är inte möjligt att göra den bedömningen utan att ha kartlagt förhållandena på området.

annat musikbolag är således inte möjligt att avgöra utan det beror på vilka avdrag som görs. Det förekommer även avdrag för bl.a. royaltyersättning till studionproducenter och andra medverkande från artistens ersättning. Slutligen kommer även royaltyersättningen delas mellan samtliga artister om flera ingått samma artistavtal, dvs. utgör medlemmar i ett musikband. Det kan även tilläggas att musikbolaget även gör avdrag för arbetsgivaravgifter, sociala avgifter och andra avdrag och skatter om artisten eller artisterna inte har enskild firma eller eget bolag. Även avdrag för produktionskostnader förekommer.

⁵⁵ <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/15300/pdf/>

Avslutningsvis kan tilläggas att den modell för oavvislig ersättningsrätt som införs givetvis måste vara utformad på bästa sätt för att reducera potentiella negativa effekter. Men inte heller i frågan om hur det ska åstadkommas på bästa sätt ger denna utredning någon vägledning.

Obligationsrättsliga bestämmelser är otillräckliga

Enligt utredningen utgör införandet av en obligationsrättslig bestämmelse, om att utövande konstnärer har rätt till skälig ersättning, en tillräcklig förstärkning.⁵⁶ Den slutsatsen är både dåligt underbyggd och felaktig.

Först och främst finns anledning att understryka att upphovsrättsdirektivets artikel 18 innebär en *skyldighet* för medlemsstaterna att säkerställa att upphovsmän och utövande konstnärer får lämplig och proportionerlig ersättning när de överlåter eller licenserar sina rättigheter. Det finns också anledning att påminna om att artikel 18 omfattar alla typer av on-demand förfoganden, således också förfoganden som sker på UGC-plattformar som t.ex. TikTok.

Medlemsstaterna får använda *olika* ”mekanismer” för att genomföra artikel 18 och den mekanism som har visat sig mest effektiv såvitt avser musikers och artisters rätt till ersättning är införandet av en oavvislig ersättningsrätt kopplad till ensamrätten. Ett införande som innebär att artikel 18 genomförs enligt sin ordalydelse (eller nära sin ordalydelse) är i sig inte tillräckligt. Att införa en tvingande obligationsrättslig bestämmelse om att musiker och artister har rätt till skälig ersättning är ingen ”mekanism” som säkerställer att musiker och artister får lämplig och proportionerlig ersättning.

Det finns även underlag som visar att denna typ av obligationsrättsliga bestämmelser har en väldigt begränsad betydelse för ersättningarna. I en rapport som tagits fram på uppdrag av EU-kommissionen anför det att allmänna obligationsrättsliga bestämmelser ”*play a very limited role*” vid förhandlingar och fastställandet av ersättningsnivåer.⁵⁷ Även professor Raquel Xalabarder anför att obligationsrättsliga bestämmelser ”*have a very limited impact on improving remuneration of Authors and Performers, at large*”.⁵⁸

Att en obligationsrättslig bestämmelse, motsvarande den som nu föreslås i Sverige, redan införts i Norge framgår av betänkandet. Men utredningen har inte ens undersökt om införandet utgjort någon förstärkning. Norge utgör nämligen inget undantag. Organisationen som representerar artister i Norge, GramArt, har konstaterat att ”*the absence of examples, or documentation that any changes have occurred, is probably evidence enough*” för bestämmelsens bristande effekt.⁵⁹

⁵⁶ Se s. 164–166 i betänkandet under rubriken ”*Obligationsrättsliga bestämmelser medför en rimlig förstärkning*” där det bl.a. framgår att utredningen anser att obligationsrättsliga bestämmelser utgör ”*en åtgärd som i rimlig utsträckning kan antas komma till rätta med de redovisade problemen*”.

⁵⁷ Se Remuneration of Authors and Performers for the Use of their Works and the Fixations of their Performances (Study prepared for the European Commission, DG Communications Networks, Content & Technology), s. 4, där det anges följande: ”*the general provisions of contract law play a very limited role in granting support to authors and performers in the negotiation of exploitation agreements and the determination of the level of remuneration. General contract law may affect the way a contract is interpreted or executed, but in general it does not influence the outcome of the negotiation on the transfer of rights or on the remuneration to be paid.*”

⁵⁸ Se referens ovan (fotnot 9).

⁵⁹ Se Streams & Dreams, s. 27 där följande anges: ”*the absence of examples, or documentation that any changes have occurred, is probably evidence enough*”.

Det har också gjorts en studie i Nederländerna som konstaterar att sådana bestämmelser inte får avsedd effekt:⁶⁰

“One of the most striking provisions is Article 25c of the Copyright Act, which provides for a ‘right to a contractually stipulated fair remuneration for the grant of exploitation rights’. The study shows that this right is scarcely exercised in practice. Since most authors, out of fear of loss of contracts or blacklisting, do not dare to invoke or enforce their right to fair remuneration against exploiters, case law has scarcely developed. Nor has there yet been any evidence of a clear positive effect on exploitation income. New contracts and certain new forms of exploitation, including subscription models, appear to show an increase rather than a decrease in flat-rate (lump sum) remunerations as opposed to royalties or separate fees for re-use.”

Det finns också exempel från den svenska lagstiftningen som visar att bestämmelser riktade mot närmast avtalspart inte får önskad effekt. Det svenska genomförandet av ersättningsrätten vid uthyrning fick inte någon praktisk betydelse främst av det skälet att rätten till ersättning är riktad mot producenten och inte senare led.⁶¹

Det största problemet med obligationsrättsliga bestämmelser är att de inte syftar till att ta hänsyn till värden som kan uppstå i senare led. Den första förvärvaren har, som framgått ovan, inget intresse eller skyldighet att beakta vilket värde som en prestation potentiellt kan generera hos en förvärvare i senare led.

Problemet med sådana bestämmelser är vidare att de kräver att den enskilde musikern eller artisten som inte anser sig ha fått en lämplig och proportionerlig ersättning behöver vidta rättsliga åtgärder. Att de allra flesta saknar ekonomiska förutsättningar att hävda sina rättigheter verkar utredningen anse saknar relevans. Inte heller har utredningen beaktat att många av dem inte heller hävdar sina rättigheter av rädsla att bli svartlistade. De är rädda för att de inte kommer få framtida uppdrag om de t.ex. ställer krav på ersättning.⁶² Förvärvarna behöver därför inte vara oroliga för att särskilt många börjar kräva sin rätt till lämplig och proportionerlig ersättning.

Allvarliga brister i utredningens hantering och redogörelse av faktaunderlag

Ett av de allvarligaste felen i utredningen är att slutsatserna saknar stöd i underlaget eller baserar sig på ett bristfälligt material. Det är anmärkningsvärt att en utredning som givits det aktuella uppdraget, dvs. utreda möjligheterna för kulturskapare att få en lämplig och proportionerlig ersättning för streaming och ta ställning om det finns behov att vidta åtgärder, baserar sina slutsatser på obefintligt och undermåligt underlag. Utredningens hantering och redogörelse av faktaunderlag är också, menar vi, under all kritik.

Av kommittéhandboken framgår att det är en förutsättning för hög kvalitet på utredningsresultatet är att utredningens faktaunderlag, verklighetsbeskrivning och analys är så bra att de

⁶⁰ IVIR report on “Evaluation of the Dutch Copyright Contract Act”, by Professor Bernt Hugenholtz et al.

⁶¹ Se Bernitz m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens (2020), s. 129, se även AEPO-ARTIS rapport Performer’s Rights in International and European Legislation: Situation and Elements for Improvement (2018), s. 133.

⁶² Se IVIR report som refereras till ovan.

i stort sett accepteras av alla intressenter oberoende av politisk ideologi och övriga grundläggande värderingar. Med hänsyn till den massiva kritik som framförallt riktats mot utredningens beskrivning av marknaden från organisationer som företräder kulturskapare kan det konstateras att utredningen kraftigt misslyckats i detta avseende. Kritiken grundar sig bl.a. i att utredningen bortsett från det kunskapsunderlag som finns och i stället baserat sina slutsatser på *”fluffiga filosofiska och teoretiska resonemang om marknadens funktion med svag eller ingen förankring i kulturskaparnas situation.”*⁶³

Det påtalas även i kommittéhandboken att verklighetsbeskrivningar inte får – i varje fall inte till någon större del – bygga på intryck vars värde och relevans inte kan kontrolleras. Det påtalas vidare att det är bättre att klart redovisa värderingar än att låtsas att man böjer sig för ovedersägliga fakta.⁶⁴ Utredningen har under sitt arbete vid upprepade tillfällen fått frågor om vad den baserar vissa uttalanden och slutsatser på för underlag och dess motvilja att vara transparent är anmärkningsvärd.⁶⁵ Det har också påpekats att det är svårt att skilja fakta, verklighetsbeskrivning och problembeskrivning från utredningens egna synpunkter och resonemang. Trots detta har inga ändringar gjorts och det är inte möjligt att utläsa vad utredningen baserar flera av sina slutsatser på för underlag.

Det framgår även av kommittéhandboken att det är viktigt att man använder vedertagna metoder när data samlas in och bearbetas och när resultat redovisas. Det påpekas särskilt att detta *”innebär t.ex. att statistiska urvalsmetoder skall vara korrekta”*. I betänkandet gör utredningen en statistisk jämförelse som är irrelevant och dessutom bristfällig och det har vid upprepade tillfällen påtalats att den måste utgå.⁶⁶ Det är inte nog med att utredningen vägrar låta den utgå, utan utredningen väljer i stället att dra den felaktiga och långtgående slutsatsen att jämförelsen *”talar för att en kollektiv förvaltning inte säkert leder till vare sig högre intäkter eller en jämnare intäktfördelning”*.⁶⁷

Underlag som talar emot utredningens slutsatser redovisas, som redan framgått ovan, inte heller på ett transparent sätt. Ett intressant exempel är när utredningen indirekt påstår att den spanska lösningen medför en *”inte obetydlig risk för att ersättningsrätten blir närmast*

⁶³ Se fotnot ovan.

⁶⁴ Se Kommittéhandboken (Ds 2000:1), s. 90.

⁶⁵ Se t.ex. kapitel 7 där utredningen bland annat redogör för *”allmänna betraktelser”*. Det finns inget behov för *”allmänna betraktelser”* i denna utredning, utan underlag ska redovisas. Alternativt att det tydligt framgår att det är utredarens egna värderingar och spekulationer som redogörs för. Se t.ex. s. 91 där följande anges:

”Redogörelsen innefattar även vissa mera allmänna betraktelser. Betraktelserna gäller det sätt på vilket intäkter i allmänhet genereras när upphovsrättsligt skyddat material används i streamingtjänster (avsnitt 7.5) och vissa ekonomiska aspekter som har betydelse när man bedömer villkoren för upphovsmäns och utövande konstnärers överlåtelse av rätten att tillhandahålla deras prestationer på begäran (avsnitt 7.7 och 7.8).”

⁶⁶ I utredningen jämför utredaren uppgifterna från ett enkätsvar angående streamingintäkter från 403 personer med vilka utbetalningar som SAMI i genomsnitt ska ha gjort åren 2018–2019 för drygt 40 000 anslutna för bl.a. offentligt framförande. För det första är det irrelevant att jämföra ersättningar för helt olika förfoganden. För det andra har utredningen fått utförlig information som visar att de som svarat på enkäten inte är representativa för den grupp som utredningen jämfört dem med, att siffrorna om antalet SAMI-anslutna som fått utbetalningar åren 2018–2019 inte stämmer och att det finns en stor felkälla att beakta eftersom de som svarat på enkäten ofta har svårt att skilja på vilken ersättning de t.ex. fått för streaming som artist, vad de fått från SAMI och vad de fått från Stim i egenskap av låtskrivare. T.ex. har endast 39,7 procent av de som fyllt i enkäten svarat att de inte får någon ersättning alls för streaming. Den siffran är inte representativ för drygt 40 000 SAMI-anslutna och enkätens resultat kan då inte heller jämföras med den gruppen. Det finns helt enkelt inte drygt 24 000 royaltyartister i Sverige (dvs. 60 % av drygt 40 000 anslutna).

⁶⁷ Se betänkandet, s. 157.

illusorisk”.⁶⁸ Spanien har haft samma reglering sedan genomförandet av infosoc-direktivet, den är inte ”illusorisk” på något sätt. Det är även ett underkännande av det svenska justitie-departementet att utgå från att departementet inte kommer lyckas att införa ett system som fungerar och är verkningsfullt.

En ny utredning måste tillsättas

Nivån på denna utredning är under all kritik. Denna havererade utredning får inte, som flertalet kulturorganisationer redan understrukit, bli det sista ordet i frågan om hur kulturskapare ska ersättas och kunna ta tillvara sina rättigheter i den digitaliserade värld som är allas vår vardag. Utan det ”*vore ett stort svek mot svensk kultur*”.⁶⁹ Frågan måste därför ses över igen på nytt och behandlas med den seriositet som den kräver.

När en ny utredning tillsätts måste det säkerställas att utredningen har tillräckliga resurser och en bred kompetens som sträcker sig över flera olika discipliner. En utredning som ska se över kulturskapares ersättningar bör inte bestå av en ensamutredare.

Den nya utredningen måste även förstå sitt uppdrag och ansvar för utredningens bedrivande. Det är utredningen som ansvarar för att inhämta relevant underlag och att den baserar sina slutsatser på tillförlitligt underlag. Intresseorganisationerna på konstnärssidan har inte resurser att driva utredningar och har inte heller i uppdrag att göra det.

Denna utredning har inte fullgjort sitt uppdrag

Med hänsyn till resultatet är det i efterhand inte möjligt att konstatera annat än att den tidigare regeringens kommittédirektiv varit otydligt utformade. Det ursäktar ändå inte de avsteg som utredningen har gjort från kommittédirektiven.

Det finns ett visst utrymme för en utredning att avgränsa och definiera sitt uppdrag. Det handlingsutrymme innebär dock inte att utredningen kan ändra förutsättningarna för uppdraget. De ändringar som denna utredning har gjort är av en sådan karaktär att det medför att syftet med utredningen blir förfelat.

Utredningen har inte, som framgått ovan, utrett behovet av en oavvislig ersättningsrätt. Enligt utredningen har den inte i uppdrag att ”*kartlägga förhållandena*” på området utan det är tillräckligt att den ”*närmar sig*” de villkor som gäller och baserar sina slutsatser på vad som kan ”*antas om behovet*” och ”*utifrån mera allmänna utgångspunkter*” bedömer lämpligheten av olika åtgärder trots att den ”*inte har underlag för att närmare bedöma*” om det t.ex. förekommer orimligt låga ersättningar.⁷⁰ Problemet för utredningen är dock att utredningen ”ska” ta ställning till om det finns ”behov” av en oavvislig ersättningsrätt. Det är inte möjligt att ta ställning till ett behov utan att utreda om det finns ett behov.

⁶⁸ Se betänkandet, s. 156, där det anges följande: ”*Om den ska bestämmas i förhandlingar mellan kollektiva förvaltningsorganisationer och användarna, måste det beaktas att organisationernas förhandlingsposition kan antas bli svag. [...] Vid bedömningen ska beaktas att detta medför en inte obetydlig risk för att ersättningsrätten blir närmast illusorisk (oavsett om det som diskuteras är en individuell rätt eller en rätt tillkommer kollektivet). Och om någon överenskommelse inte träffas är det som sagt inte alldeles klart vilka omständigheter som ska läggas till grund för att bestämma ersättningen.*”

⁶⁹ Se artikeln Kulturskapare: ”Ersättningsutredningen är ett haveri, Gustafsdotter” i Altinget, publicerad 22 maj 2022 (<https://www.altinget.se/artikel/kulturskapare-ersattningsutredningen-ar-ett-haveri-gustafsdotter>).

⁷⁰ Se fotnot 31–33 ovan.

Utredningen har inte heller utrett möjligheten att få ”*lämplig och proportionerlig*” ersättning, utan i stället utrett förutsättningarna för kulturskapare att ”*få en ersättning som – mera allmänt sett – kan anses vara skälig*”.⁷¹ Det kan vid första anblicken framstå som samma sak, men det är det inte. Det faktum att utredningen, trots direkta påpekanden, beslutat att inte följa kommittédirektiven⁷² visar att inte heller utredningen anser att det är samma sak. I sådant fall hade skrivningen ovan inte funnits kvar. Problemet med utredningens omformulerade uppdrag är också att det är oklart vad utredningen överhuvudtaget tagit ställning till. Utifrån vilka kriterier har utredningen baserat sina ställningstaganden om vilka ersättningar som ”*mer allmänt sett*” kan anses vara skäliga? Är det utredarens egen subjektiva uppfattning om vad som mer allmänt sett kan vara skäligt att kulturskapare får för ersättning som undersökts? Eller vad är det utredningen har utrett?

Enligt kommittédirektiven ska utredningen även ta ställning till om det finns behov av andra åtgärder. Trots att andra förslag till åtgärder presenterats har de inte behandlats av utredningen.⁷³

Av kommittédirektiven framgår också att det ingår i uppdraget att analysera i vilken utsträckning behoven av åtgärder skiljer sig åt mellan olika branscher och kategorier av rättighetshavare. Musikkonsumtionen i Sverige är numera i princip helt digitaliserad, vilket gör att det är möjligt att se vilka konsekvenser som digitaliseringen haft för musiker och artister. Deras situation och behov av åtgärder skiljer sig väsentligt från branscher där digitaliseringen inte kommit särskilt långt och, i vissa fall, inte ännu inträffat. Även de villkor som respektive grupp arbetar under skiljer sig i stor utsträckning. Trots att situationen skiljer sig så mycket har utredningen i många avseenden felaktigt behandlat samtliga kulturskapare som en homogen grupp. I de allmänna delarna är det, vilket påpekats för utredningen, svårt att förstå vad avser samtliga branscher, flertalet av dem eller endast några specifika. Det sätt som utredningen är uppbyggd på leder till att de problemen som finns just på musikområdet inte framgår på ett tillräckligt tydligt sätt och att dess behov inte heller beaktas i tillräcklig utsträckning. Det säger även sig självt att samma lösning med största sannolikhet inte passar alla. Men när utredningen tar ställning till behovet konstaterar den att det vid en ”*samlad bedömning*” ansett att det är svårt att se om det skulle finnas något mera påtagligt och *utbrett generellt* behov av en oavvislig ersättningsrätt.⁷⁴

⁷¹ Se betänkandet, s. 90: ”Uppdraget enligt direktiven är *snarare inriktat på upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få del av de intäkter som andra får när de tillhandahåller deras verk och skyddade prestationer på begäran. Mot den bakgrunden får frågan närmast anses gälla förutsättningarna för att de i sådana fall ska kunna få en ersättning som – mera allmänt sett – kan anses vara skälig.*” (vår understrykning)

⁷² Anledningen till att kommittédirektiven använder begreppen ”lämplig och proportionerlig” är för att utredningen tillsats för att utreda frågor som aktualiserats i anslutning till upphovsrättsdirektivet, inget annat. Se kommittédirektiven, sammanfattning, s. 1 där det anges följande: ”*En särskild utredare ska undersöka behoven och förutsättningarna när det gäller två frågor som aktualiserats i anslutning till EU:s nya direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden.*”

⁷³ Utan utredningen har i betänkandet i stället angett att kommittédirektiven inte omfattar ett uppdrag att ”*mera allmänt överväga åtgärder*” när det gäller möjligheten att få ersättning för streaming.

⁷⁴ Se betänkandet, s. 154.

DEL 2 – FÖRSLAGET OM UTVIDGNING AV 30 §

Utövande konstnärers rättigheter är lika skyddsvärda som upphovsmännens

I betänkandet föreslås att reglerna som i dag gäller för upphovsmän om att en överlåtelse endast ska gälla i tre år och inte medföra ensamrätt även ska gälla för utövande konstnärer. Undertecknade organisationer tillstyrker utredningens förslag. Däremot delar undertecknade organisationen inte utredningens skäl till varför lagändringen ska göras. Det gynnar ingen aktör på kulturområdet att bestämmelserna ges större betydelse än vad de har både i teorin och i praktiken.

Den föreslagna lagändringen borde ha genomförts i samband med att musikerna och artisterna erhöll en ensamrätt till streaming år 2005. Eller i vart fall drygt 5 år sedan när ett sådant förslag fanns remitterat, utan synpunkter, hos justitiedepartementet.⁷⁵ Att inte låta de aktuella bestämmelserna gälla även för utövande konstnärer skulle närmast stå i strid med den grundläggande utgångspunkten att de närstående rättighetshavarnas intressen inte är mindre skyddsvärda och att de olika grupperna på det upphovsrättsliga området så långt som möjligt ska behandlas lika.

Det som är positivt med förslaget är att det kommer leda till att förvärv av rättigheter dokumenteras i en större omfattning. Förslaget kommer däremot inte, som utredningen påstår, stärka utövarnas ställning i förhållande till de som förvärvar deras rättigheter och i enskilda fall leda till en högre ersättning.⁷⁶

För det första saknar dispositiva bestämmelser den funktion och betydelse som utredningen gör gällande av det enkla skälet att de kan avtalas bort. För det andra avtalas dessa bestämmelser regelmässigt bort i standardavtal utan några förhandlingar eller diskussioner. Det framgår också av betänkandet att utredningen dessutom räknar med att bestämmelserna kommer förhandlas bort för musiker och artister. Det anges att många förvärvare, ”främst musikbolagen”, kommer vilja ha tillförlitliga rutiner på plats för att säkerställa att de avtalade villkoren dokumenteras, dvs. att bestämmelsen har förhandlats bort.⁷⁷

Vi delar utredningens uppfattning att bestämmelsen kommer att avtalas bort för musiker och artister, dvs. våra medlemmar, och vill understryka att musikerna inte är i position att ifrågasätta detta. Av de uppgifter som vi tagit del av finns det inte heller någon annan grupp där lagändringen kommer att ha de effekter utredningen gör gällande. Utan utredningens beskrivning synes vara begränsad till utredningens uppfattning om bestämmelsernas syfte.

⁷⁵ Se Avtalad upphovsrätt (Ds 2010:24), s. 120, där följande föreslås: ”Bestämmelsen om att avtal om överföring till allmänheten och offentligt framförande som utgångspunkt ska gälla för en tid om tre år och inte medföra ensamrätt ska vara kvar i lagen (del av nuvarande 30 § URL) [...] Bestämmelsen ska även tillämpas på rättigheter som tillkommer utövande konstnärer enligt 45 § URL, framställare av ljud- och bildupptagningar enligt 46 § URL samt fotografer enligt 49 a § URL.”

⁷⁶ Se betänkandet, s. 207 där det anges följande: ”Den föreslagna lagstiftningen bedöms leda till att en utövande konstnär får en starkare ställning i förhållande till den som förvärvar rättigheterna. I enskilda fall kommer ersättningen att bli högre, vilket medför kostnadsökningar för förvärvaren.” (vår understrykning).

⁷⁷ Se betänkandet, s. 208, där det anges följande: ”Många förvärvare, främst musikbolag och framställare av ljudböcker, kommer därmed vilja ha tillförlitliga rutiner på plats för att säkerställa att de avtalade villkoren dokumenteras. Vissa av dem kommer att ha kostnader för att inrätta sådana rutiner under en kortare anpassningsperiod men det är sannolikt inte fråga om några större kostnader.” (vår understrykning).

Även i denna fråga synes alltså utredningen anse att teoretiska resonemang har större relevans än hur marknaden fungerar i verkligheten.

DEL 3 - ALTERNATIV TVISTELÖSNING

Det måste införas ett billigare och enklare sätt att få tvister prövade

Utredningen har också haft i uppdrag att överväga om det behövs ett nytt och frivilligt system för tvistelösning. Det ingick tyvärr inte i uppdraget att överväga ett kostnadsfritt förfarande inom ramen för en statlig nämnd. Om praxis kring vad som är skäligen ersättning ska utvecklas inom överskådlig tid, eller kanske överhuvudtaget, behövs ett billigare och enklare sätt att få sådana tvister prövade. Det är svårt att se hur det ska kunna åstadkommas utan viss statlig finansiering.

Det är i dag alltför kostsamt för kulturskapare att hävda sina rättigheter och få sina krav prövade. Att låta en skiljenämnd pröva tvisten är inte, med de kostnader som det medför, ett realistiskt alternativ utan det "billigaste" alternativet är att gå till domstol. Av betänkandet framgår att den förlorande parten i upphovsrättstvister i genomsnitt behöver ersätta sin motpart med ca 575 000 kr i rättegångskostnader, och att medianen är ca 300 000 kr. Det som inte framgår tillräckligt tydligt av utredningen, vilket påpekats, är att den förlorande parten även måste betala sitt eget ombud och att den kostnaden uppgår till motsvarande beloppsnivåer. Det rör sig alltså mer eller mindre om det dubbla för den part som förlorar, dvs. ca 1 150 000 kr respektive ca 600 000 kr. Det som inte heller framgår tillräckligt tydligt av utredningen är att de belopp som angetts endast avser en instans. Detta "billiga" alternativ är förenat med sådana ekonomiska risker att de allra flesta kulturskapare i praktiken saknar möjlighet att hävda sina rättigheter. För att de ska ha möjlighet att driva sådana tvister behöver de stöd i någon form, t.ex. genom att deras fackförbund driver talan.

Det finns även en väldigt stor rädsla för att bli svartlistad. Kulturskapare är ofta motvilliga att hävda sina rättigheter gentemot sina avtalsparter vid domstol. Detta lyfts särskilt fram i upphovsrättsdirektivet skäl 79. Av betänkandet framgår också att det nederländska systemet inte levt upp till förväntningarna eftersom kulturskaparna är rädda för att svartlistas.⁷⁸ Rädslan för svartlistning är minst lika stor i Sverige som i Nederländerna och det är ett problem som måste tas på allvar.⁷⁹

Det krävs också stora personliga uppoffringar från den enskilde kulturskaparen att ensam behöva försvara sina rättigheter framför en domstol. I många fall är också motparten en resursstark part som har obegränsade ekonomiska resurser att driva rättsprocesser, vilket självfallet också har en avskräckande effekt.

Det kan sammanfattningsvis konstateras att förvärvarna i dagsläget inte behöver vara oroliga för att särskilt många börjar kräva sina rättigheter, t.ex. sin rätt till lämplig och proportionerlig ersättning. Utan det krävs ett billigare och enklare sätt att få sina rättigheter prövade och hur

⁷⁸ Se betänkandet, s. 195.

⁷⁹ Denna utredning synes inte förstå problemets omfattning. I betänkandet anges bl.a. följande " *Det framstår inte som givet exakt vad som ligger bakom det förhållandet, att upphovsmän och utövande konstnärer är motvilliga att hävda sina rättigheter [...] En anledning till deras motvilja, som har förts fram i diskussionen, är att de är rädda för inte kunna räkna med framtida engagemang i branschen eller drabbas av andra liknande nackdelar. Det är en förklaring som verkar vara ganska rimlig, även om det naturligtvis kan finnas många andra faktorer som inverkar på benägenheten att hävda en rättighet.*" (vår understrykning)

det ska åstadkommas måste utredas vidare. Det bör särskilt noteras att det är kulturskaparnas motparter som motsätter sig en branschintern lösning. Varför de har den inställningen går endast att spekulera om.

Utredningens övertro på medling kan vara skadlig för kulturskaparna

Om det är något som borde vara klarlagt så är det att medling inte är lösningen på hur kulturskaparna ska få sina rättigheter prövade, vilket denna utredning tycks tro.

Undertecknade organisationer har ingen invändning mot förslaget att PRV ska tillhandahålla en förteckning över personer som förklarat sig villiga att medla. Däremot avstyrks förslaget om att PRV ska tillhandahålla information om medling som tvistelösningsform. Om PRV ges ett uppdrag att tillhandahålla information måste det vara bredare och det kan inte endast vara inriktat på medling.

Utredningens felaktiga syn på medlingens betydelse kan i förlängningen vara skadlig för kulturskaparna. Det finns risk att det sprider sig en uppfattning att staten förordar kostsamma medlingsförfaranden som tvistelösningsform och det är inte lämpligt av flera skäl. Det finns risk för att kulturskapare avstår att göra sina rättigheter gällande och det kan även medföra att de lägger kostnader på ett medlingsförfarande som senare leder till att de senare inte har råd att gå vidare till domstol.

Medling används i dag inte av kulturskaparna av flera skäl. Medling är för kostsamt⁸⁰, det leder inte till rättskraftiga avgöranden eller rekommendationer som bolagen förväntas följa⁸¹ och kulturskaparna är rädda för att bli svartlistade när de vidtar åtgärder för att hävda sina rättigheter, vilket även omfattar medling. Trots att detta klargjorts för utredningen påstås det i betänkandet att tvistelösningsformen inte används för att den är förhållandevis okänd och att det även kan bero på att det upplevs som svårt att hitta medlare med särskild branschkunskap. Det måste även beaktas att medling förutsätter att parterna är överens om medling, det räcker inte med en part. Utredningen konstaterar att våra motparter inte är intresserade av en branschintern lösning, men varför tror utredningen att de skulle gå med på att gå till en medlare och dessutom betala hälften av kostnaderna för det?

En alternativ tvistelösning som utredningen inte beaktat

Ett alternativ som utredningen inte berört överhuvudtaget avseende alternativ tvistelösning är att ta inspiration från medbestämmandelagens regler om förhandlingsrätt. Reglerna om förhandlingsrätt i medbestämmandelagen syftar i stor utsträckning till att lösa situationer och tvister som uppstår genom förhandlingar i stället för att direkt pröva tvisten i en kostsam och tidskrävande domstolsprocess. Vi anser att det bör införas förhandlingsskyldighet för en avtalspart som har förvärvat en utövares ensamrätt i alla situationer som rör artiklarna 18–20

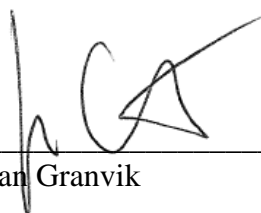
⁸⁰ Kostnaderna för ett medlingsförfarande genom SCC uppgår till lägst ca 95 000 kr, som utgångspunkt bärs av båda parterna (se betänkandet s. 188). Därutöver kommer kulturskaparen ha kostnader för eget ombud. Utredningen anför att ”[ä]ven i ett medlingsförfarande kan parterna ha kostnader för ombud” (se s. 188) men det måste understrykas att ingen kulturskapare, som inte själv är jurist, bör rekommenderas att betala höga kostnader för ett medlingsförfarande utan att vara företräd av ett ombud. Den totala kostnaden kommer grovt beräknat bli över 100 000 kr utan att kulturskaparen får en rättskraftig dom eller en rekommendation som bolagen förväntas följa. Det framgår inte om utredningen är av uppfattningen att kostnaderna skulle bli lägre om PRV tillhandahöll en lista på medlare än om ett institut användes. I sådant fall måste det beaktas att det är kostnaden för medlare som är hög, inte institutets administrativa kostnad. Att det kommer bli kostsamt att anlita en medlare, som besitter den kompetens som krävs, går nog inte att komma runt.

⁸¹ Jämför rekommendationer av Allmänna reklamationsnämnden (ARN).

och 22 i upphovsrättsdirektivet. Det bör även, likt MBL:s regelverk, upprättas ramar avseende inom vilken tid förhandling ska äga rum efter påkallande av förhandling och stipuleras att motiverade förslag till lösning av situationen ska presenteras vid förhandlingstillfället.

Enligt artikel 21 i upphovsrättsdirektivet ska medlemsstaterna säkerställa att upphovsmäns och utövande konstnärers representativa organisationer får inleda sådana frivilliga tvistelösningsförfaranden som gäller transparenskravet i artikel 19 och avtalsanpassningsmekanismen i artikel 20 på särskild begäran av en eller flera upphovsmän eller utövande konstnärer. Vi förespråkar och menar dock att en förhandlingsskyldighet för våra avtalsparter är nödvändig då, likt utredningens slutsats avseende en branschintern lösning, har våra medlemmars avtalsparter inte något intresse för att lösa tvister innan de går till domstol. Detsamma kommer gälla vid medlingsituationer och är inte en lösning på problemet.

Genom ett förfarande som bygger på förhandlingsrätten i medbestämmandelagen skulle man kunna undvika många av de problem som uppstår med bl.a. medling och skiljedomstolsförfaranden. Dels skulle det inte bli någon kostsam process, dels skulle förhandlingarna föregås av parter som har särskild sakkunskap på området. Vidare skulle förhandlingarna genomföras snabbt och effektivt samtidigt som rättighetshavarens rädsla för svartlistning inte blir ett lika stort problem när det är deras fackförbund som står fast vid att vissa villkor bör gälla inom branschen. Att utredningen inte överhuvudtaget har övervägt en förhandlingsrätt likt medbestämmandelagen ser vi som en stor brist.




Jan Granvik

Förbundsordförande

Svenska Musikerförbundet


Stefan Lagrell

Verkställande direktör

SAMI


Gunnar Jönsson

Förbundsordförande

Sveriges Yrkesmusikerförbund