

Stockholm den 26 september 2022

Ert Dn: Ju2022/01441

Till Justitiedepartementet

103 33 Stockholm

ju.remissvar@regeringskansliet.se

ju.L3@regeringskansliet.se

Yttrande SOU 2022:20 privatkopieringsersättningen i framtiden

Inledning

Ifpis vill inledningsvis klargöra att vårt yttrande är uppdelat i två delar där vi inleder med att ange i vilka delar vi ansluter oss till organisationerna Copyswede och KLYS yttrande och argumentation kring SOU 2022:20, för att sedan utveckla våra synpunkter kring utredningens förslag beträffande huruvida offline-kopior (nedan *offlineanvändning*) utgör privatkopiering samt att offlineanvändning bör vara ersättningsgrundande.

Uppställning över de yttranden av Copyswedens och KLYS som Ifpi delar

Ifpi delar organisationerna Copyswede och KLYS nedan uppställda yttranden samt även den argumentationen ligger till grund dessa:

Ifpi:

- **tillstyrker** förslaget att ta bort nuvarande avgränsning till verk som sänts ut i radio eller television samt som har getts ut på en anordning genom vilken det kan återges och i stället knyta rätten till verk som har offentliggjorts och där ensamrätten har inskränkts enligt 12 § URL

- **tillstyrker** att samtliga verk och prestationer i utgångsläget ska omfattas av rätten till PKE, inklusive verk som endast offentliggjorts på internet samt text och stillbild
- **tillstyrker** förslaget att ersättningen ska *fördelas* till de rättighetshavare som påverkats ekonomiskt av möjligheten till privatkopiering enligt 12 § URL, och **avstyrker** förslaget att avgränsningen ges en koppling till skyldigheter att betala PKE och införs i 26 k § på det sätt som förslås i betänkandet
- **tillstyrker** förslaget att ersättningen även fortsättningsvis ska knytas till import och tillverkning av anordningar och att ersättningen ska betalas av de näringsidkare som importerar eller tillverkar dessa
- **delar bedömningen** i betänkandet att det inte bör införas en skyldighet för säljare i sista ledet att betala PKE, dock **föreslås** att det införs en skyldighet för sådana säljare att på anmodan från den organisation som administrerar PKE-ordningen uppge varifrån anordningarna har köpts in
- **tillstyrker** förslaget i betänkandet att nuvarande undantag för ersättningsplikt bibehålls (export, uteslutande användas i professionell verksamhet, exemplar för personer med funktionsnedsättning)
- **avstyrker** förslaget att endast de anordningar som används till privatkopiering i ”betydande omfattning” ska vara ersättningspliktiga
- **delar utredarens** rättsliga slutsats att exemplarframställning som görs inom ramen för tjänster och med hjälp av funktioner i appar är privatkopiering enligt 12 § URL
- **delar inte** bedömningen i betänkandet att exemplar som framställs genom s.k. offline-kopiering inom ramen för tjänster *kan förutsättas* vara sådana att de inte behöver ersättas genom PKE-ordningen. Bedömningen vilar på felaktiga antaganden om att offline-kopiering redan är ersatt alternativt att förfånget är obetydligt.
- **understryker** att den privatkopiering som sker från strömmande tjänster och appar typiskt sett inte ersätts på något annat sätt än genom systemet för privatkopieringsersättning
- **avstyrker** utredarens förslag att det inte ska anges i lag vilken ersättning som ska erläggas
- **tillstyrker** förslaget att det inte i lag ska räknas upp vilka anordningar som ska omfattas av ersättningsplikten, *men att det ska framgå i lag vilka anordningar som ska omfattas genom en i lagtext införd legaldefinition* samt **avstyrker** att detta ska definieras genom begreppet ”betydande omfattning”. I stället **föreslås** att ersättningsplikten bör träffa anordningar som *är särskild ägnade för privatkopiering*
- **tillstyrker** förslaget att det ska inrättas en Privatkopieringsnämnd

- **avstyrker** förslaget kring hur nämnden ska bestämma den rimliga kompensationen och att nämndens beslut inte ska kunna överklagas
- **avstyrker** förslaget till nämndens sammansättning och **föreslår** att nämnden i sin helhet ska bestå av lagfarna domare
- **föreslår** att det, i enlighet med punkterna nedan, i lagtext ska klargöras hur ersättningen ska bestämmas.
 - a) Ersättningen uppgår till 2 kr/Gb lagringsutrymme för anordningar med digital upptagning,
 - b) Ersättningen uppgår till två och ett halvt öre för varje möjlig upptagningsminut för anordningar med analog upptagning,
 - c) För ersättningen tillämpas, i bägge ovannämnda fall, en taknivå om 150 kr per anordning,
 - d) En enhetsnivå om 150 kr per anordning tillämpas för anordningar utan möjlighet till egen upptagning.
 - e) De nuvarande grunderna för nedsättning ska behållas och vid behov tillämpas vid fastställande av vilken ersättning som ska gälla för en viss anordningstyp.
 - f) Samtliga i lagen angivna ersättningsnivåer justeras årligen utifrån förändringar med konsumentprisindex.
 - g) I tillägg till dagens nedsättningsregler ska det också utgöra en nedsättningsgrund om samma privatkopieringsbeteende omfattas av avgiften på en annan anordning (dvs om flera anordningar används för framställningen av samma kopia).
- **föreslår** att avgiften för de anordningar som ska anses ersättningspliktiga och övriga villkor ska fastställas av nämnden efter att parterna, en representativ organisation för berörda näringsidkare och en organisation som företräder ett flertal rättighetshavare, förhandlat om nedsättning enligt de i lagen angivna ramarna. Skulle parterna inte lyckas enas om ersättningsnivåerna ska nämnden fastställa dessa utifrån de laggivna ramarna och med utgångspunkt i vad parterna har anfört i förhandlingen och anför inför nämnden.
- **föreslår** att även de ersättningsskyldiga näringsidkarna *ska företräddas av en representativ organisation* och att det är denna organisation som ska ha rätt att förhandla om villkoren och begära nedsättning enligt de i lagen angivna grunderna
- **föreslår** att de berörda organisationerna ska ha *partsställning* inför nämnden
- **föreslår**, *mot bakgrund av förslagen till nämndens uppgift och parternas ställning enligt förslagen i föregående punkter* att nämndens beslut att fastställa avgiftsnivåerna och övriga villkor ska kunna överklagas

- **föreslår** att de villkor som fastställts genom nämndens beslut ska vara gällande under minst två år. Om ingen av parterna begär förhandling och omprövning inför nämnden ska de dock kunna gälla längre

Offlineanvändning utgör privatkopior

I betänkandet berörs den exemplarframställning som uppkommer när en exempelvis en Spotifyanvändare skapar spellistor genom att spara ner musik på sin anordning ("offlineanvändning"). Vissa av utredningens experter har hävdade att offlineanvändning inte är att jämföra med privatkopior och skall därför inte omfattas av dessa bestämmelser. Vi delar inte denna uppfattning och konstaterar, liksom utredaren, att frågan prövats av Södertörns tingsrätt (T 9826-13) med slutsatsen att offlineanvändning utgör privatkopiering.

Rättsläget har ytterligare förtydligats genom Austro-Mechana-avgörandet där EU-domstolen, återigen, betonar att begreppet "mångfaldigande" i artikel 5.2 b i infoc-direktivet ska förstås i vid bemärkelse. Därtill slås det fast att "alla typer av medier" omfattar alla medier på vilka ett skyddat verk kan mångfaldigas och att egenskaperna hos anordningarna som används för privatkopiering inte, på något sätt, preciseras. Vidare förtydligar EU-domstolen att undantaget för privatkopiering även kan tillämpas på mångfaldigande som utförs av en fysisk person med hjälp av en anordning som tillhör tredje part. Även om det aktuella målet rörde säkerhetskopior som lagras i molntjänster kan tydliga paralleller dras till offlineanvändning då användaren gör kopiorna inom ramen för en tjänst som tillhandahålls av tredje part. Domstolen konstaterar också att det upphovsrättsliga skyddet skulle riskera att bli föråldrat eller obsolet om undantagen tolkades på ett sådant sätt att hänsyn inte togs till den tekniska utvecklingen eller till framväxten av digitala medier. Mot dessa uttalanden är det svårt att komma till en annan slutsats än att offlineanvändning utgör privatkopiering.

Offlineanvändning bör vara ersättningsgrundande

Utredningen anser att offlineanvändning inte ska medföra någon kompensation till rättighetshavarna enligt reglerna om privatkopieringsersättning. Denna slutsats är felaktig och saknar stöd i de EU-domstolsavgöranden som utredningen hänvisar till. Slutsatsen baseras även på en felaktig föreställning att musikbolagen i sina licensavtal med streamingtjänsterna redan erhållit privatkopieringsersättning för offlineanvändning genom licensavtal med streamingtjänsterna.

De licensavtal som upprättas mellan musikbolag och streamingtjänster såsom exempelvis Spotify reglerar dock endast enskilda användares möjlighet att mot betalning lyssna på musik genom streaming

som tillgängliggörs på begäran online. *Någon ersättning för den exemplarframställning som uppkommer vid offlineanvändning utgår därmed inte till musikbolagen.*

Det bör förtydligas att exempelvis Spotify-användarna inte har någon avtalsrelation med musikbolagen utan de har endast ett avtal med Spotify som reglerar deras användning. I licensavtalen (som ingås mellan musikbolagen och tjänsteleverantörerna) ges streamingtjänsterna en rätt att, mot betalning, nyttja den musik som omfattas av avtalet. Genom vissa av dessa avtal kan tjänsterna låta användarna framställa privatkopior inom ramen för tjänsten – offlineanvändning. Tjänstens funktionalitet påverkar dock inte den rätt till ersättning som rättighetshavarna har enligt 26 k § URL. Det är viktigt att betona att det är den som har avstått sin ensamrätt, som ska erhålla den rimliga compensationen. Det är därför inte relevant om användaren eventuellt redan tycker sig ha betalat för privatkopieringen genom en avgift till tjänsteleverantören.

Anledningarna till att privatkopiering inte omfattas i licensavtalen är flera. För det första, är privatkopieringen en inskränkning som inte kan licensieras eftersom det är ett undantag i ensamrätten. Användarnas rätt till privatkopiering grundar sig på det lagstadgade undantaget i 12 § URL. Det har ibland framhållits att det enligt svensk rätt är möjligt att avtalsrättsligt begränsa möjligheten att framställa kopior för privat bruk gentemot användaren. Det påstås också att rättighetshavare skulle kunna träffa avtal där de tillåter exemplarframställning inom ramen för en tjänst och att kopiorna ska beaktas som licensierade kopior (och därigenom också ersättas som licensierade kopior) och inte som privatkopior. Sådant avtalsinnehåll förekommer dock inte så vitt vi vet. På vårt område är branschpraxis att det tydligt framgår i gällande licensavtal mellan rättighetshavarna och tjänsteleverantörerna att privatkopiering inte omfattas och att avtalen inte omfattar någon privatkopieringsersättning. Denna fråga utreddes också grundligt inom ramen för mål T 9826-13 där det inte framkom några licensavtal som omfattade en rätt till privatkopiering. Givet de bakomliggande rättighetsförvärven och licensavtalens innehåll, omfattas alltså inte privatkopiering och privatkopieringsersättning genom licensavtalen.

För det andra, är privatkopieringsersättningen en särskild ersättningsordning. Det innebär att innehållstjänsten inte behöver betala för privatkopieringen eftersom sådan användning regleras av privatkopieringsersättningen. Det finns därför mycket små incitament för en streamingtjänst att betala för en inskränkning i upphovsrätten särskilt med tanke på att det är en inskränkning som inte kan licensieras. Det är därför osannolikt att streamingtjänsterna skulle avtala om ytterligare ersättning till rättighetshavarna, trots att de inte behöver göra detta, och det skulle vara högst oklart vad de *de facto* betalade för. Det är värt att därtill betänka den asymmetriska förhandlingsstyrka som i dag gör sig

gällande mellan rättighetshavarna och tjänsteleverantörerna i fråga. Om rättighetshavarna trots allt skulle få till stånd licensavtal där ersättning för inskränkningen omfattades, skulle det behöva framgå mycket tydligt i avtalen (vilket det som ovan redogjorts för, inte gör). Om det mot förmodan i framtiden skulle förekomma sådan ersättning skulle det utgöra en nedsättningsgrund varigenom dagens regelverk redan kan beakta detta.

För det tredje är det viktigt att framhålla att offlineanvändning är ersättningsgrundande i dag och att samtliga av dessa ersättningar uppgår till betydande belopp. Om offlineanvändning inte längre anses vara ersättningsgrundande kan rättighetshavarna på musikområdet därmed gå miste om ersättningar som tillsammans uppgår till miljontals kr varje år. Därmed kan det konstateras att utredningens påstående om att skadan är obetydlig är uppenbart felaktigt.

Betänkandet tar inte heller hänsyn till de olika typer av streamingtjänster som finns idag. För ett antal av de kostnadsfria tjänsterna har inte användaren överhuvudtaget en avtalsrelation med tjänsteleverantören. I de fall användaren inte betalar för en tjänst är det svårt att se hur en del av betalningen skulle kunna omfatta privatkopieringsersättningen.

Vi delar inte utredarens uppfattning om att upphovspersonerna erhåller privatkopieringsersättning av streamingtjänsterna. Det är ett felaktigt antagande som helt saknar underbyggda resonemang hur denna ersättning utgår, givet ovan redogörelse.

Skadan är inte obetydlig

Det framstår som att utredaren antyder att offlineanvändningen inte leder till något förfång eller till en obetydlig skada och därför inte ska vara ersättningsgrundande. Vi ställer oss frågande till om detta resonemang är förenligt med EU-domstolens praxis, som också lyfts fram i betänkandet, vilken fastslår att framställandet av en privatkopia anses utgöra en handling som är ägnad att medföra skada för den berörda rättighetshavaren.

Som framgår av utredningens genomförda webbenkät står offlineanvändningen för en stor del av privatkopieringen både avseende ljud och rörlig bild. Det rör sig därmed om ett stort antal kopior som medför en eventuell skada för rättighetshavarna. Än tydligare är detta i en undersökning som Kantar gjort på uppdrag av Norwaco som visar att offlineanvändningen år 2021 stod för 67 procent av den totala privatkopieringen av ljud och rörlig bild.

Som slås fast i betänkandet är det ”rimligt att utgå från att verk som ingår i en verkskategori som privatkopierats i en inte obetydlig omfattning och som dessutom har nått en stor grupp människor, också har privatkopierats i sådan omfattning att det påverkar de berörda rättighetshavarna ekonomiskt. Den ekonomiska påverkan kan ta sig uttryck i att rättighetshavarna förlorar försäljnings- eller licensintäkter på att verket i stället har kunnat privatkopieras, inbegripet att deras möjlighet att profitera på verken påverkas negativt eller fördröjs därav.” Som framgår ovan är offlineanvändningen omfattande för både ljud och rörlig bild och påverkar rättighetshavarna negativt ekonomiskt i och med att det inte går att licensiera privatkopieringen. Skadan för offlineanvändningen kan därmed inte anse vara obetydlig och bör ersättas inom ramen för privatkopieringsersättningen.

Allmänt om Ifpi Sverige

Ifpi Sverige företräder musikbolagen i Sverige och våra medlemsbolag representerar tillsammans ca 95 % av den totala musikmarknaden. Sett ur ett internationellt perspektiv företräder Ifpi cirka 1 400 medlemsbolag i drygt 70 länder. En av Ifpi Sveriges huvuduppgifter är att agera som MLC (Music Licensing Company) dvs att licensiera musik när den spelas i exempelvis radio, tv och på internet. Ifpi är även musikbolagens branschorganisation och då bl a ansvarar för sammanställningen av topplistor och övrig branschstatistik samt arrangerar Grammis. Ifpi bedriver även en omfattande antipiratverksamhet både nationellt och internationellt.

Stockholm dag som ovan

Ifpi Sverige

Ludvig Werner, VD