

Justitiedepartementet
Diarienummer: Ju2022/01441
ju.remissvar@regeringskansliet.se

SAMI:s yttrande över Privatkopieringsersättningen i framtiden (SOU 2022:20)

Inledning

Den nuvarande ordningen för privatkopieringsersättning utgör en viktig del i det upphovsrättsliga system som säkerställer att artister och musiker (utövarna) får betalt för sina prestationer. Det är därför av särskild vikt att en ny förändrad ordning inte innebär någon försämring, utan att systemet fortsatt säkerställer att utövarna får den kompensation som de har rätt till enligt unionsrätten. Det är även viktigt att den nya ordningen är teknikneutral, rättssäker och förenlig med de regelverk som den svenska lagstiftaren har att beakta (se nedan).

Detta remissyttrande avges av Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation ekonomisk förening (SAMI). Organisationen grundades år 1963 och är den kollektiva icke-vinstdrivande organisationen i Sverige som bevakar artisters och musikers rättigheter inom ramen för både svensk och internationell lagstiftning. SAMI representerar drygt 50 000 direktanslutna artister och musiker, och samlar in upphovsrättslig ersättning när musik används offentligt, både nationellt och internationellt.

Copyswedes/KLYS förslag till ny ordning

SAMI ansluter sig till Copyswedes/KLYS förslag hur en ny ordning för privatkopieringsersättning bör utformas. Copyswede är den aktör som har bäst kunskap och insyn i hur dagens system fungerar. Av det skälet måste organisationens syn på hur en förändrad ordning ska se ut vara vägledande för det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Utredningens felaktiga slutsats om offlineanvändning

En fråga som är särskilt viktig för utövarna på musikområdet är om privatkopiering inom ramen för s.k. offlineanvändning¹ ska ersättas eller inte. Utredningens slutsats är att infosc-direktivet² inte kräver att privatkopieringsersättning ska utgå för sådan användning. SAMI anser, liksom flera andra remissinstanser, att denna slutsats är felaktig och att den saknar stöd i de EU-domstolsavgöranden som utredningen hänvisar till. Att utredningen kommer till denna felaktiga slutsats synes främst bero på att utredningen utgått från en felaktig och grov förenkling av avtalsmarknaden.

Utredningens felaktiga föreställning om marknaden grundar sig troligen i en bristande insikt i hur avtalsmarknaden ser ut och fungerar. Den kommersiella delen av kulturbranschen, och musikbranschen i synnerhet, är i många avseenden komplex och det är därför viktigt att utredningar av det här slaget även inhämtar det kunskapsunderlag som krävs. SAMI vill även framhålla att om utredningen hade hört av sig till berörda organisationer hade betänkandet inte haft de brister som det har i dag. Utredningen hade kunnat frågat vilken organisation som helst på musikområdet och fått samma svar. Rättighetshavarna får inte betalt för den privatkopiering som sker inom ramen för offlineanvändning. Det kan avslutningsvis tilläggas att SAMI förväntar sig att kommande överväganden utgår från de faktiska förhållandena på marknaden, inget annat.

Offlineanvändning måste kompenseras genom privatkopieringsersättningen

SAMI delar den slutsats som görs i betänkandet om att den exemplarframställning som sker inom ramen för offlineanvändning utgör privatkopiering. Stim har på ett förtjänstfullt sätt redogjort för den rättsliga kontexten i dess yttrande och SAMI hänvisar till vad som anges där.³

SAMI instämmer vidare i vad Copyswede/KLYS anför i sitt yttrande om hur unionsrätten ska tolkas.⁴ Som Copyswede/KLYS konstaterar har EU-domstolen redan slagit fast (i) att eventuella licensavtal rörande privatkopiering saknar rättsverkan, i vart fall såvitt gäller rätten till ersättning, och (ii) att rätten till privatkopieringsersättning inte kan överlåtas genom avtal.

I detta remissyttrande kommer SAMI främst att behandla utredningens felaktiga antagande om att rättighetshavarna fått betalt i någon annan form och att skadan är obetydlig.⁵

Rättighetshavarna har inte fått "betalt i annan form"

Vad kan antas om villkoren på avtalsmarknaden?

Utredningens slutsats att rättighetshavarna redan skulle ha fått betalt i annan form är, som framgått ovan, felaktig och saknar stöd i de EU-domstolsavgöranden som utredningen hänvisar till. En av de största bristerna i betänkandet är att utredningen inte undersökt om rättsinnehavarna "*har erhållit betalning i någon annan form*"⁶ (vår understrykning), utan utredningen har endast *förutsatt* att så är fallet.

¹ Med begreppet offlineanvändning avser SAMI den exemplarframställning som sker inom ramen för olika tjänster eller via vissa appar genom att användaren väljer att spara ner innehåll från tjänsterna på sin anordning. Offlineanvändning kan även benämnas "offline-kopiering" eller "offline-funktionalitet".

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet.

³ Se Stims remissyttrande.

⁴ I detta fall artikel 5.2 b i Infosc-direktivet.

⁵ Enligt utredningen kan det "förutsättas" att (i) berörda rättighetshavare redan har fått betalning i någon annan form och att den kompensationen får betraktas som en rimlig ersättning, och (ii) att det eventuella förfång som rättighetshavaren lider, och den ekonomiska påverkan därav, är obetydlig (se betänkandet, s. 101).

⁶ För att utestänga den privatkopiering som sker inom ramen för offlineanvändning från privatkopieringsersättningen har utredningen i sin argumentation hänvisat till vissa centrala delar av skäl 35 i infosc-direktivet. Bland annat har utredningen pekat på att det framgår av skäl 35 att "[i] de fall när

Det är oklart vilket underlag som utredningen baserar dess bedömningar på. Det som dock går att utläsa från utredningens resonemang är att den helt bortser från att det är kommersiella överväganden som styr marknaden.

Det går inte att "förutsätta" att ersättningar omfattar förfoganden som kan ske utan tillstånd. Det finns ingen kommersiell aktör som betalar för något som inte behöver ersättas. I stället för att "förutsätta" att betalning har skett kan det, i rak motsats till utredningens föreställning om hur marknaden fungerar, i stället förutsättas att ingenting har ersatts i något avtalsled om det inte varit nödvändigt. Streamingtjänster⁷ betalar inte skivbolag för förfoganden som inte behöver ersättas, dvs. förfoganden som kan ske utan tillstånd. Skivbolagen ersätter i sin tur inte heller utövarna för någonting som kan ske utan tillstånd. Därutöver måste det beaktas att det inte heller finns någon anledning för streamingtjänsten att ersätta skivbolaget för något som skivbolaget inte ens förfogar över, dvs. utövarnas rätt till ersättning för privatkopiering. Det finns inte heller någon anledning för skivbolagen att ersätta utövarna för en funktionalitet som streamingtjänsterna möjliggjort. Ingen kommersiell aktör på denna marknad kommer att ersätta utövarna om det inte finns någon direkt motprestation, dvs. något att överlåta. Så fungerar inte den här branschen och det skulle vara naivt att tro det.

Vad vet vi om licensvillkoren på marknaden?

För att bedöma om rättighetshavare har fått betalt eller inte behöver inga antaganden göras. Att rättighetshavarna inte fått betalt i annan form framgår redan av licensvillkoren på marknaden.

Utredningen förutsätter att det finns vissa typer av licensvillkor på marknaden. Om sådana licensvillkor existerar har varit föremål för domstolsprocesser och inte i något fall har den typen av villkor påträffats.⁸ Om det hade existerat sådana villkor hade det framkommit i dessa processer. Den privatkopiering som sker genom offlineanvändning ersätts inte på något annat sätt än genom systemet för privatkopieringsersättning.

SAMI:s uppfattning bekräftas även av vad skivbolagens organisation Ifpi uppger. Av Ifpis remissyttrande framgår att det inte utgår någon ersättning för den exemplarframställning som uppkommer vid offlineanvändning. Licensavtalen reglerar, som framgår av Ifpis yttrande, i stället endast enskilda användares möjlighet att mot betalning lyssna på musik genom streaming som tillgängliggörs på begäran online. För att ett avtal som reglerar rätten att förfoga över skyddat material mot viss ersättning ska omfatta även något annat, som upplåtelsen inte ens omfattar, måste detta uttryckligen framgå av avtalet.⁹ Någon annan ordning skulle vara orimlig. Även om det saknar betydelse för frågan om *utövarna* har fått betalt kan det konstateras att inte heller *skivbolagen*, dvs. den aktör som i många fall förvärvat utövarens exemplarframställningsrätt, kan anses ha fått betalning i annan form för den privatkopiering som sker inom ramen för offlineanvändning.

Det bör även tilläggas att det inte finns någon streamingtjänst där användaren betalar för sin privatkopiering vid offlineanvändning. Det saknar visserligen relevans för frågan om utövaren har fått betalt eller inte men det måste ifrågasättas hur utredningen menar att betalningen ska ha kommit den som står längst nere i avtalskedjan till del, dvs. utövaren, om användaren inte heller betalar för detta. Det bör även noteras att utredningen inte gör någon åtskillnad mellan olika streamingtjänster, varken avseende produktinnehåll eller om användaren har någon avtalsrelation till streamingtjänsten (abonnemangstjänster respektive gratistjänster). Utredningen behandlar i stället alla tjänster som om förutsättningarna vore identiska.

rättsinnehavarna redan har erhållit betalning i någon annan form, t.ex. som en del av en licensavgift, behöver det inte krävas någon särskild eller separat betalning." (vår understrykning)

⁷ I detta remissyttrande kommer den typ av leverantörer av innehållstjänster som nu är aktuella benämnas streamingtjänster.

⁸ Se Copyswede/KLYS remissyttrande.

⁹ Se Copyswede/KLYS remissyttrande.

Utövande konstnärer på musikområdet har inte fått betalt i annan form

Bedömningen av om en rättighetshavare har fått betalt eller inte måste utgå från den specifika rättighetshavaren vars ensamrätt blivit inskränkt. Vid bedömningen om en utövare har fått betalt eller inte saknar det betydelse vilka ersättningar som eventuellt utgått i senare led. Den relevanta frågan är om *utövaren* har fått betalt i annan form eller inte.

Den som läser utredningens resonemang om offlineanvändning kan felaktigt få uppfattningen att det alltid föreligger ett direkt¹⁰ avtalsförhållande mellan rättighetshavaren och streamingtjänsten. Detta är dock långt ifrån verkligheten. Utredningens ensidiga perspektiv och det faktum att utövarnas och anställdas situation varken beaktas eller behandlas i utredningen är i sig anmärkningsvärt.¹¹

Utredningen synes anse att dess (felaktiga) bedömning om upphovsmän har fått betalt eller inte är direkt överförbar på de situationer där rättighetshavaren, vars ensamrätt har blivit inskränkt, inte längre förfogar över rätten till exemplarframställning. Det stämmer inte. Om *utövaren* inte fått betalt saknar det betydelse hur avtalsvillkoren högre upp i avtalskedjan ser ut och vilka ersättningar som eventuellt utgått. Aktörer högre upp i avtalskedjan, tex. användare och streamingtjänst respektive streamingtjänst och skivbolag, kan inte förändra ramarna för inskränkningen och utövarnas rätt till kompensation.

Frågan om en anställd orkestermusiker, som saknar insyn och inflytande över licensvillkoren, fått betalt kan alltså *inte* besvaras på samma sätt som frågan om ett skivbolag, som har en direkt avtalsrelation med streamingtjänsten, fått betalt eller inte. Som framgått ovan kan inte heller skivbolagen anses ha fått betalt för den privatkopiering som sker inom ramen för offlineanvändning. Men det är viktigt att framhålla att det inte är möjligt att slå ihop rättighetshavarna till en homogen grupp på det sätt som utredningen har gjort, eftersom förutsättningarna för dem att få betalt kan se helt olika ut.

Utredningens resonemang om upphovsmännens situation är, som framgått ovan, felaktigt. Men det måste understrykas att *om* utredningens felaktiga resonemang skulle överföras på utövarnas situation skulle avtalsvillkor i flera led behöva beaktas. Utredningen berör dock, som framgått ovan, inte utövarnas situation. Bland annat saknar SAMI en redogörelse av relevanta avtalsvillkor bl.a. mellan (i) utövande konstnär och dess arbetsgivare när överlåtelser sker inom ramen för en anställning, (ii) utövande konstnär och annan förvärvare (t.ex. skivbolag), och (iii) utövande konstnär, som producerar sin egen musik, och aggregatorerna (distributörer) samt dess villkor i förhållande till streamingtjänsterna. Vad gäller de närmare villkoren på primärvtalsområdet, dvs. mellan utövarna och dess förvärvare, hänvisar SAMI till vad som anförs av de fackliga organisationerna.¹²

Mot bakgrund av vad som är känt om licensvillkoren på marknaden, och vad de fackliga organisationerna anför, kan SAMI konstatera att det är uteslutet att utövarna erhållit "betalt i annan form" för offlineanvändning. De ersättningar som utgår kan inte anses eller antas omfatta något helt annat, dvs. i det här fallet en efterföljande exemplarframställning som sker med stöd av en inskränkning i ensamrätten.

Ett exempel som tydligt visar att det inte är möjligt att göra den typ av förenklingar som utredningen har gjort är, som fackförbunden påpekar, situationen för de utövare som överlåtit sin rätt till exemplarframställning före streamingtjänsternas intåg på marknaden. I de situationer där äldre överlåtelser kommit att omfatta även digitala utnyttjanden kan utövarna inte ens i teorin anses ha fått betalt för offlineanvändning. En ersättning kan inte anses omfatta ett förfogande som inte ens existerade vid

¹⁰ Eller indirekt avtalsförhållande genom en kollektiv organisation som t.ex. Stim.

¹¹ Det kan i många situationer vara befogat att använda begreppet "upphovsmän" i stället för att räkna upp alla kategorier av rättighetshavare. Detta är dock inte en sådan situation. Vid en närmare analys framgår även att det är just upphovsmän, som inte överlåtit sin rätt till exemplarframställning, som utredningen synes ha i åtanke i många fall och inte t.ex. utövande konstnärer.

¹² Se Svenska Musikerförbundets och Sveriges Yrkesmusikerförbunds remissyttrande.

tidpunkten för överlåtelsen, dvs. digitalt utnyttjande, och som inte heller var tekniskt möjligt vid tidpunkten för överlåtelsen, dvs. offlineanvändning. Sammanfattningsvis kan det konstateras att det inte är möjligt att göra de typer av förenklingar som utredningen har gjort.

Slutligen kan det även tilläggas att möjligheten till offlineanvändning är en kommersiell tjänst som streamingtjänsterna erbjuder till sina användare. Om utövarna inte får kompensation för den privatkopiering som sker inom ramen för offlineanvändning så är det ännu en situation där streamingtjänsterna gör vinster på bekostnad av utövarna.

Skadan är inte obetydlig

Utredningen förutsätter inte enbart att rättighetshavarna har fått betalt för offlineanvändning, den förutsätter även att skadan av sådan användning är "obetydlig"¹³. Även detta är felaktigt.

För det första bör det uppmärksammas att utredningens bedömning av om förfånget, dvs. skadan, är obetydlig eller inte synes basera sig på dess felaktiga antaganden om att rättighetshavarna har fått betalt. Eftersom utredningens slutsats i den frågan är felaktig får det även till följd att utredningens bedömning av skadans betydelse blir felaktig.

För det andra måste det beaktas att det framgår av EU-domstolens avgöranden att framställandet av en privatkopia ska anses utgöra en handling som är ägnad att medföra skada för den berörda rättighetshavaren.¹⁴ Det är inte, som utredningen synes tro, möjligt att bedöma skadan på något annat sätt för offlineanvändning än för annan typ av privatkopiering. Skadan blir inte mindre för att privatkopieringen möjliggörs av en kommersiell tjänst. Det är inte heller möjligt att ha en ordning där en särskilt typ av privatkopiering (offlineanvändning) helt avskärs från ersättningssystemet. För både ljud och rörlig bild är dessutom offlineanvändningen omfattande.¹⁵ Enbart omfattningen visar att den typen av privatkopiering påverkar rättighetshavarna ekonomiskt i negativ riktning.

För det tredje måste det även beaktas att offlineanvändning är ersättningsgrundande i dag och att ersättningarna sammantaget uppgår till betydande belopp. Om sådan användning inte längre anses ersättningsgill kan utövarna på musikområdet gå miste om ersättningar uppgående till miljontals kr varje år. Det kan därmed konstateras att utredningens påstående om att skadan är obetydlig är uppenbart felaktigt.

Staten är skyldig att säkerställa att utövarna erhåller ersättning för privatkopiering

Medlemsstaterna får endast införa en inskränkning för privatkopiering "under förutsättning att rättsinnehavarna får rimlig kompensation". Eftersom den svenska lagstiftaren infört en sådan inskränkning i utövarnas rätt till exemplarframställning är staten även skyldig att säkerställa att utövarna får rimlig kompensation.¹⁶

¹³ Utredningen har, som framgått ovan, använt vissa centrala delar av skäl 35 i infosoc-direktivet i sin argumentation för att utestänga den privatkopiering som sker inom ramen för offlineanvändning från privatkopieringsersättningen. Även utredningens slutsats att skadan är obetydlig baserar sig på skrivningar i skäl 35. Nämligen att "[i] vissa situationer när förfånget för rättsinnehavaren är obetydligt behöver det inte uppkomma någon betalningsskyldighet."

¹⁴ Se s. 68 i betänkandet, skäl 35 i infosoc-direktivet, C-265/16 (VCAST Limited) samt C-433/20 (Austro Mechana).

¹⁵ Se Stims remissyttrande som behandlar de undersökningar som har gjorts av offlineanvändning. Bland annat visar en undersökning i Norge att offlineanvändningen år 2021 stod för 67 procent av den totala privatkopieringen av ljud och rörlig bild.

¹⁶ Det kan i detta sammanhang även framhållas att utredningens argument att två andra medlemsstater gör på visst sätt (Finland och Danmark) saknar rättslig relevans. Det räcker med att gå igenom ett antal avgöranden från EU-domstolen senaste åren för att se i vilken omfattning som medlemsstaters olika tolkningar av unionsrätten

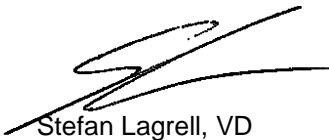
Hur ett framtida system ska se ut är inte enbart en viktig fråga för utövarna på musikområdet, utan det berör hela kultursektorn. Mot den bakgrunden måste SAMI framhålla att det är beklagligt att betänkandet inte håller den kvalitet som kan förväntas. I stället för att inhämta det kunskapsunderlag som krävs har utredningen baserat sina slutsatser på felaktiga antaganden om avtalsmarknaden. Utredningen synes även ha presenterat ett lagförslag som inte är förenligt med grundlagen.¹⁷ Förvånansvärt lite utrymme ägnas även till centrala frågor som t.ex. rätten till domstolsprövning för en eller flera berörda och hur det ska säkerställas att frågor kan hänskjutas till EU-domstolen för förhandsavgörande. Den sistnämnda frågan berörs överhuvudtaget inte i betänkandet. I det fortsatta lagstiftningsarbetet förväntar sig SAMI att den typen av frågor får ett annat fokus än vad de har i betänkandet.

Avslutningsvis vill SAMI instämma i vad KLYS och Copyswede anför avseende vilka konsekvenser som utredningens slutsatser medför:

”Sammanfattningsvis kan KLYS och Copyswede konstatera att om utredningens grundlösa antaganden skulle anses räcka för att förutsätta att offline-kopior inte ska omfattas av rätten till PKE och på sådant sätt beröva vissa rättighetshavare rätten till rimlig kompensation så skulle den svenska ordningen inte vara förenlig med EU-rätten. Svenska rättighetshavare skulle då stå inför att, av den svenska lagstiftaren, både vara berövade sin ensamrätt och därmed alla möjligheter att fullt ut få ekonomiskt utbyte av denna, och rätten till rimlig kompensation.”

Stockholm som ovan

Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation, SAMI



Stefan Lagrell, VD

visat sig vara felaktiga. Hur andra medlemsstater agerat saknar betydelse för hur den svenska ordningen ska se ut.

¹⁷ Se bl.a. Copyswede/KLYS remissyttrande, avsnitt 3.5.3., om förslagets förenlighet med 8 kap. regeringsformen.