

Stockholm
2016-10-21

Justitiedepartementet
Enheten för Immaterialrätt och transporträtt
Att: Linda Kullberg och Mattias Bjur
103 33 Stockholm

Via e-post:
Linda.kullberg@regeringskansliet.se

Remissvar: Ju2016/06404/L3

EU-kommissionens förslag till modernisering av EU:s upphovsrättsreglering

Inledning

SAMI har genom remiss daterad den 20 september 2016 erbjudits möjlighet att yttra sig över EU-kommissionens förslag till:

- direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, **KOM (2016) 593 slutlig**,
- förordning om regler för vissa onlineöverföringar av radio- och TV-företag och vidareändring av TV- och radioprogram, **KOM (2016) 594 slutlig**,
- förordning om gränsöverskridande utbyte mellan unionen och tredje länder till förmån för synskadade **KOM (2016) 595 slutlig**, samt
- direktiv om viss tillåten användning till förmån för synskadade; ändring av Infosoc. direktivet 2001/29/EG, **KOM (2016) 596 slutlig**.

SAMI har valt att i det följande koncentrera sig på förslaget till Direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden och då i huvudsak artiklarna 14-16 (Avd. IV, kapitel 3) som handlar om "Skälig ersättning i upphovsmäns och utövande konstnärers avtal", samt artikel 13 (Avd. IV, kapitel 2) om "Viss användning av skyddat innehåll via nättjänster". Beträffande de åtgärder som föreslås för undantag och inskränkningar har SAMI valt att kommentera dessa från ett mer principiellt perspektiv.

Förordningen om radio- och TV-företags onlineöverföringar kommenteras avslutningsvis och mer översiktligt.

Frågorna som behandlas i Kommissionens förslag är komplexa och remisstiden har varit kort. Att SAMI i det här skedet valt att inte, eller endast översiktligt, kommentera vissa delar av förslagen betyder inte att SAMI inte kan komma att ha synpunkter framgent även i dessa delar.

Som SAMI redan meddelat departementet svarar vi gärna på frågor och deltar gärna i samtal om vilka åtgärder som vi menar behövs för att säkerställa att också utövarnas intressen tas tillvara i den digitala miljön.

Om SAMI och SAMI:s verksamhet

Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation, SAMI, är den organisation som administrerar utövande konstnärers rätt till ersättning vid offentligt nyttjande av ljudupptagningar enligt tvångslicensen i 47§ upphovsrättslagen (URL). SAMI samlar även in ersättning till fonogramproducenterna enligt särskild överenskommelse med International Federation of the Phonographic Industry, IFPI, svenska gruppen. Förutom ersättningar som samlas in med stöd av tvångslicensen, företräder SAMI de utövande konstnärerna såvitt gäller licensiering av och insamling för vissa nyttjanden av deras exklusiva rättigheter enligt 45 § URL.

SAMI företräder cirka 37 000 svenska artister och musiker. SAMI företräder därutöver ett mycket stort antal utländska rättighetshavare med stöd av ömsesidighetsavtal med utländska kollektiva förvaltningsorganisationer.

SAMI är medlem i Association of European Performers' Organisations, AEPO-ARTIS, som är utövarorganisationernas gemensamma röst i Bryssel (www.aepo-artis.com). För en bättre förståelse för utövarnas (rättsliga) situation i Europa, se AEPO-ARTIS study: Performers' Rights in International and European Legislation: Situation and Elements for Improvement (http://www.aepo-artis.org/pages/149_1.html).

Situationen för utövare på musikområdet

Beträffande inspelade framföranden skiljer sig utövarnas rättigheter från upphovsmännens såtillvida att deras tillgängliggöranderätt begränsats till en rätt till ersättning vid offentligt framförande och överföring, dock med undantag för överföring som sker on-demand där ensamrätten formellt gäller fullt ut.

Utövarnas ersättningsrätt regleras i 47 § i den svenska upphovsrättslagen och motsvarande lagstiftning finns i de flesta europeiska medlemsstater som ett resultat av internationell och europeisk lagstiftning (här kan särskilt nämnas direktivet om informationssamhället, direktiv 2001/29/EG, och uthyrnings- och utlåningsdirektivet, 92/100/EEC).

Karaktäristiskt för utövare på musikområdet är deras svaga eller till och med obefintliga avtalsställning i utövandet av sina ensamrättigheter. Totalöverlåtelse, ofta mot en engångsersättning, av samtliga ensamrättigheter är ofta en förutsättning för att kontrakteras av ett musikbolag (producent). I och med överlåtelsen förlorar utövaren den formella kontakten med sina ekonomiska rättigheter och ensamrätten blir i praktiken en chimär. Istället har utövare på musikområdet ofta att förlita sig på sin ersättningsrätt för sekundära nyttjanden av inspelningen, då denna säkerställts genom regler om tvingande kollektiv förvaltning.

Som ett resultat av den snabba tekniska utvecklingen har nya digitala distributions- och affärsmodeller utvecklats. Traditionella medier (exempelvis linjära radio-/TV utsändningar) har fått ta steget bak till förmån för strömmande tjänster, ofta med inslag av interaktivitet. Det snabba skiftet har medfört att det blivit allt svårare att bestämma vad som ska anses utgöra ett tillgängliggörande som sorterar under utövarnas ersättningsrätt (i Sverige 47 §) och därmed vara föremål för kollektiv förvaltning genom SAMI och vad som sker on-demand (ensamrätt) och som typiskt sett är föremål för överlåtelse till musikbolaget. Denna gränsdragningsproblematik har uppmärksammats av kommissionen som i Meddelande (KOM (2015) 626) konstaterar att de nuvarande definitionerna i EU-lagstiftningen leder till osäkerhet vid licensiering i internetsammanhang och att det därför bör övervägas vilka åtgärder som kan behövas för att klargöra vilka handlingar som utgör tillgängliggörande för allmänheten on-demand respektive överföring till allmänheten. Några åtgärder har dock inte vidtagits av kommissionen, vilket lett till att musikbolagen, ensidigt och utan samråd med utövarna, själva kunnat dra upp riktlinjerna för hur nättjänsterna ska kategoriseras och licensieras och i vilka fall tjänsten (undantagsvis) faller in under kollektiv förvaltning.

SAMI tvingas mot bakgrund av ovan konstatera att den på papperet starka ensamrätten i praktiken och i rak motsats till lagstiftarens avsikt, har blivit den svaga länken i utövarens intäktskedja. SAMI ställer sig alltså helt bakom uppfattningen att något behöver göras för att säkerställa att kreatörer, här med särskilt fokus på utövare på musikområdet, får ta del av de intäkter som genereras genom de nya sätten att konsumera musik.

Direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden

EU-kommissionen har misslyckats

Det uttalade målet med EU-kommissionens förslag är att modernisera upphovsrättslagstiftningen inom EU och därigenom bidra till en ökad digital tillgång till kreativt innehåll med bibehållen hög skyddsnivå för rättigheter och en god balans mellan intressen och också att säkerställa att upphovsmän och utövare får betalt när deras verk och prestationer används på nätet.

För utövarna på musikområdet missar kommissionen helt målet med det lagda förslaget då ingen av de bestämmelser som föreslås innebär en förbättrad intressebalans eller förbättrade utsikter till ersättning jämfört med vad som gäller idag. Det är tydligt, menar SAMI, att kommissionen i sitt arbete valt att bortse från de argument som framförts av utövarnas organisationer nationellt och på regional EU-nivå.

Varför fungerar inte ökad transparens som garanti för skälig ersättning?

Genom förslagets artikel 14 införs en bestämmelse enligt vilken utövare ska tillförsäkras en ökad insyn i de ekonomiska värden som exploateringen av dennes prestationer resulterar i. Insynskravet kan dock frångås om utövaren insats inte är signifikant eller om den administrativa bördan kan anses inte stå i proportion till de intäkter som genererats genom användningen av framförandet.

Kommissionen verkar felaktigt utgå ifrån att en ökad insyn för rättighetshavarna skulle öka deras möjligheter att erhålla en skälig ersättning för de nyttjanden som äger rum. Av de utövare som är verksamma på musikområdet är det långt ifrån alla som uppbär en löpande ersättning (royalty) som är avsedd att följa exploateringen, d v s musikbolagets intäkter med anledning av inspelningen. I princip samtliga musiker överlåter alla sina rättigheter till ett musikbolag mot en engångsersättning och även om dessa enligt förslagets ordalydelse också ges en rätt till insyn är det knappast lösningen på problemet med liten eller obefintlig ersättning. Det säger sig själv att insynskravet i praktiken synes förutsätta att det finns en avtalsrelation mellan parterna och att avtalet innehåller bestämmelser som innebär att beräkningen av utövarens ersättning är kopplad till förvärvarens omsättning eller på något annat sätt står i proportion till utnyttjandet av de förvärvade rättigheterna. En totalöverlåtelse innebär per definition att musikerna i normalfallet förlorar formell kontakt med och kontroll över sina rättigheter; det är musikbolaget ensamt som kontrollerar inspelningen och dess exploatering.

Även i relation till artister som har ett artistavtal med ett musikbolag kan dock nyttan av insynskravet ifrågasättas. Detta eftersom förvärvarens skyldighet att tillhandahålla information, som nämnts inledningsvis, kan begränsas till att endast gälla i förhållande till artister som på ett "betydande sätt bidragit till framförandet som helhet" och dessutom bara i den utsträckning som den "administrativa bördan" kan anses stå i proportion till intäkterna.

En musikinspelning består ofta av ett stort antal framföranden som tillsammans utgör en helhet, d v s den slutliga ljudbilden. Bestämmelserna ger ingen närmare vägledning om vem som avgör vad som utgör ett betydande bidrag till inspelningen, på vilka grunder och jämfört med vad. SAMI befarar att bedömningen av om ett framförande är betydande eller inte, kommer att bero på om utövaren har ett royaltyavtal för sin medverkan eller inte. Därmed förlorar bestämmelsen sin relevans för det stora flertalet musiker på musikområdet.

Beträffande bedömningen av den administrativa bördan relativt intäkterna är det SAMIs uppfattning att musikbolaget alltid bör kunna presentera ett underlag för beräkning av ersättning som följer av en royaltykonstruktion. Att i det sammanhanget överhuvudtaget medge en lättnad för den redovisningskyldige kan inte anses skäligt.

Transparens är givetvis av stor betydelse för en sund avtalsmarknad och utgör en grundförutsättning för att motarbeta oskäliga avtalsvillkor. Insynskravet i artikel 14 innebär dock inte ensamt någon garanti för skälig ersättning av skäl som angetts ovan. SAMI menar att insynskravet rimligen skulle ha föregåtts av en lagstadgad rätt till ersättning.

Varför är inte en möjlighet till omförhandling av avtal en garanti för skälig ersättning?

Rätten att begära omförhandling av ersättningsnivåer i artikel 15 bygger återigen på det felaktiga antagandet att det i normalfallet finns ett avtal att omförhandla och att det (redan) råder åtminstone någon form av balans i styrkeförhållandet mellan parterna.

Möjligheten att begära ytterligare ersättning med hänvisning till att den ursprungligt avtalade ersättningsnivån är oproportionerligt låg jämfört med relevanta efterföljande intäkter synes förutsätta att artisen kan påvisa detta, något som i praktiken förefaller innebära en minst sagt tung bevisbörda för artisen.

Möjligen kan denna bestämmelse gynna ett fåtal stora artister; artister som inte behöver oroa sig för vad en förhandlingsbegäran kan komma att få för konsekvenser för relationen till musikbolaget och framtida uppdrag, och som dessutom har kunskap och resurser att bekosta en (längre) rättslig process.

Den föreslagna "Avtalsanpassningsmekanismen" i artikel 15 kommer således inte att resultera i bättre eller mer rättvisa ersättningar till artister och musiker. Även här missar alltså kommissionen målet.

SAMI tror inte att det senare förhållandet avhjälps av inrättande av en alternativ tvistlösning enligt förslagets artikel 16, alldeles särskilt som den föreslås vara av dispositiv natur.

Vad krävs för att överbygga Valuegap?

Många Internettjänster tjänar mycket pengar på att lagra och ge allmänheten tillgång till upphovsrättsligt skyddat innehåll utan att tjänsterna själva, under återopande av ansvarsfrihetsgrunder för mellanhänder (s.k. "safe harbors"), anser sig upphovsrättsligt ansvariga för innehållet.

SAMI delar uppfattningen att det behövs regelverk som säkerställer att det värde som genereras av digital distribution av skyddat innehåll blir föremål för en rättvis fördelning också bland dem som bidragit till tjänsternas popularitet och spridning.

SAMI har inga invändningar mot en lagstiftning som innebär att ytterligare krav ska ställas på internettjänster som medverkar till distribution av skyddat innehåll. SAMI konstaterar att de föreslagna åtgärderna i artikel 13 inte i sig innebär (såvitt kan förstås) att de tjänster som kvalificerar sig för ansvarsfrihet enligt sk safe-harbor regler berörs. Inte heller i de fall där reglerna är tillämpliga kommer de ensamt innebära någon garanti för att artister och musiker får mer att säga till om eller leda till en mer "rättvis" fördelning av de intäkter som genereras.

För att "värdegapet" ska täppas till också i relation till artister och musiker måste bestämmelserna **kompletteras med regler som säkerställer att det ekonomiska värdet når dem** – som påpekats ovan är det snarare regel än undantag att musikbolagen tillskansat sig alla rättigheter till inspelningen och den enskilde musikern har därför litet eller inget inflytande över den fortsatta exploateringen vare sig den består av streaming eller nedladdning och än mindre över de betalningsmodeller som tillämpas av marknadens aktörer. Annorlunda uttryckt: det förhållandet att det finns licensieringsavtal (avtal som ger tjänsteleverantören en rätt att överföra skyddat innehåll till allmänheten) på plats innebär inte per automatik att artister och musiker blir ersatta för användningen.

Vad menar SAMI är lösningen?

I samband med införandet av Info Soc. Direktivet 2001/29/EC förstärktes skyddet för utövande konstnärers framföranden genom att de fick en ensamrätt till tillgängliggörande på begäran (on-demand rätten). För ljudupptagningar innebar förändringen lagtekniskt att tillgängliggörande på begäran undantogs från tvångslicensens (47 § upphovsrättslagen) tillämpningsområde. Härigenom skulle även artister och musiker få rätt att själva bestämma om och under vilka villkor deras inspelade framföranden fick nyttjas online.

Dessvärre kan konstateras att ensamrätten till on-demand förfoganden inte lett till en förbättrad situation för det stora flertalet artister och musiker. Anledningen är, vilket SAMI vid upprepade tillfällen påtalat och som också angetts ovan, att de i de allra flesta fall överläter alla sina rättigheter till ett musikbolag, ofta mot en engångsersättning och därefter ställs utanför den upphovsrättsliga värdekedjan. Av de artister

som har ett royaltyavtal är det endast ett fåtal som i reell bemärkelse kan förhandla om ersättningar och andra villkor i relation till musikbolaget som vanligtvis tillämpar egna standardkontrakt för att ingå avtal med artisten. De flesta artister och musiker erbjuds en "take it or leave it deal" utan möjlighet att påverka avtalets utformning. Denna situation är naturligtvis helt oacceptabel.

SAMI menar:

- **att bestämmelser avsedda att förstärka artister och musikers avtalsposition inte är lösningen på problemet med bristfälliga ersättningar i den digitala miljön.**
- **att det är helt nödvändigt att lagstiftningen istället ändras så att utövarnas ensamrätt till on-demand förfoganden kopplas till en oavvislig och kollektivt förvaltd rätt till ersättning.**

Ersättningsmodellen beskrivs bl.a. i kampanjen "Fair Internet for performers" (<http://www.fair-internet.eu/>) som SAMI tillsammans med övriga Europeiska utövarorganisationer ställer sig bakom och även bedriver nationellt (<http://www.fair-internet.se/>).

Lagtekniskt påminner den oavvisliga ersättningsrätten om den ersättningsmodell som gäller vid överlåtelse till producent av uthyrningsrätten (infördes i svensk rätt som en följd av uthyrnings- och utlåningsdirektiv, 92/100/EEG). Till ensamrätten att tillgängliggöra ett (inspelat) framförande på begäran kopplas en oefftergivlig rätt till ersättning som säkerställer att utövare – oberoende av om överlåtelse skett - får betalt. Ersättningen ska samlas in från användarna (de tjänster som tillhandahåller musik) och hanteras av utövarnas kollektiva förvaltningsorganisationer (obligatorisk kollektiv förvaltning). Beredskapen hos utövarnas kollektiva förvaltningsorganisationer är god och organisationerna har idag, på motsvarande sätt som på upphovsmannasidan, ett upparbetat regionalt och internationellt samarbete som möjliggör insamling över gränserna. En obligatorisk kollektiv förvaltning skulle också råda bot på den bristande balans i styrkeförhållande som föreligger mellan den enskilde utövaren och musikbolaget.

Obligatoriska undantag och inskränkningar

Som SAMI påtalat redan i samband med sitt yttrande över kommissionens meddelande (KOM (2015) 626) Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten (Ju 2016/00084/L3) anser SAMI att det är viktigt att komma ihåg att upphovsmän och utövande konstnärers rättigheter är en grundläggande förutsättning för deras skapande verksamhet. Utgångspunkten måste därför vara att de *alltid* ska kompenseras ekonomiskt, och att inskränkningar bör användas mycket restriktivt och inte införas för att tillgodose ekonomiska intressen, oavsett om de är allmänna eller enskilda.

När inskränkningar ändå anses nödvändiga av praktiska skäl (till exempel för massdigitalisering på kulturarvsområdet samt inom forskning och utbildning) bör lagstiftaren välja de för upphovsmän och utövare minst ingripande åtgärderna. Inskränkningar ska vara begränsade, noggrant preciserade och alltid prövas mot det så kallade trestegstestet. Om ett behov av ökad harmonisering kan identifieras är det viktigt att en sådan harmonisering inte går längre än nödvändigt och att inte väl fungerande nationella licensieringsmodeller, t ex. avtalslicenslösningar, riskeras.

Stödåtgärder för utsatta grupper kan givetvis vara motiverade, och något som de flesta antagligen ställer sig bakom, men fördelningspolitiken för de stöden bör bedrivas av staten via skattemedel snarare än via lagstiftning som i praktiken innebär att det är kreatörerna som får bekosta åtgärderna.

SAMI menar att alla undantag och inskränkningar alltid ska vara kopplade till någon form av ersättning till upphovsmän och utövande konstnärer.

I denna del vill SAMI särskilt peka på undantaget som föreslås för undervisningsverksamhet (förslagets avdelning II, artikel 4). Undantaget är brett formulerat och klargör inte vilken typ av verksamhet som kvalificerar sig som "utbildningsanstalt" eller vad som avses med användning i "illustrativt syfte". I sin nuvarande lydelse finns stort utrymme för tolkningar och risk för gränsdragningssvårigheter. Bestämmelsen öppnar upp för tillämpning av avtalslicenser vilket är bra (p.2) och föranstaltar om rimlig ersättning (p.4), dock att rätten till ersättning bör vara obligatorisk. För att åstadkomma en gränsöverskridande effekt introducerar kommissionen en "sändarlandsprincip" med utbildningsanstaltens etableringsort som anknytningskriterium. SAMI ifrågasätter att effekterna av en sändarlandsprincip för online-förfoganden (om än här begränsat till utbildningsundantaget) inte är tillräckligt utredda och känner viss oro över att principen genom stegvisa genomföranden kan komma att etableras för online-förfoganden generellt och utan att en ordentlig konsekvensanalys gjorts.

Förslag till förordning om Radio- och TV-företags onlineöverföringar och vidareändning av radio- och TV program

Vidareändning

Enligt svensk rätt är utövarnas (liksom även producenternas) rättigheter avseende tillgängliggörande av inspelade framföranden genom vidareändning föremål för inskränkning genom tvångslicensen i 47 § upphovsrättslagen såvitt gäller ljudupptagningar. För upptagningar av utövares audio-visuella framföranden gäller avtalslicensen för vidareändning av primära radio- och TV-utsändningar. Motsvarande bestämmelser återfinns i framförallt de nordiska ländernas lagstiftning.

SAMI representerar utövarna på musikområdet (vidareändning av fonogram) men har uppdragit åt Copyswede att förhandla om och inkassera ersättning för våra rättighetshavares räkning. SAMI ansvarar för dock för fördelning och utbetalning till berörda rättighetshavare.

SAMI har svårt att se att förslaget i denna del kommer att innebära några större förändringar för den svenska eller nordiska marknaden (som kan antas vara den i särklass mest relevanta marknaden för vidareändning av svenska kanaler) och har därför i dagsläget inte någon invändning mot förslaget, dock med reservation för att vissa förtydliganden kan behöva göras beträffande frågan om huruvida den obligatoriska kollektiva förvaltningen är absolut (artikel 3:1) och vad som ska gälla i situationer där det finns flera behöriga kollektiva förvaltningsorganisationer (artikel 3:3).

Sändarlandsprincip för vissa av radio- och TV-företagens onlinetjänster

Enligt svensk rätt är utövarnas (liksom även producenternas) rättigheter avseende tillgängliggörande av inspelade framföranden online föremål för inskränkning genom tvångslicensen i 47 § upphovsrättslagen såvitt gäller ljudupptagningar, dock med undantag för överföring som sker on-demand, för vilken utövarens ensamrätt gäller fullt ut. Beträffande radio- och TV företagens utsändningar gäller avtalslicens (42e). Avtalslicensen omfattar numera även utsändning on-demand och exemplarframställning som är nödvändig för att överföring ska kunna ske samt utövarnas rättigheter i denna del.

Även om förslaget kan uppfattas som relativt begränsat i det att det tar sikte på s k "anknutna" onlinetjänster, d v s onlinetjänster som tillhandahålls eller kontrolleras av radio- och TV företagen och som sker samtidigt eller under en fastställd tidsperiod efter den, är SAMI mycket tveksam till lämpligheten av att införa en sändarlandsprincip. Dels med hänvisning till den uppenbara risken att rättigheterna blir föremål för s. k. forum shopping och därmed att ersättningsnivåerna blir lägre, dels att bestämmelsen riskerar att störa befintliga fungerande marknader som t ex vidareändning av grannlandskanaler och potentiella nya marknader. SAMI känner också oro över att tillämpningen av sändarlandsprincipen i och med förslaget får "fäste" och på sikt kan komma att överföras till hela on-line sektorn. Vi tror inte att det är till gagn vare sig för transparens, effektiv och tillförlitligt kontroll eller rättvisa ersättningsnivåer för rättighetshavarna.

Stockholm 2016-10-21

Stefan Lagrell, VD