

En oavvislig ersättningsrätt?

*Betänkande av
Utredningen om vissa ersättningsfrågor
på upphovsrättsområdet*

Stockholm 2022



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2022:23

SOU och Ds finns på regeringen.se under Rättsliga dokument.

Svara på remiss – hur och varför

Statsrådsberedningen, SB PM 2003:2 (reviderad 2009-05-02).

Information för dem som ska svara på remiss finns tillgänglig på regeringen.se/remisser.

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet

Omslag: Elanders Sverige AB

Tryck och remisshantering: Elanders Sverige AB, Stockholm 2022

ISBN 978-91-525-0376-8 (tryck)

ISBN 978-91-525-0377-5 (pdf)

ISSN 0375-250X

Till statsrådet och chefen för Justitiedepartementet

Regeringen beslutade den 12 maj 2021 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att ta ställning till om det bör införas en s.k. oavvislig ersättningsrätt för upphovsmän och utövande konstnärer. En sådan oavvislig rätt skulle omfatta situationer där verken och framförandena tillhandahålls på begäran av enskilda (dvs. on demand). I uppdraget har även ingått att ta ställning till om det finns behov av ett nytt och frivilligt system för tvistlösning utom domstol mellan, å ena sidan, en upphovsman eller utövande konstnär och, å andra sidan, den som förvärvat rättigheter till utnyttjandet av verket eller framförandet. Detta skulle gälla för tvister i vissa frågor som regleras i det s.k. ersättningskapitlet i ett nytt EU-direktiv på upphovsrättsområdet (DSM-direktivet).

Justitierådet Dag Mattsson förordnades samma dag till särskild utredare.

Till sakkunniga förordnades från och med den 1 juni 2021 kansli- rådet Robert Nilsson och rättssakkunnige Carl Johan Sundqvist.

Till experter förordnades från och med den 1 juni 2021 rådmannen Peter Adamsson, förhandlingschefen Rebecca Barzegar, avdelnings- juristen Martin Berger, chefsjuristen Lars Grönquist, förbunds- direktören Susin Lindblom-Curman, styrelseledamoten Petra Måhl, förbundsdirektören Charlott Richardson, advokaten Dag Sandart, docenten Christina Wainikka, juristen Ulrika Wendt, juris doktorn Ulrika Wennersten, verkställande direktören Ludvig Werner, juristen Mikaela Zabrodsky och seniorjuristen Thorbjörn Öström. Thorbjörn Öström entledigades den 16 september 2021 och samma dag förord- nades seniora juristen Josephine Alin till expert. Ulrika Wendt ent- ledigades den 25 januari 2022 och samma dag förordnades chefs- juristen Martina Andersson till expert.

Som sekreterare anställdes från och med den 12 maj 2021 rätts-sakkunnige Ricardo Valenzuela.

Utredningen har antagit namnet Utredningen om vissa ersättningsfrågor på upphovsrättsområdet.

Utredningen överlämnar härmed sitt betänkande *En oavvislig ersättningsrätt?* (SOU 2022:23).

Uppdraget är med detta slutfört.

Stockholm i maj 2022

Dag Mattsson

/Ricardo Valenzuela

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| Förkortningar | 9 |
| Sammanfattning | 11 |
| Summary | 15 |
| 1 Författningsförslag | 19 |
| 1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk..... | 19 |
| 1.2 Förslag till förordning om ändring i förordningen (2007:1111) med instruktion för Patent- och registreringsverket | 21 |
| 2 Utredningens uppdrag och arbete | 23 |
| 3 Det upphovsrättsliga regelverket | 27 |
| 3.1 Allmänt om upphovsrätten och vissa till upphovsrätten närstående rättigheter | 27 |
| 3.2 Ekonomiska rättigheter | 29 |
| 3.3 Ideella rättigheter | 34 |
| 3.4 Överlåtelse | 35 |
| 3.5 Bestämmelser om kollektiva förvaltningsorganisationer | 40 |
| 3.6 Tvister | 41 |
| 3.7 Internationella konventioner och EU-regler | 41 |
| 3.8 DSM-direktivet | 42 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4 | Närmare om ensamrättens ekonomiska betydelse..... | 45 |
| 4.1 | Inledning..... | 45 |
| 4.2 | Allmänt om ensamrättens ekonomiska ändamål..... | 45 |
| 4.3 | Tidigare överväganden om upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning..... | 48 |
| 5 | Framväxten av streamingtjänster och andra digitala tjänster..... | 59 |
| 5.1 | Inledning..... | 59 |
| 5.2 | Allmänt om framväxten av digitala tjänster..... | 60 |
| 5.3 | Utvecklingen på musikområdet..... | 61 |
| 5.4 | Utvecklingen på det audiovisuella området..... | 65 |
| 5.5 | Utvecklingen på litteraturområdet..... | 66 |
| 6 | Något om de avtal som förekommer..... | 69 |
| 6.1 | Inledning..... | 69 |
| 6.2 | Avtal på musikområdet..... | 70 |
| 6.3 | Avtal på det audiovisuella området..... | 73 |
| 6.4 | Avtal på litteraturområdet..... | 82 |
| 6.5 | Andra avtal och områden..... | 84 |
| 6.6 | Avtal om vidare utnyttjanden..... | 85 |
| 7 | Upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning..... | 89 |
| 7.1 | Allmänna utgångspunkter..... | 89 |
| 7.2 | Villkor som har att göra med den rättsliga regleringen..... | 91 |
| 7.3 | Villkor som har att göra med de avtal som förekommer..... | 97 |
| 7.4 | Villkor som har att göra med hur rättigheterna förvaltas .. | 102 |
| 7.5 | Villkor som har att göra med hur vissa intäkter genereras .. | 104 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 7.6 | Storleken av de ersättningar som faktiskt betalas | 105 |
| 7.7 | Något om de ekonomiska förutsättningarna när en ensamrätt överläts..... | 113 |
| 7.8 | Några mera allmänna ekonomiska aspekter på upphovsmäns och utövande konstnärers ersättningar | 119 |
| 8 | En oavvislig ersättningsrätt | 125 |
| 8.1 | Uppdraget enligt kommittédirektiven..... | 125 |
| 8.2 | Bakgrund | 125 |
| 8.3 | Förhållandena i andra länder | 135 |
| 8.4 | Överväganden om en s.k. oavvislig ersättningsrätt | 144 |
| 9 | Andra åtgärder | 163 |
| 9.1 | Uppdraget enligt kommittédirektiven..... | 163 |
| 9.2 | Frågor med koppling till DSM-direktivet | 164 |
| 9.3 | Överlåtelsens längd och förvärvarens ensamrätt | 171 |
| 10 | Alternativ tvistlösning | 179 |
| 10.1 | Uppdraget enligt kommittédirektiven..... | 179 |
| 10.2 | Skiljeförfarande och medling..... | 180 |
| 10.3 | Andra alternativa tvistlösningsformer | 183 |
| 10.4 | Tidigare invändningar mot de nuvarande formerna för tvistlösning på upphovsrättsområdet..... | 186 |
| 10.5 | Närmare om vissa aspekter på en ny alternativ tvistlösningsform på upphovsrättsområdet..... | 186 |
| 10.6 | Förhållandena i andra länder | 194 |
| 10.7 | Förutsättningarna för en branschintern lösning..... | 196 |
| 10.8 | En medlarförteckning och information om medling..... | 197 |

| | | |
|---------------|--|------------|
| 11 | Ikraftträdande och övergångsbestämmelser | 203 |
| 12 | Konsekvenser | 207 |
| 13 | Författningskommentar | 211 |
| 13.1 | Förslaget till lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk..... | 211 |
| Bilaga | | |
| Bilaga 1 | Kommittédirektiv 2021:31 | 215 |

Förkortningar

| | |
|-----------------------|--|
| Avtalslagen | Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område |
| Bokhandlareföreningen | Svenska Bokhandlareföreningen |
| Copyswede | COPYSWEDE, ek. för. |
| Dramatikerförbundet | Sveriges Dramatikerförbund, förening u.p.a. |
| DSM-direktivet | 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 |
| Film&TV-Producenterna | Film- och TV-producenterna i Sverige ek. för. |
| Författarförbundet | Sveriges Författarförbund |
| Förläggareföreningen | Svenska Förläggareföreningen ek. för. |
| Ifpi | Ifpi Sverige |
| Infosoc-direktivet | Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället |

| | |
|--|---|
| KLYS | Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares Samarbetsnämnd |
| Musiksverige | Musiksverige samlad svensk musikbransch ek. för. |
| NCB | Nordisk Copyright Bureau |
| PRV | Patent- och registreringsverket |
| SAMI | Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation |
| Stim | Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå STIM u.p.a. |
| SVT | Sveriges Television AB |
| TV4 | TV4 AB |
| Upphovsrättslagen | Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk |
| UrhDaG | Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz |
| UrhG | Urheberrechtsgesetz |
| Uthyrnings- och utlåningsdirektivet | Rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området, i kodifierad version Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 |

Sammanfattning

Inledning

Låtskrivare, författare och andra upphovsmän har ett antal lagstadgade rättigheter till sina verk. Med avseende på sina framföranden har skådespelare, musiker och andra utövande konstnärer ett liknande skydd. Den upphovsrättsliga regleringen innebär bland annat att andra i princip inte får använda dessa prestationer (ensamrätt). Tanken är att upphovsmän och utövande konstnärer ska ha möjlighet att själva dra ekonomisk nytta av sin verksamhet. I praktiken sker detta ofta genom att upphovsmannen eller den utövande konstnären ger någon annan tillstånd att använda det upphovsrättsligt skyddade materialet i utbyte mot ersättning.

En viktig del i ensamrätten är användning som innebär att materialet överförs till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer (on demand). När material tillgängliggörs på internet sker överföringen i stor utsträckning på det sättet, t.ex. när det tillhandahålls för streaming eller nedladdning.

I betänkandet konstaterar utredningen att det har blivit allt vanligare att enskilda tar del av upphovsrättsligt skyddat material på internet, främst via olika streamingtjänster. På musikområdet har tjänster av det slaget fått en allt större betydelse för intäkterna från inspelad musik. Man kan utgå från att streamningstjänster har fått en relativt sett större betydelse även för intäkterna från filminspelningar (dramaserier, spelfilmer och liknande). På litteraturområdet syns en liknande utveckling, där särskilt ljudböcker står för en allt större andel av intäkterna.

Upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning

Utredningens första uppgift har enligt direktiven varit att analysera och redogöra för upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få lämplig och proportionerlig ersättning för de tillgängliggöranden av verk och framföranden som sker på begäran av enskilda (t.ex. streaming).

Av redogörelsen i betänkandet framgår att det ytterst är många olika faktorer som har betydelse för om ett avtal alls kommer till stånd och för de närmare villkor på vilka avtal träffas, däribland de ekonomiska förutsättningarna under vilka förvärvare av upphovsrättsligt skyddat material är verksamma.

Vidare konstateras att verkligheten är sådan att det stora flertalet upphovsmän och utövande konstnärer i regel får en förhållandevis liten andel av intäkterna från streamningstjänster. Vid analysen görs bedömningen att det för de allra flesta är svårt att trygga sin försörjning endast med hjälp av intäkter från rätten att tillhandahålla sina prestationer på begäran av enskilda.

Utredningen konstaterar även att upphovsmän och utövande konstnärerna inte sällan står främmande för affärsmässiga och ekonomiska överväganden och saknar den erfarenhet som krävs för att bedöma det ekonomiska värdet av den rätt som de överlåter. Över huvud taget kan det vara svårt att redan vid en överlåtelse överblicka vilket värde som rättigheten kan komma att ha i framtiden. Till det ska läggas att upphovsmannen eller den utövande konstnären kan vara starkt beroende av förbindelserna med en viss producent eller ett visst bokförlag för sin verksamhet och försörjning. Förhållanden av det slaget kan få till följd att en upphovsman eller utövande konstnär befinner sig i en underlägsen ställning i förhållande till sin avtalspart och riskerar att leda till att avtal träffas om ersättningsvillkor som inte är rimliga.

Enligt utredningen bedömning finns det en risk för att orimligt låga ersättningsnivåer generellt sett underminerar de ekonomiska incitament och villkor som krävs för att upphovsmän och utövande konstnärer alls ska ägna sig åt sina verksamheter. Utredningen framhåller att det upphovsrättsliga regelverket i rimlig utsträckning bör garantera att upphovsmän och utövande konstnärer får en skälig ersättning när de överlåter sina ensamrättigheter.

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

Utredningen har haft i uppdrag att ta ställning till en särskild fråga i detta sammanhang, nämligen om det finns behov av och är lämpligt att införa en s.k. oavvislig ersättningsrätt för upphovsmän och utövande konstnärer. Enligt en sådan rätt skulle upphovsmän och utövande konstnärer kunna kräva ersättning direkt av användaren, t.ex. en leverantör av streamingtjänster, oberoende av om denne är upphovsmannens eller den utövande konstnärens avtalspart eller om denne i stället är någon som i ett senare led har förvärvat rättigheten. Detta skulle gälla i princip oaktat vad som har överenskommit vid överlåtelsen av rättigheten. Rätten skulle inte kunna avtalas bort. Tanken är att rätten dessutom skulle vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning.

Utredningen kommer till slutsatsen att det inte finns tillräckliga skäl att införa en oavvislig ersättningsrätt. För det första är en rätt av det slaget svår att förena med allmänna förmögenhetsrättsliga tankegångar och kan leda till mindre rimliga resultat. För det andra – och viktigare – kan rätten inte anses vara ägnad att åstadkomma det resultat som man vill uppnå, nämligen att i större utsträckning tillförsäkra att upphovsmän och utövande konstnärer får en ersättning som är skäligen när verk och framföranden tillhandahålls på begäran av enskilda. I stället finns det tydliga risker för att förutsättningarna för många av dem sammantaget skulle påverkas i negativ riktning.

Andra åtgärder

Utredningen har även haft i uppdrag att ta ställning till om det i så fall behövs andra åtgärder när det gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter till ersättning för utnyttjanden som innebär att deras verk och framföranden tillhandahålls på begäran av enskilda.

I betänkandet föreslår utredningen att det ska införas en bestämmelse som ger utövande konstnärer ett starkare skydd när de överlåter sina rättigheter. När överlåtelsen avser rätten att överföra ett framförande till allmänheten eller att framföra det offentligt, ska den bara gälla för en tid av tre år och inte medföra någon ensamrätt. Bestämmelserna ska tillämpas i den utsträckning något annat inte har avtalats och de ska inte gälla när överlåtelsen avser ett filmverk.

Förslaget innebär att utövande konstnärer i det angivna avseendet får samma rätt som upphovsmän redan har. På så sätt får de också bättre förutsättningar att hantera svårigheten att överblicka värdet av sin prestation.

Utredningen föreslår att lagändringen ska träda i kraft den 1 juli 2023.

Utredningen beaktar här till de förslag som i en departementspromemoria har lämnats för att genomföra DSM-direktivet i svensk rätt.

Utredningen konstaterar att det är principiellt viktigt att det på något vis kommer till uttryck i lagstiftningen att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt till en skäligen ersättning.

Utredningen gör vidare bedömningen att det inte finns tillräckliga skäl att komplettera den rätt till ytterligare ersättning som föreslås i departementspromemorian så, att rättighetshavaren kan kräva den ytterligare ersättningen av någon annan än sin avtalspart. Många av de skäl som talar emot att införa en oavvislig ersättningsrätt är i grunden aktuella även i fråga om en rätt av det slaget.

Alternativ tvistlösning

I utredningens uppdrag har dessutom ingått att överväga om det behövs ett nytt och frivilligt system för tvistlösning utom domstol i tvister av visst slag mellan, å ena sidan, en upphovsman eller utövande konstnär och, å andra sidan, den som har förvärvat en rättighet.

Enligt utredningens mening finns det tydliga fördelar med medling i många situationer. För att ta vara på dessa behöver användningen av medling öka. Detta kräver åtgärder för att förbättra tillgången till medlare med särskild branschkunskap. Dessutom behöver kunskapen om medling öka.

Utredningen föreslår därför att Patent- och registreringsverket ges i uppdrag att tillhandahålla en förteckning över personer som har förklarat sig villiga att medla i dessa tvister. Patent- och registreringsverket ska även ges i uppdrag att tillhandahålla information om medling som tvistlösningsform i tvister av det här slaget.

Summary

Introduction

Songwriters, writers and other authors have a number of statutory rights in relation to their works. Actors, musicians and other performers have similar protection with regard to their performances. Under the copyright rules, this means that in principle, others may not exploit these works and performances (exclusive rights). The idea is that authors and performers should themselves have the opportunity to benefit financially from their activities. In practice, this is often accomplished by the author or performer giving someone else permission to exploit the works or other subject matter in exchange for remuneration.

One important aspect of exclusive rights is exploitation whereby works and other subject matter are communicated to the public in such a way that individuals may access them from a place and at a time chosen by them (on demand). When works and other subject matter are made available online, they are frequently communicated in that way, e.g. they are made available to stream or download.

The Inquiry notes in its report that it has become increasingly common for individuals to access works and other subject matter via a variety of streaming services. In the music industry, services of this kind have had an increasing effect on revenues from musical recordings. It is reasonable to assume that streaming services have also had an increasing effect on revenues from audiovisual recordings (drama series, feature films, etc.). There is a similar trend in the literature sector, with audiobooks, in particular, accounting for an increasing proportion of revenues.

Opportunities for authors and performers to receive remuneration

The Inquiry's first task under the terms of reference was to analyse and outline the opportunities for authors and performers to receive appropriate and proportionate remuneration when works and performances are made available on demand (e.g. streaming).

According to the report, there are ultimately many different factors that affect whether an agreement comes about at all and the specific terms on which agreements are concluded, including the financial conditions under which the acquirer/purchaser of works and other subject matter operates.

It also notes that in reality, the vast majority of authors and performers generally receive a relatively small proportion of the revenues from streaming services. The analysis establishes that most of them have difficulty earning a living solely from revenues from their right to make their works or other subject matter available to the public on demand.

The Inquiry also notes that authors and performers are frequently unfamiliar with business and financial considerations and lack the experience needed to assess the financial value of the right they are transferring or licensing. It can in any case be difficult to know at the point in time when the right is transferred or licensed what its value may be in the future. It should be added that an author or performer may be highly dependent on their association with a particular producer or publisher for their activities and livelihoods. Relationships of this kind can place an author or performer in an inferior position to their contractual counterparty, and risk leading to agreements that contain unreasonable remuneration terms.

In the Inquiry's assessment, there is a risk of unreasonably low remuneration levels generally undermining the financial incentives and terms that are needed to ensure that authors and performers devote themselves to their activities at all. The Inquiry stresses that the copyright rules should to a reasonable extent guarantee authors and performers fair remuneration when they transfer or license their exclusive rights.

There is insufficient reason to introduce a specific kind of unwaivable right to remuneration

The Inquiry was tasked with considering a specific question in this context: whether there is a need for – and whether it would be appropriate to introduce – a specific kind of unwaivable right to remuneration for authors and performers. A right of this kind would mean that authors and performers would be able to demand remuneration directly from users, e.g. streaming service providers, regardless of whether the user is party to an agreement with the author or performer in question or whether they simply acquired the right at a subsequent contractual stage. This would in principle apply regardless of what was agreed when the right was transferred or licensed. It would not be possible to waive that right. The idea is that such a right would also be subject to mandatory collective management.

The Inquiry concludes that there is insufficient reason to introduce this kind of unwaivable right to remuneration. Firstly, this kind of right is not really compatible with general principles of property law, and can have unreasonable consequences. Secondly – and more importantly – it cannot be considered likely that this right will achieve the desired results, that is, ensuring to a greater extent that authors and performers receive fair remuneration when works and performances are made available to the public on demand. In fact, there is a clear risk that conditions for many of them would be adversely affected overall.

Other measures

The Inquiry was also tasked with considering whether any other measures would be needed with regard to opportunities for authors and performers to receive remuneration for exploitation whereby their works and performances are made available to the public on demand.

In the report, the Inquiry proposes that a provision be introduced giving performers greater protection when they transfer or license their rights. When the transfer or licensing concerns the right to communicate a performance to the public or to show it in public, it should only apply for a period of three years and should not confer an exclusive right. The provisions should apply as long as nothing

else has been agreed, and should not apply where the transfer or licensing concerns an audiovisual work. This proposal means that in the respects outlined, performers would have the same rights that authors already enjoy. This will also ensure better conditions for handling the difficulty of foreseeing the value of their protected subject matter.

The Inquiry proposes that the legislative amendment enter into force on 1 July 2023.

Moreover, the Inquiry takes account of the proposals made in a ministry memorandum concerning the transposition of the Digital Single Market Directive into Swedish law.

The Inquiry notes that on principle, it is important that the legislation in some way expresses that authors and performers are entitled to fair remuneration.

Furthermore, the Inquiry makes the assessment that there is insufficient reason to supplement the right to additional remuneration proposed in the ministry memorandum in such a way that the rightholder can demand the additional remuneration from someone other than their contractual counterparty. Many of the reasons why the abovementioned kind of unwaivable right to remuneration should not be introduced essentially also apply to this kind of right.

Alternative dispute resolution

The Inquiry's remit also includes considering whether a new, voluntary out-of-court dispute resolution procedure is needed in certain kinds of disputes between an author or performer and a party that has acquired a right.

In the Inquiry's view, in many situations there are clear advantages to mediation. To capitalise on these advantages, the use of mediation needs to increase. This requires measures to improve access to mediators with industry-specific knowledge. Awareness of mediation also needs to improve.

The Inquiry therefore proposes that the Swedish Intellectual Property Office be tasked with maintaining a list of people who are prepared to mediate in such disputes. The Swedish Intellectual Property Office should also be tasked with providing information about mediation as a form of dispute resolution in disputes of this kind.

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

Härigenom föreskrivs att 45 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk ska ha följande lydelse.

*Lydelse enligt promemorian Upp- Föreslagen lydelse
hovsrätten på den digitala inre
marknaden (Ds 2021:30)*

45 §

En utövande konstnär har, med de inskränkningar som föreskrivs i denna lag, en uteslutande rätt att förfoga över sitt framförande av ett litterärt eller konstnärligt verk eller ett uttryck av folklöre genom att

1. ta upp framförandet på en grammofonskiva, en film eller en annan anordning, genom vilken det kan återges,
2. framställa exemplar av en upptagning av framförandet, och
3. göra framförandet eller en upptagning av det tillgängligt för allmänheten.

De rättigheter som avses i första stycket 2 och 3 gäller till utgången av femtionde året efter det år då framförandet gjordes. Om upptagningen har getts ut eller offentliggjorts inom femtio år från framförandet, gäller rättigheterna i stället till utgången av det femtionde eller, för ljudupptagningar, sjuttionde året efter det år då upptagningen först gavs ut eller offentliggjordes.

Bestämmelserna i 2 § andra- Bestämmelserna i 2 § andra-
fjärde styckena, 3, 6–9, 11–13 och fjärde styckena, 3, 6–9, 11–13 och
15 a–16 §§, 16 a § tredje stycket, 15 a–16 §§, 16 a § tredje stycket,
16 e–17 c, 17 e, 21, 22, 25–26 b, 16 e–17 c, 17 e, 21, 22, 25–26 b,

26 e, 26 k–26 m och 27–29 e §§, 39 § första meningen samt i 41–42 j §§ ska tillämpas i fråga om framföranden som avses i denna paragraf. När det gäller rätt till en ljudupptagning som en utövande konstnär har överlåtit till en framställare av ljudupptagningar ska dock 29 d § inte tillämpas efter det femtionde året efter det år då upptagningen först gavs ut eller, om den inte getts ut, det år då den först offentliggjordes.

26 e, 26 k–26 m och 27–30 §§, 39 § första meningen samt i 41–42 j §§ ska tillämpas i fråga om framföranden som avses i denna paragraf. När det gäller rätt till en ljudupptagning som en utövande konstnär har överlåtit till en framställare av ljudupptagningar ska dock 29 d § inte tillämpas efter det femtionde året efter det år då upptagningen först gavs ut eller, om den inte getts ut, det år då den först offentliggjordes.

När ett exemplar av en upptagning enligt denna paragraf med den utövande konstnärens samtycke har överlåtit inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet får exemplaret spridas vidare.

Fjärde stycket ger inte rätt att tillhandahålla allmänheten

1. exemplar av en upptagning genom uthyrning eller andra jämförbara rättshandlingar, eller
2. exemplar av en film eller annan anordning på vilken rörliga bilder tagits upp genom utlåning.

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2023.

2. För avtal som har ingåtts före ikraftträdandet gäller 45 § i den äldre lydelsen.

1.2 Förslag till förordning om ändring i förordningen (2007:1111) med instruktion för Patent- och registreringsverket

Härigenom föreskrivs att det i förordningen (2007:1111) med instruktion för Patent- och registreringsverket ska införas en ny paragraf, 2 b §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 b §

Patent- och registreringsverket ska tillhandahålla en förteckning över personer som har förklarat sig villiga att medla i tvister om tillämpning av 29–29 e §§ lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

Patent- och registreringsverket ska även tillhandahålla information om medling som tvistlösningsform i sådana tvister.

Denna förordning träder i kraft den 1 juli 2023.

2 Utredningens uppdrag och arbete

Utredningens uppdrag

Regeringen beslutade den 12 maj 2021 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att ta ställning i två frågor som aktualiseras i anslutning till 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 (DSM-direktivet). Regeringens direktiv finns i *bilaga 1*.

Den första frågan gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning när deras verk och skyddade prestationer tillhandahålls på begäran av enskilda, t.ex. när enskilda får tillgång till musik eller film via streamingtjänster på internet. Den fråga som utredningen ska ta ställning till enligt kommittédirektiven är om det finns behov av och är lämpligt att införa en s.k. oavvislig ersättningsrätt för upphovsmän och utövande konstnärer, eller om det finns behov av andra åtgärder i dessa sammanhang.

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.

Vilka åtgärder som kan komma i fråga måste ses i ljuset av att uppdraget inte gäller DSM-direktivets genomförande i svensk rätt. Enligt direktiven är uppdraget i stället inriktat närmast på frågan om det, vid sidan av de åtgärder som direktivets genomförande ger anledning till, behövs regler av annat slag än vad som följer av direktivets ersättningskapitel.

Den andra frågan gäller behovet av ett nytt och frivilligt system för tvistlösning utom domstol mellan en upphovsman eller utövande konstnär och den som har förvärvat en rättighet. Det nya förfarandet skulle gälla tvister som angår de bestämmelser som genomför artiklarna 18–20 och 22 i DSM-direktivet. Om utredningen gör bedömningen att det behövs ett sådant nytt system för tvistlösning, ska den enligt direktiven i första hand undersöka möjligheterna till branschinterna lösningar. Enligt direktiven går det även att föreställa sig komplement till dagens tvistlösningsmöjligheter inom ramen för befintlig myndighetsstruktur, till exempel genom ansvar för ett medlarregister eller annan administrativ hjälp.

Det ingår inte i uppdraget att överväga ett kostnadsfritt förfarande inom ramen för en statlig nämnd. Utredningen har inte heller mandat att föreslå ett utvidgat tillämpningsområde för lagen (2017:322) om medling i vissa upphovsrättstvister.

Även här gäller att utredningens uppdrag inte omfattar DSM-direktivets genomförande i svensk rätt. Frågan blir därmed om de åtgärder som omfattas av uppdraget behövs av andra skäl.

Utredningsarbetet

Utredningen har huvudsakligen bedrivit ett sedvanligt utredningsarbete. Utredningen har haft sammanlagt sju sammanträden där sakkunniga och experter har deltagit. Även därutöver har utredningen hämtat in uppgifter från och samrått med de sakkunniga och experterna.

Utredningen har dessutom haft kontakt med representanter för flera företag som tillhandahåller streamingtjänster eller förvärvar upphovsrättsligt skyddat material för andra liknande ändamål. Därtill har utredningen haft kontakt med flera andra organisationer som på olika sätt berörs av de frågor som uppdraget omfattar, bl.a. organisationer som företräder olika rättighetshavarkategorier. Utredningen har sammanträtt med företrädare för KLYS och Copyswede, som särskilt har förklarat sin uppfattning om förhållandena på avtalsmarknaden när det gäller audiovisuella produktioner.

I det inledande arbetet har inriktningen varit att inhämta kunskap om de olika frågeställningar som omfattas av uppdraget. Detta har skett framför allt genom att bakgrundstexter tagits fram och diskuterats på

utredningens sammanträden. Därefter har närmare behandlats de skäl som gör sig gällande i de olika frågeställningar som uppdraget omfattar. Också detta arbete har skett genom att texter har tagit fram och diskuterats vid sammanträden.

Utredningen har hållit sig informerad om det arbete som bedrivits för att genomföra DSM-direktivet i svensk rätt och utgår i sina överväganden och förslag från det som föreslås i promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30). Utredningen har vidare haft kontakter med Utredningen om privatkopieringsersättning och fått information om det arbete som den utredningen har bedrivit.

Som ett led i uppdraget att beakta lagstiftningen i Norden och i EU har kontakter förevarit med justitiedepartementen och motsvarande i Danmark, Finland, Island, Nederländerna, Norge, Spanien och Tyskland.

3 Det upphovsrättsliga regelverket

3.1 Allmänt om upphovsrätten och vissa till upphovsrätten närstående rättigheter

Den som har skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket, oavsett hur det kommer till uttryck. Det kan handla om musikaliska verk, filmverk, romaner, sceniska verk, målningar och många andra uttryck. Upphovsrätten omfattar resultatet av varje skapande verksamhet som uppnår en viss grad av originalitet (verks-höjd) och uppkommer när verket har skapats.

Upphovsrätten gäller som huvudregel under upphovsmannens livstid och 70 år efter hans eller hennes död. Intrång i någons upphovsrätt kan medföra straff, skadestånd och andra sanktioner.

Upphovsrätten innebär att upphovsmannen har ett antal rättigheter med avseende på verket.¹ Dessa brukar delas in i två delar, en framför allt ekonomisk och en ideell. Till den ekonomiska delen hör upphovsmannens ensamrätt att framställa exemplar av verket och att göra verket tillgängligt för allmänheten.

I upphovsrätten gäller en rad inskränkningar. Dessa motiveras av hänsyn till olika allmänna eller enskilda intressen. Exempelvis är det tillåtet att utan tillstånd från upphovsmannen under vissa förutsättningar framställa exemplar av offentliggjorda verk för privat bruk, citera, framställa och sprida exemplar inom vissa arkiv och bibliotek samt framställa exemplar för personer med funktionsnedsättning.

Det finns även ett antal rättigheter som står upphovsrätten nära och som innebär ett likartat skydd för vissa prestationer, s.k. närstående rättigheter. De närstående rättighetshavarna är bland annat

¹ Benämningen upphovsrätt används också som en gemensam beteckning för dessa rättigheter, se prop. 1960:17 med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m. s. 40. Emellanåt gör man emellertid skillnad mellan den egentliga upphovsrätten och andra rättigheter. Vad som då avses kan variera. Ofta handlar det om att skilja upphovsrätten från de närstående rättigheterna. Men andra gånger handlar det i stället om att skilja ut vissa mer centrala rättigheter, t.ex. ensamrätten, från andra typer av rättigheter.

utövande konstnärer (t.ex. musiker, dansare och skådespelare) och framställare av ljud- eller bildupptagningar (t.ex. musik- och filmproducenter). Den principiella utgångspunkten är att de olika grupperna på det upphovsrättsliga området så långt som möjligt ska behandlas lika och att de närstående rättighetshavarnas intressen inte är mindre skyddsvärda.

De utövande konstnärernas rättigheter gäller främst deras framföranden av litterära och konstnärliga verk. Det som skyddas är det specifika och konkreta framförandet.² De rättigheter som tillkommer framställare av ljud- eller bildupptagningar avser i stället själva upptagningen (den faktiska och konkreta upptagningen som sådan, inte upptagningens innehåll).³

De närstående rättigheterna varar normalt i 50 år från framförandet, upptagningen eller framställningen av respektive prestation. För utgivna eller offentliggjorda ljudupptagningar är skyddstiden 70 år.

I likhet med vad som gäller för upphovsmän och upphovsrätt har de närstående rättighetshavarna vissa ensamrättigheter.

I de närstående rättigheterna finns inskränkningar som i stort svarar mot vad som gäller för upphovsrätten.

Upphovsmännen och de närstående rättighetshavarna kan i princip fritt överlåta sina ensamrättigheter och således ge andra tillstånd att utnyttja deras verk och prestationer. Denna möjlighet är i praktiken många gånger nödvändig för att ensamrättigheternas ekonomiska potential ska kunna realiseras, se mer i avsnitt 4.2.

Upphovsrätten och de närstående rättigheterna regleras främst i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen).

Ett av de huvudsakliga syftena med den upphovsrättsliga lagstiftningen är att stimulera konstnärligt och litterärt skapande. Tanken är att lagen ska ge den som skapar något möjligheten att tillgodogöra sig resultatet av sitt skapande, framför allt genom att realisera ensamrättens ekonomiska värde. På det sättet ger man ekonomiska incitament till skapande och gör det möjligt för den som skapar att försörja sig på

² Det framförande som den utövande konstnärens rättigheter anknyter till är inte något annat än den konkreta tolkning som han eller hon presterar vid ett specifikt framförande av ett verk. Skyddet omfattar exempelvis inte efterlikningar. Framförandet behöver heller inte vara originellt eller ha någon konstnärlig nivå och skyddet omfattar följaktligen inte heller några sådana element. Det kan för fullständighetens skull nämnas att även framföranden av uttryck av folklöre skyddas.

³ På musikområdet benämns framställarens rättigheter med avseende på själva inspelningen ibland för masterrättigheter eller inspelningsrättigheter.

det och fortsätta sitt arbete. Detta gynnar inte bara skaparen utan främjar också samhället i stort, som ytterst får tillgång till ett rikt och mångfacetterat kulturutbud, se mer i avsnitt 4.2. I sammanhanget bör även framhållas den viktiga koppling som upphovsrätten har till yttrandefriheten och det fria meningsutbytet i samhället.

3.2 Ekonomiska rättigheter

Allmänt om ensamrättigheter

Förekomsten av ensamrättigheter är ett centralt inslag i den upphovsrättsliga regleringen. Det handlar om en rätt att utesluta andra från vissa förfoganden med verket eller prestationen; det är fråga om en ensamrätt (som ibland benämns förfoganderätt). Dessa rättigheter hör främst till upphovsrättens och de närstående rättigheternas ekonomiska sida.⁴

Upphovsmannens ensamrättigheter

Det kan inledningsvis noteras att lagstiftningens principiella utgångspunkt är att upphovsmannen ska ha rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som har praktiskt betydelse. I sammanhanget har det sagts att ensamrätten i princip bör omfatta allt sådant utnyttjande av verket i ekonomiskt syfte som inte är hänförligt till privatlivets område.

De förfoganden som omfattas av upphovsmannens ensamrätt kan delas in i två huvudkategorier. Till den ena kategorin hör förfoganden som innebär att exemplar av verket framställs (exemplarframställningsrätten). Den andra kategorin gäller förfoganden som innebär att verket görs tillgängligt för allmänheten. Allt tillgängliggörande för allmänheten omfattas, oavsett om det sker genom att verket överförs till allmänheten (överföringsrätten), verket framförs offentligt (framföranderätten), exemplar av verket visas offentligt (visningsrätten) eller exemplar av verket sprids till allmänheten (spridningsrätten).

Av särskilt intresse för utredningens överväganden är den del av ensamrätten och överföringsrätten som innebär att upphovsmannen

⁴ Det kan noteras att ensamrätten avser att tillgodose också vissa ideella intressen, se Auktorrättskommitténs betänkande Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk (SOU 1956:25) s. 86.

har ensamrätt att göra sitt verk tillgängligt för allmänheten genom att överföra det på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer (tillhandahållande på begäran).

De utövande konstnärernas och producenternas ensamrättigheter

De närstående rättighetshavarnas ensamrättigheter är utformade på ett sätt som liknar upphovsmännens.

En utövande konstnär har ensamrätt till sina prestationer i tre hänseenden. För det första omfattar ensamrätten förfoganden som innebär att konstnären framförande av ett verk tas upp (spelas in) på en grammofonskiva, en film eller en annan anordning, genom vilken det kan återges. För det andra innefattar den förfoganden som innebär att exemplar av en upptagning av ett sådant framförande framställs (dvs. kopieras). Ensamrätten innefattar för det tredje förfoganden som innebär att framförandet eller en upptagning av det görs tillgängligt för allmänheten (men här gäller vissa inskränkningar som redovisas i det följande).

Framställare av ljud- eller bildupptagningar har som sagt en ensamrätt såvitt gäller deras upptagningar. Upptagningen behöver inte avse vare sig ett verk eller ett framförande. Ensamrätten innefattar förfoganden som innebär dels att exemplar av upptagningen framställs, dels att upptagningen görs tillgänglig för allmänheten (men också här gäller vissa inskränkningar, se mer i det följande).

Även utövande konstnärers och framställares ensamrätt omfattar nyttjanden som innebär att deras prestationer tillhandahålls på begäran av enskilda.

Närmare om överföringsrätten

Av särskild betydelse för utredningens överväganden är som sagt överföringsrätten, framför allt den del av överföringsrätten som brukar benämnas tillhandahållande på begäran.

Upphovsmännens överföringsrätt innefattar förfoganden som innebär att ett verk görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket (dvs. på distans). Till sådana förfoganden hör vissa s.k. on demand-situationer, näm-

ligen fall när överföringen sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer (tillhandahållande på begäran).

Överföringsrätten i stort omfattar således alla situationer när ett verk görs tillgängligt för allmänheten på distans. Det kan exempelvis handla om traditionella radio- och tv-utsändningar (s.k. linjära sändningar) och om olika sätt att tillhandahålla material via internet. Och det spelar inte någon roll om den enskilde själv kan påverka när han eller hon ska ta del av materialet eller inte. Överföringsrätten omfattar alltså såväl situationer när exempelvis en film, en bok eller en låt där ett skyddat verk ingår tillhandahålls för streaming eller nedladdning under en viss period (dvs. on demand) som fall när materialet tillhandahålls endast vid en viss given tidpunkt (t.ex. vid tablåbelagd tv eller livesändningar på internet).

Utanför överföringsrätten faller situationer där ett verk görs tillgängligt för allmänheten på samma plats som den där allmänheten kan ta del av verket. Förfoganden som görs i sådana situationer omfattas i stället av framföranderätten. Framföranderätten omfattar exempelvis förfoganden som innebär att en film visas på en biograf, att musik framförs på en konsert eller att en bok läses upp vid en författarträff, förutsatt att allmänheten tar del av verket på platsen för filmvisningen, konserten eller uppläsningen. Det kan hända att sådana framföranden föregås av en distansöverföring, till exempel när musik streamas från internet i en butik eller ett gym eller en tv-sändning visas i en restaurang. I sådana fall görs verket tillgängligt i två led, som alltså kan beröra olika delar av upphovsmannens ensamrätt och olika användare.⁵

Som framgår i föregående avsnitt har även utövande konstnärer och framställare ensamrätt till överföringar som innebär att deras prestationer tillhandahålls på begäran av enskilda. I fråga om ljudupptagningar

⁵ Bilden kompliceras av EU-domstolens omfångsrika och stundtals svårgripbara uttalanden om vad som utgör en överföring till allmänheten. Domstolen har ansett att en sådan överföring, som regleras i artikel 3 i det s.k. infosoc-direktivet, föreligger även i situationer där det inte är uppenbart att fråga är om en distansöverföring i här avsedd mening. Domstolen har exempelvis kommit fram till att det kan föreligga en överföring till allmänheten när en pubägare, den som driver ett hotell eller innehavaren av ett rehabiliteringscenter installerar tv- eller radioapparater i sina anläggningar, se rättsfallen SGAE, C-306/05, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 och C-429/08 samt Reha Training, C-117/15. Samtidigt föreligger det inte någon överföring när någon enbart tillhandahåller de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring. Vidare följer det av domstolens praxis att en överföring till allmänheten inte föreligger i situationer där publiken befinner sig i direkt fysisk kontakt med skådespelaren eller någon annat som framför ett verk, se rättsfallet Circul Globus București, C-283/10.

(med undantag för ljudfilm) omfattar de utövande konstnärernas ensamrätt emellertid inte andra överföringar än tillhandahållanden på begäran (direktöverföringar) och inte heller offentliga framföranden. Utanför dessa aktörers ensamrätt faller alltså överföringar av ljudupptagningar som sker exempelvis vid traditionella direktsändningar via radio eller tv (s.k. linjära sändningar) och där den enskilde inte kan bestämma när han eller hon ska ta del av sändningen. Utanför ensamrätten faller även framföranden av ljudupptagningar på samma plats som den där allmänheten kan ta del av verket, till exempel i en restaurang, ett gym eller en nattklubb. I dessa fall har rättighetshavarna i stället rätt till ersättning för användningen.

Här kan avslutningsvis nämnas att även radio- och tv-företag har vissa ensamrättigheter. Deras rättigheter avser utsändningen av radio eller tv och innefattar bland annat en ensamrätt att tillåta att en upptagning av utsändningen överförs till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till upptagningen från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer. Även radio- och tv-företagens ensamrätt omfattar alltså sådana on demand-situationer.⁶

Ersättningsrättigheter

Förutom ensamrättigheter finns det ett antal bestämmelser som avser rättighetshavarnas rätt till ersättning i olika situationer (ersättningsrättigheter). Liksom ensamrättigheterna är ersättningsrättigheterna ekonomiskt betydelsefulla.

Flera ersättningsrättigheter syftar till att på olika sätt kompensera för inskränkningar som finns i ensamrättigheterna. Ett sådant syfte ligger bakom en grupp bestämmelser som är utformade som vad som ofta kallas tvångslicenser. En tvångslicens föreligger när ensamrätten är inskränkt på så sätt att rättighetshavaren inte får utesluta andra från en viss användning men i stället har en lagstadgad rätt till ersättning för användningen. Detta gäller för exempelvis vissa nyttjanden i samband med att exemplar sprids till personer med funktionsnedsättning eller när material återges i allmänna handlingar. Hit hör också den lagstadgade rätten till ersättning som tillkommer utövande

⁶ Det finns även närstående rättigheter som tillkommer framställare av databaser och fotografer. Det kan även noteras det har föreslagits att utgivare av presspublikationer ska få en ny till upphovsrätten närstående rättighet till sina publikationer, se promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30).

konstnärer och framställare i vissa fall. Som framgår i föregående avsnitt omfattar dessa gruppers ensamrätt inte direktöverföringar och offentliga framföranden av ljudupptagningar. I dessa situationer har de i stället en lagstadgad rätt till ersättning. För ersättningskraven gäller en kollektiv ordning, som bland annat innebär att konstnärer och framställare måste göra gällande sina krav samtidigt.

Det finns även ersättningsrättigheter där kopplingen till en inskränkning är mera indirekt. Ett exempel är privatkopieringsersättningen, som syftar till att ge upphovsmän, utövande konstnärer och framställare en rimlig kompensation för att det under vissa förutsättningar är tillåtet att framställa exemplar av offentliggjorda verk för privat bruk. Ersättningen betalas av näringsidkare som i sin yrkesmässiga verksamhet tillverkar eller importerar anordningar på vilka ljud eller rörliga bilder kan tas upp och som är särskilt ägnade för framställning av exemplar av verk för privat bruk.⁷

Ett annat exempel är följerätten. Följerätten innebär att upphovsmän kan få ersättning när ett exemplar av ett originalkonstverk som har överlåtits säljs vidare. Den syftar till att i viss mån kompensera för en inskränkning som innebär att vidareförsäljningar av konstverk i regel inte omfattas av upphovsmannens ensamrätt. De som kan vara skyldiga att betala en sådan ersättning är säljare, förmedlare eller köpare, som deltar vid försäljningen och är yrkesmässigt verksamma på konstmarknaden. Följerätten är personlig och får inte överlåtas eller efterges. Syftet med förbudet är att skydda upphovsmannen.

Här kan det även nämnas att privatkopieringsersättningen och följerätten är föremål för en ordning med s.k. obligatorisk kollektiv förvaltning. Det innebär att det bara är organisationer som kollektivt företräder rättighetshavarna som har behörighet att kräva in dessa ersättningar. Syftet med en obligatorisk kollektiv förvaltning är att samordna hanteringen och bespara de ersättningsskyldiga ett stort antal krav.

Såväl privatkopieringsersättningen som följerätten är s.k. särskilda ersättningsrättigheter. De vilar inte på något avtal mellan den ersättningsskyldige och den ersättningsberättigade utan grundas i stället direkt på lagen. Det som ger upphov till ersättningsskyldigheten är

⁷ En utredning har nyligen sett över reglerna om privatkopieringsersättning. Utredningen har föreslagit en ny ordning för hur ersättningen ska bestämmas och en ändring av vilka som ska vara skyldiga att betala den, se betänkandet Privatkopieringsersättningen i framtiden (SOU 2022:20).

inte heller förfoganden som omfattas av upphovsmannens ensamrätt.⁸ På ett liknande sätt förhåller det sig med de nämnda tvångslicenserna.

Det finns också ersättningsrättigheter som saknar samband med inskränkningar i ensamrätten. En sådan rätt till ersättning gäller när en upphovsman eller en utövande konstnär överlåter sin rätt att hyra ut ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder till en framställare. Upphovsmannen eller den utövande konstnären har i sådana fall en lagstadgad rätt till skälig ersättning som inte får avtals bort. Det talas i detta sammanhang om en ”oeftergivlig” ersättningsrätt. Rätten är obligationsrättslig; ersättningen ska alltså betalas av upphovsmannens avtalspart, se mer i avsnitt 4.3.

Ytterligare en annan lagstadgad rätt till ersättning gäller i vissa fall när en utövande konstnär har överlåtit sin rätt med avseende på en ljudupptagning. Den utövande konstnären har då rätt att få en tilläggsersättning för varje år som följer på det femtionde året av upptagningens skyddstid, om förvärvaren är en framställare av ljudupptagningar och överlåtelsen har skett i utbyte mot en engångsersättning. Tilläggsersättningen baseras på framställarens intäkter. Rätten får inte avtalas bort och är föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning.

De kan noteras att ytterligare bestämmelser om rätt till ersättning nyligen har föreslagits, se mer i avsnitt 3.8.

3.3 Ideella rättigheter

Upphovsrätten innefattar som sagt också vissa närmast ideella rättigheter. De kan delas in i två delar, nämligen rätten till namngivelse och den s.k. respekträtten.

Rätten till namngivelse innebär att upphovsmannen har rätt att anges när exemplar av verket framställs eller när verket görs tillgängligt för allmänheten. Respekträtten innebär att upphovsmannen kan motsätta sig att verket ändras så att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränks eller att verket görs tillgängligt för allmänheten i en sådan form eller ett sådant sammanhang att hans eller hennes litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränks.

⁸ Det kan emellertid anses att de förfoganden som aktualiserar följerrätten principiellt sett är hänförliga till upphovsmannens spridningsrätt.

Utövande konstnärer har ideella rättigheter i samma omfattning som upphovsmän.

3.4 Överlåtelse

Upphovsrättslagens utgångspunkt

Som framgår av den föregående redogörelsen är ensamrättigheterna i stor utsträckning motiverade av intresset att deras innehavare ska kunna dra ekonomisk nytta av dem. I praktiken handlar det många gånger om att en upphovsman eller en utövande konstnär ska kunna överlåta hela eller delar av sin ensamrätt till någon annat i utbyte mot ersättning. Inte sällan rör det sig om överlåtelse till någon som är beredd att göra de investeringar och samordna de insatser som kan krävas för produktion eller redaktion och distribution av exempelvis en filminspelning, en musikinspelning eller en bok.

Den upphovsrättsliga regleringens utgångspunkt är att avtalsfrihet gäller. Det är alltså upp till parterna att komma överens om villkoren för en överlåtelse. I upphovsrättslagen finns vissa, mestadels dispositiva, bestämmelser som gäller vid sådana förfoganden.

Något om villkoren vid överlåtelse

I upphovsrättslagen anges att en upphovsman får överlåta sin upphovsrätt utan annan inskränkning än att den ideella rätten inte får omfattas av överlåtelsen.⁹ Vad upphovsmannen kan överlåta är den rätt att förfoga över verket som ingår i hans eller hennes ensamrätt.¹⁰ Upphovsmän är alltså fria att överlåta sina ensamrättigheter och får i princip fritt bestämma villkoren för en överlåtelse. Rättighetsöverlåtelser av det slaget förekommer exempelvis när den som har skapat

⁹ Det finns även andra inskränkningar i upphovsmannens rätt att överlåta de rättigheter som omfattas av upphovsrätten. Som framgår i tidigare avsnitt får upphovsmannen inte överlåta sin följerrätt. Det har emellertid ansetts att följerrätten inte ingår i den egentliga upphovsrätten (där endast ensamrättigheterna och de ideella rättigheterna får anses ingå), även om den uppvisar många grundläggande likheter med och utgör en integrerad del av upphovsrätten, se prop. 2006/07:79 Upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerrätt) – genomförande av direktiv 2001/84/EG s. 30 och 31. Att den lagstadgade rätten till skälig ersättning vid vissa överlåtelser av uthyrningsrätten inte får efterges, kan också ses som en inskränkning i innehavarens möjligheter att disponera över ensamrätten.

¹⁰ Även ersättningsrättigheter är allmänt sett möjliga att överlåta, se t.ex. prop. 2012/13:141 Förbättrade möjligheter till licensiering av upphovsrätt s. 63. Som framgår i den tidigare redogörelsen finns det emellertid vissa inskränkningar i den möjliga.

ett musikaliskt verk tillåter att någon annan spelar in verket och pressar cd-skivor (dvs. att exemplar av verket framställs) och att inspelningen därefter görs tillgänglig för allmänheten (till exempel genom att den tillhandahålls för streaming på internet eller genom att cd-skivorna säljs). Som ytterligare exempel kan nämnas överlåtelser som innebär att en författare ger ett bokförlag rätt att trycka en bok (dvs. framställa exemplar av författarens verk) och sälja exemplar av boken.

En överlåtelse kan avse hela ensamrätten och således samtliga de förfogande som ingår i denna eller endast begränsade delar av ensamrätten, exempelvis något eller några av de förfoganden som ensamrätten innefattar. Även andra begränsningar kan avtalas. Parterna kan exempelvis komma överens om geografiska begränsningar eller om begränsningar av den tid som en överlåtelse gäller. I fall av begränsningar talar man ibland om upplåtelser snarare än om överlåtelser (men i upphovsrättslagen, liksom i detta betänkande, används begreppet överlåtelse med avseende på såväl fullständiga som partiella överlåtelser). Överlåtelser kan avse en exklusiv rätt till de förfoganden som ensamrätten omfattar, men den kan också ske på villkor som innebär att upphovsmannen kan överlåta motsvarande rättigheter även till andra eller att upphovsmannen själv behåller en rätt att förfoga över verket. I sådana fall säger man ibland att upphovsmannen lämnar ett tillstånd eller, särskilt när tillståndet avser en begränsad tid, att upphovsmannen upplåter en licens. Emellanåt gör man också skillnad mellan enkla och exklusiva licenser, där det senare innebär att förvärvaren är mer eller mindre ensam innehavare av rätten.

Det kan hända att parterna inte särskilt har avtalat om huruvida förvärvet avser en exklusiv rätt eller inte. Det kan även hända att tiden för upphovsmannens överlåtelse inte framgår av parternas avtal, t.ex. för att det har varit svårt att överblicka vilket värde som den överlåtna rättigheten kommer att ha. I upphovsrättslagen finns bestämmelser om vad som gäller i sådana fall. Den finns även regler om förvärvarens möjligheter att överlåta upphovsrätten vidare. Se mer om dessa bestämmelser i avsnitt 7.2. Upphovsrättslagen innehåller dessutom vissa dispositiva bestämmelser som gäller särskilt i fråga om förlagsavtal och avtal om filmning. Vissa av de nämnda bestämmelserna – men inte alla – gäller också i fråga om de prestationer som utövande konstnärer innehar med ensamrätt.

Som har framgått finns det för en viss situation tvingande bestämmelser om överlåtelser, nämligen när en upphovsman eller en utövande konstnär överlåter rätten att hyra ut ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder till en producent. I den situationen har upphovsmannen eller den utövande konstnären som sagt en tvingande rätt till skälig ersättning. Domstol kan alltså pröva om den ersättning som föreskrivs i avtalet är skälig eller om upphovsmannen eller den utövande konstnären har rätt till en högre ersättning.

Något om överlåtelser i anställningsförhållanden

Det är inte ovanligt att upphovsrättsligt skyddat material kommer till inom ramen för en anställning. Många gånger regleras arbetsgivarens rätt att förfoga över materialet i kollektivavtal eller individuella anställningsavtal. Även när frågan inte uttryckligen har reglerats anses det att en övergång kan föreligga. Det brukar anföras att saken får avgöras med ledning av en tumregel, som anger att arbetsgivaren inom sitt verksamhetsområde och för sin normala verksamhet får utnyttja verk som har kommit som ett resultat av tjänsteåligganden och särskilda åtaganden gentemot arbetsgivaren, såvida inte något annat har avtalats.¹¹

Bestämmelser om avtalslicenser

Även om den principiella utgångspunkten är att rättigheterna är individuella och det är upphovsmannen eller den närstående rättighetshavaren som måste ge tillstånd för att verket eller prestationen ska kunna utnyttjas, förekommer det bestämmelser som innebär att avtal om utnyttjanden kan träffas kollektivt av organisationer som företräder upphovsmän eller utövande konstnärer.

I upphovsrättslagen finns bestämmelser som möjliggör avtal om s.k. avtalslicens, vilka innebär att en part kan träffa avtal om användning av verk med en organisation som företräder ett flertal upphovsmän till i Sverige använda verk på området och därigenom få rätt att

¹¹ Se t.ex. AD 2019 nr 53. Det kan vidare noteras att en särskild regel gäller för datorprogram skapade i anställningsförhållanden. Den anger att upphovsrätten till ett datorprogram, som skapas av en arbetstagare som ett led i hans arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren, övergår till arbetsgivaren, såvida inte något annat har avtalats, se 40 a § upphovsrättslagen.

använda också verk av upphovsmän som inte företräds av organisationen. Avtalet utsträcks alltså till att omfatta även upphovsmän som står utanför organisationen (avtalet sägs ha s.k. avtalslicensverkan och ibland talas det om kollektiva licensavtal med utsträckt verkan). Syftet är att användaren genom ett enda avtal ska kunna få alla de rättigheter som behövs för verksamheten, samtidigt som upphovsmännen får ersättning. Avtalslicenserna bygger på grundtanken att den som behöver tillstånd till att utnyttja samtliga verk inom ett visst område på ett enkelt sätt ska kunna få det genom avtal med en organisation som representerar upphovsmännen.

Avtal med avtalslicensverkan får träffas endast för vissa i lagen särskilt utpekade utnyttjanden på specifika områden där det typiskt sett finns ett behov av förenklad rättighetsklarerings för att individuella avtal inte kan anses vara en möjlig lösning, t.ex. för att det inte på förhand går att avgöra vilka verk kommer att behöva användas. Bestämmelser om avtalslicens gäller exempelvis för vissa förfoganden på arbetsplatser, i undervisningsändamål och för vissa av arkiv och bibliotek. För radio- och tv-företag finns bestämmelser om avtalslicens som gör det möjligt att träffa avtal för användning av verk i de program som företagen sänder ut. Avtalslicensen för radio och tv-företag omfattar situationen där företaget tillhandahåller material på begäran av enskilda, under förutsättning att det ingår i ett radio- eller tv-program som företaget sänder ut. Var och en får dessutom vidareända (dvs. samtidigt och oförändrat återutsända) verk som ingår i en trådlös ljudradio- eller televisionsutsändning, om avtalslicens gäller.

Som ett komplement till de specifika avtalslicenserna finns en generell avtalslicens som innebär att var och en inom ett avgränsat användningsområde får framställa exemplar av och tillgängliggöra offentligtgjorda verk för allmänheten. Eftersom denna avtalslicens har en generell utformning, framgår av bestämmelsen att den är tillämplig endast om det är en förutsättning för utnyttjandet att användaren genom avtalet med organisationen ges rätt att utnyttja verk av det slag som avses med avtalet trots att verkens upphovsmän inte företräds av organisationen. Därmed förutsätts att det objektivt sett inte är praktiskt möjligt att i stället träffa individuella avtal.

Bestämmelserna om avtalslicens är tillämpliga även avseende de rättigheter som tillkommer utövande konstnärer och framställare av ljud- eller bildupptagningar.

Olika organisationer har tagit på sig uppgiften att ingå avtal av det här slaget med användare och fördela ersättningen till berörda rättighetshavare. Dessa är bland annat Copyswede, Bonus Copyright Access, Stim, Bild Upphovsrätt i Sverige (BUS), Upphovsrätt Scen & Film (tidigare Rättighetsbolaget Tromb) och Administration av litterära rättigheter i Sverige (ALIS).

Det finns särskilda regler till skydd för utanförstående rättighetshavares intressen när det gäller avtalslicenser.

Kollektiv förvaltning av lagstadgade ersättningsrättigheter

Som framgår av föregående avsnitt finns det vissa ersättningsrättigheter som är föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning, t.ex. privatkopieringsersättningen och följerätten. Det handlar här visserligen inte om överlåtelser av ensamrättigheter som sådana men förvaltningen har ändå en motsvarande ekonomisk betydelse för rättighetshavarna. Liksom i fråga om avtalslicenser finns det på detta område olika organisationer som har tagit på sig uppgiften att bedriva kollektiv rättighetsförvaltning. Som exempel på sådana organisationer kan nämnas Copyswede som inkasserar privatkopieringsersättning och BUS som inkasserar följerättsersättning.

Det finns även ersättningsrättigheter där kollektiv förvaltning inte är ett lagstadgat krav men där regleringen ändå är utformad på ett sätt som i praktiken närmast förutsätter att kollektiv förvaltning kommer till stånd. Det gäller exempelvis för den ersättning som utövande konstnärer och framställare av ljudupptagningar har rätt till vid utnyttjanden enligt den möjlighet som finns till vissa förfoganden av ljudupptagningar. SAMI och Ifpi inkasserar och fördelar sådan ersättning.

Andra kollektiva avtal

Det förekommer en stor mängd kollektiva avtal även utanför de områden där kollektiv förvaltning krävs enligt lag eller annars är förutsatt. Ett exempel på frivillig kollektiv förvaltningen är att de upphovsmän och musikförlag som är anslutna till Stim uppdrar åt Stim att förvalta deras ensamrättigheter till musikaliska verk. Förvaltningen avser överföringar till allmänheten, offentliga framföranden och mång-

faldiganden, och gäller den anslutnes alla existerande och framtida verk under avtalstiden. Ett annat exempel är Fackförbundet Scen & Films (tidigare Teaterförbundet) kollektivavtal med ett stort antal producenter av film, video och tv. Kollektivavtalet omfattar bl.a. regissörer, koreografer, skådespelare och dansare, och ger fackförbundet rätt att inkassera och fördela ersättningar för de prestationer som avtalet omfattar. Se mer i avsnitt 6.2 och 6.3.

3.5 Bestämmelser om kollektiva förvaltningsorganisationer

I lagen (2016:977) om kollektiv förvaltning av upphovsrätt finns bestämmelser om kollektiv rättighetsförvaltning och kollektiva förvaltningsorganisationer. Med kollektiv rättighetsförvaltning avses förvaltning av rättigheter för fler än en rättighetshavares räkning till deras gemensamma nytta, t.ex. när licenser utfärdas eller ersättningar inkasseras och fördelas. De rättigheter som avses är såväl ensamrättigheter som ersättningsrättigheter.

Lagen anger vissa grundläggande skyldigheter för kollektiva förvaltningsorganisationer, bl.a. att de ska bedriva verksamheten i de företrädda rättighetshavarnas intresse. En förvaltningsorganisation ska också se till att verksamheten leds på ett ansvarsfullt och lämpligt sätt samt att lämpliga rutiner för förvaltning, redovisning och intern kontroll tillämpas i verksamheten. Härtill krävs att intäkterna förvaltas på ett omsorgsfullt sätt. Lagen innehåller också bestämmelser som syftar till att rättighetshavare och andra garanteras insyn i organisationernas verksamhet. Den tillförsäkrar dessutom rättighetshavare vissa specifika rättigheter i förhållande till organisationen.

Lagen innehåller även bestämmelser om förvaltningsorganisationernas förhållande till användarna. Kollektiva förvaltningsorganisationer får inte tillämpa licensvillkor som inte har saklig grund och inte heller licensvillkor som är diskriminerande. Den ersättning som organisationen begär för användning av verk och andra skyddade prestationer ska vara rimlig. Att det ska vara fråga om licensiering innebär att endast avtal om tillstånd att använda verk och andra skyddade prestationer omfattas.

Patent- och registreringsverket har tillsyn över att kollektiva förvaltningsorganisationer följer bestämmelserna i lagen och får ingripa i vissa fall.

3.6 Tvister

Upphovsrättsliga tvistemål handläggs av allmän domstol. I vissa situationer gäller en särskild ordning enligt lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar. Enligt denna lag är Patent- och marknadsdomstolen, som är en särskild domstol, exklusivt behörig att pröva vissa mål, exempelvis mål om ersättningsskyldighet på grund av intrång i någons upphovsrätt. Andra mål än sådana som handläggs enligt det som föreskrivs i upphovsrättslagen omfattas inte av den exklusiva behörigheten. Det innebär att exempelvis tvister i anledning av avtal om upphovsrätt faller utanför domstolens exklusiva behörighet. Men under vissa förutsättningar får tvistemål som har samband med ett tvistemål som omfattas av domstolens exklusiva behörighet prövas av Patent- och marknadsdomstolen. Det förutsätter att domstolen anser att det är lämpligt med hänsyn till utredningen och övriga omständigheter.

Patent- och marknadsdomstolens avgöranden får som huvudregel överklagas till Patent- och marknadsöverdomstolen.

Tvister i frågor som parterna kan träffa förlikning om kan även prövas av skiljemän eller lösas genom privat medling, se mer i avsnitt 10.2.

3.7 Internationella konventioner och EU-regler

Upphovsrättslagen bygger till stor del på internationella överenskommelser. Till de mest betydelsefulla hör Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Bernkonventionen) och Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram och radioföretag (Romkonventionen). Andra viktiga internationella instrument är två fördrag antagna år 1996 inom Världsförbundet för den intellektuella äganderätten (WIPO): WIPO-fördraget om upphovsrätt (WIPO Copyright Treaty, WCT) och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT). Upphovs-

rätten regleras också i hög grad av ett flertal EU-direktiv som har genomförts i svensk rätt. Till dessa hör det s.k. infosoc-direktivet¹² samt uthyrnings- och utlåningsdirektivet.¹³

Upphovsrättslagen tillämpas i första hand på svenska verk och prestationer. Till följd av Sveriges anslutning till olika internationella konventioner tillämpas den även i förhållande till många utländska verk och prestationer, se internationella upphovsrättsförordningen (1994:193).

3.8 DSM-direktivet

Allmänt om direktivet

I april 2019 antogs ett EU-direktiv om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden (DSM-direktivet).¹⁴ Det huvudsakliga syftet är att anpassa unionens upphovsrättsliga regelverk till den tekniska utvecklingen.

Direktivet reglerar ett stort antal frågor. Det innehåller bestämmelser bl.a. om inskränkningar i upphovsrätten, om kollektiv licensiering, om en ny närstående rättighet för presspublikationer, om ansvaret för vissa leverantörer av informationssamhällets tjänster samt om upphovsmäns och utövande konstnärers överlåtelse.

Särskilt om ersättningskapitlet

Som framgår av kommittédirektiven har frågorna som omfattas av utredningens uppdrag aktualiserats i anslutning till direktivet. Av särskilt intresse för utredningens överväganden är direktivets bestämmelser om upphovsmäns och utövande konstnärers överlåtelse. Dessa finns i kapitel 3, det s.k. ersättningskapitlet. Kapitlet har rubriken ”Skälig ersättning i upphovsmäns och utövande konstnärers avtal för kommersiell användning” och innehåller artiklarna 18–23. Bestäm-

¹² Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

¹³ Rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området och den kodifierade versionen Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006.

¹⁴ 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.

melserna syftar i huvudsak till att skydda upphovsmän och utövande konstnärer, som ofta är i en svagare förhandlingsposition när de överlåter sina rättigheter (skäl 72 och 75).

Artikel 18 anger att upphovsmän och utövande konstnärer ska ha rätt till en lämplig och proportionerlig ersättning när de överlåter sina ensamrättigheter. Enligt artikel 19, som har rubriken ”Transparenskrav”, ska upphovsmän och utövande konstnärer ha rätt att regelbundet få uttömmande information om användningen av deras verk och framförande från förvärvare. I artikel 20 regleras en s.k. avtalsanpassningsmekanism. Enligt denna ska rättighetshavare kunna få ytterligare ersättning, om den avtalade ersättningen visar sig vara oproportionerligt låg med hänsyn till de intäkter som härrör från användningen. I artikel 22 regleras en rätt att återkalla en överlåtelse, dvs. häva avtalet, om förvärvaren inte använder materialet. Artikel 21 anger att transparenskravet och ”avtalsanpassningsmekanismen” ska kunna bli föremål för ett frivilligt förfarande för alternativ tvistlösning. Av artikel 23 framgår dels att de bestämmelserna som genomför artiklarna 19–21 ska vara tvingande, dels att kapitlets bestämmelser inte ska tillämpas på upphovsmän till datorprogram.

Genomförande av ersättningskapitlet i svensk rätt

I promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30) övervägs och föreslås författningsändringar som genomför direktivet i svensk rätt. Bland annat föreslås flera nya regler för att genomföra bestämmelserna i ersättningskapitlet. Det handlar om ett antal generella obligationsrättsliga bestämmelser som ska föras in i upphovsrättslagen. I huvudsak är det fråga om tvingande bestämmelser. Bestämmelserna föreslås gälla när det är en upphovsman, en utövande konstnär eller en framställare av fotografier själv (dvs. den ursprungliga rättighetshavaren) som överlåter rättigheter. Ytterligare en begränsning är att bestämmelserna ska gälla bara när förvärvaren avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet.

Förslaget innebär att det i lagen ska tas in en tvingande bestämmelse som anger att rättighetshavare har rätt till skäligen ersättning när de överlåter sina ensamrättigheter till någon som avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet (se 29 § första stycket i promemorians förslag till ändring i upphovsrättslagen). Det handlar om en rätt som

rättighetshavaren kan göra gällande i förhållande till sin avtalspart. Med hänvisning till skäl 73 i direktivet säger promemorian att skälighetsbedömningen tar sikte på det faktiska eller potentiella ekonomiska värdet på den överlåtna rättigheten och att hänsyn därvid ska tas till rättighetshavarens bidrag till verket i dess helhet och alla andra omständigheter i det enskilda fallet, t.ex. praxis på marknaden eller det faktiska utnyttjandet av verket.

Vidare föreslås att det ska införas en bestämmelse som innebär att rättighetshavaren har rätt till ytterligare skälig ersättning, om den avtalade ersättningen visar sig vara oproportionerligt låg i förhållande till förvärvarens intäkter från utnyttjandet av den förvärvade rätten (se 29 § andra stycket). Här handlar det om en slags möjlighet att jämka ersättningsvillkoren främst när det ekonomiska värdet av den överlåtna rätten visar sig vara påtagligt högre än vad parterna kunnat förutse vid avtalet ingående, t.ex. för att den kommersiella framgången visar sig vara betydligt större.

Dessutom föreslås att den som har förvärvat en ensamrätt som huvudregel ska informera rättighetshavaren minst en gång per år om dels de sätt på vilka rätten har använts, dels samtliga intäkter som förvärvaren har haft från användningen, dels den ersättning som rättighetshavaren har rätt till (se 29 a–29 c §§).

Promemorian föreslår härtil att det ska införas generella bestämmelser om rättighetshavares rätt att häva ett överlåtelseavtal och behålla mottagen ersättning, när överlåtelsen medför ensamrätt och förvärvaren inte utnyttjar rätten inom en rimlig tid. Hävningsrätten får åsidosättas genom ett kollektivt förhandlade avtal (se 29 d–29 e §§).

Slutligen förslås att det inte ska vara möjligt att inskränka rättighetshavarens möjligheter att påkalla alternativ tvistlösning i en tvist som rör rätten till ytterligare skälig ersättning eller rätten till information (se 27 § andra stycket).

De föreslagna lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 juli 2022. Rätten till ytterligare skälig ersättning och den rätt till information som ansluter till denna rätt föreslås emellertid gälla även avtal som ingåtts dessförinnan men tidigast den 1 juli 2012.

Promemorian har remitterats.

4 Närmare om ensamrättens ekonomiska betydelse

4.1 Inledning

Som framgår i föregående kapitel är upphovsrätten och de närstående rättigheterna ekonomiskt viktiga i olika avseenden. I detta kapitel finns en närmare redogörelse för ett antal frågor som har att göra med ensamrättens ekonomiska betydelse. Redogörelsen avser dels de ekonomiska intressen som regleringen avser att tillgodose, dels de övervägande och lagändringar som har lett fram till den nuvarande regleringen av upphovsmäns och utövande konstnärers rättigheter.

4.2 Allmänt om ensamrättens ekonomiska ändamål

Det finns olika idéer om vad som motiverar en upphovsrättslig reglering och följaktligen även skilda uppfattningar om de ändamål som reglerna har eller bör ha. När ensamrätten diskuteras står vissa ekonomiska hänsyn i förgrunden.¹ Som har framgått är tanken att upphovsmännen ska ha en principiell ensamrätt att bestämma över alla ekonomiskt betydelsefulla former av utnyttjanden av deras verk. Ett av de huvudsakliga syftena med regleringen är att därigenom

¹ Förutom de idéer som behandlas i detta avsnitt kan nämnas att upphovsrätten också kan motiveras med utgångspunkt från naturrättsliga föreställningar om äganderätt. Auktoritetskommittén ansåg att det inte var nödvändigt att lägga sådana teorier till grund för sina förslag till bestämning av upphovsrättens närmare innehåll och var i varje fall "icke benägen att acceptera teorien om upphovsmannarätten som ett slags äganderätt". I stället skulle kommittén ta ställning till vilka befogenheter som skulle tillkomma upphovsmannen med hänsyn till "[upphovsmannens] och samhällets berättigade intressen" (se SOU 1956:25 s. 84 och 85). Enligt en annan uppfattning kan den upphovsrättsliga regleringens faktiska grundkonstruktion bäst förklaras med hänvisning till upphovsmannens berättigade intresse av att själv bestämma om och när andra ska få ta del av hans eller hennes uttryck, en slags kommunikativ rätt, se t.ex. Drassinower, *What's wrong with copying?* (2015).

stimulera konstnärligt och litterärt skapande.² Detta rymmer två delvis skilda intressen. Det ena avser mera allmänna samhälleliga aspekter medan det andra gäller upphovsmannens individuella situation.³

Den grundläggande idén är – oavsett vilket av de båda intressena som står i fokus – att upphovsmannen ska kunna räkna med möjligheten att själv använda verket i ekonomiska syften och hindra andra från att göra detsamma i de flesta situationer som har praktisk och ekonomisk betydelse.

Ytterligare en viktig förutsättning är att upphovsmannen tillåts disponera över ensamrätten i avtal med andra. Det handlar inte minst om upphovsmannens möjligheter att fritt överlåta hela eller delar av sin ensamrätt till någon som är villig att betala för ett förvärv.⁴ I det sammanhanget tillkommer ännu ett villkor för ensamrättens funktion som har att göra med att förvärvaren många gånger inte är verkets slutanvändare utan en mellanhand som vill investera i framställningen av en slutprodukt där verket ingår, exempelvis ett bokförlag, ett musikbolag eller en filmproducent. Dessa investeringar är som regel nödvändiga för att verkets ekonomiska potential ska kunna realiseras. Ensamrätten kan i det sammanhanget sägas fungera som en säkerhet för de investeringar som behöver göras och således möjliggöra att dessa kommer till stånd. Den funktionen har samband med att det i praktiken sällan skulle vara lönsamt att investera i en

² I detta avsnitt bortses från vissa andra aspekter av upphovsrätten som är mer framträdande när exempelvis upphovsrättens ideella sida diskuteras. Det bortses även från att också upphovsrättens ekonomiska sida har betydelse för andra intressen än de rent ekonomiska.

³ Dessa båda intressen framhålls särskilt i förarbetena till upphovsrättslagen, se SOU 1956:25 s. 85, 86 och 373 samt prop. 1960:17 s. 39, 235 och 236. Se även prop. 1981/82:152 om skärpta åtgärder mot upphovsrättsintrång s. 10, prop. 1982/83:40 om ändringar i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk s. 10, prop. 1985/86:79 om ändringar i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk s. 7, prop. 1985/86:146 om vidare-sändning av radio- och TV-program s. 24, Upphovsrättsutredningens slutbetänkande Översyn av upphovsrättslagstiftningen (SOU 1990:30) s. 159, prop. 1994/95:151 Droit de suite och längre upphovsrättsligt skydd s. 15, prop. 1996/97:129 Ändringar i upphovsrättslagen s. 6 samt prop. 1997/98:156 Kassettersättning s. 12. Också inom EU-rätten framkommer dessa syften. Exempelvis anses det att skyddet av upphovsrätten och de närstående rättigheterna ”gagnar upphovsmän, utövande konstnärer, producenter, konsumenter, kultur, näringsliv och allmänhet” samt att detta leder till ”tillväxt och ökad konkurrenskraft”. Samtidigt framgår det att skyddet syftar till att garantera att upphovsmän kan få en skäligen ersättning för utnyttjandet av deras verk och att ”ett effektivt och strikt system för skydd av upphovsrätten och närstående rättigheter är ett av de viktigaste sätten för att se till att det europeiska kulturskapandet och den europeiska kulturproduktionen får nödvändiga resurser”, se skäl 11 i infoc-direktiv. Vidare sägs att upphovsmännens och de utövande konstnärernas skapande och konstnärliga arbete förutsätter en tillräcklig inkomst som underlag för fortsatt skapande och konstnärligt arbete, se skäl 5 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet.

⁴ Upphovsmannens möjlighet att överlåta sina ensamrättigheter betecknas av Auktorrättskommittén som det ”i praktiken vanligaste sättet att ekonomisk nyttandegöra rätten”, se SOU 1956:25 s. 275.

produktion, om andra fritt kan utnyttja verket och enskilda därmed kan få tillgång till det från någon annan.⁵

En ordning med ensamrätt – eller kanske främst den allmänna vetenskapen om det skydd som denna erbjuder – kan ge upphovsmän och förvärvare de ekonomiska incitament som är nödvändiga för deras aktiviteter. Detta antas kunna leda till ett större utbud av litterära och konstnärliga uttryck och därmed främja samhället i stort.

Ensamrätten lägger på det sättet grunden för incitament som antas främja samhällets utveckling i ekonomiskt, socialt och kulturellt hänseende. Regleringen kan därmed sägas vara ett medel för vidare samhällsliga ändamål. På liknande sätt utgör de utövande konstnärernas rättigheter ett incitament för deras prestationer, även detta något som antas ytterst kunna främja vidare samhällsliga syften.

Det antas alltså att ett system med en ensamrätt som kan överlåtas fritt i stort sett är en samhällsekonomiskt effektiv ordning. Från ett sådant perspektiv kan det sålunda vara motiverat att upphovsmän och utövande konstnärer får utesluta andra från att förfoga över uttryck och andra prestationer, trots de begränsningar som detta innebär för allmänheten. Materialet kan därmed utgöra en förmögenhetsstillgång i rättighetshavarens händer, vilket främjar en effektiv produktion av litterära och konstnärliga gestaltningar.⁶

Ensamrätten har givetvis samtidigt en mera direkt ekonomisk betydelse för de enskilda upphovsmännen. Med grund i ensamrätten får upphovsmannen möjlighet att skörda frukterna av sitt skapande och kan genom detta dessutom skaffa sig de ekonomiska villkor som är nödvändiga för att fortsätta sin skapande verksamhet. På det sättet kan ensamrätten sägas vara motiverad även med hänsyn till den enskilde upphovsmannens ekonomiska och sociala förhållanden. Här framträder alltså upphovsmannens ekonomiska intressen som ett ändamål i sig, och inte som ett medel för andra intressen. Även de utövande konstnärernas ensamrätt kan på motsvarande sätt gynna den enskilde konstnären.

⁵ Se prop. 1982/83:40 där det anförs att ett av syftena med upphovsrätten är att ge upphovsmännen möjlighet att leva på sitt skapande samtidigt som det också är viktigt att regleringen utformas så att den ”ger skydd för de ofta omfattande investeringar som producenter av olika slag måste göra för att kunna ge ut exempelvis böcker och musikupptagningar.” (s. 8). Se även prop. 1997/98:156 där det framhålls att ensamrätten inte sällan är ”en grundläggande förutsättning för dyrbara investeringar som måste göras för produktionen av olika typer av verk, t.ex. filmer och TV-program.” (s. 12).

⁶ Se prop. 2004/05:110 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. s. 83, prop. 2016/17:119 Ny lag om medling i vissa upphovsrättsstvister och förenklingar i upphovsrättslagen s. 19 och rättsfallet NJA 2016 s. 212 ”Wikimedia” p. 9.

Det antas alltså att såväl samhällets som den enskilde upphovsmannens ekonomiska intressen främjas av en ordning med en ensamrätt som utgör en förmögenhetstillgång och kan överlåtas fritt.⁷ Det kan dock redan här framhållas att dessa intressen inte alltid sammanfaller. Berörda intressen måste därför vägas mot varandra när ställning tas till lämpligheten av åtgärder på det upphovsrättsliga området, se mer i avsnitt 7.8.

4.3 Tidigare överväganden om upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning

Allmän utgångspunkt

Det upphovsrättsliga systemet med ensamrättigheter har alltså en central betydelse när det gäller att tillgodose upphovsmäns och utövande konstnärers ekonomiska intressen. Ensamrätten utgör själva grunden för att upphovsmän och utövande konstnärer ska kunna få ersättning när deras verk och skyddade prestationer utnyttjas. Innehavet ger naturligtvis inte i och för sig någon ersättning. Men genom möjligheten att dels utesluta andra från de flesta utnyttjanden som har ekonomisk betydelse, dels överlåta hela eller delar av sin ensamrätt mot ersättning får upphovsmän och utövande konstnärer förutsättningar som kan ligga till grund för att de ska kunna dra ekonomisk nytta av sin rättighet.

Som framgår i det följande är den grundläggande tanken enligt den upphovsrättsliga lagstiftningen att upphovsmäns och utövande konstnärers ekonomiska intressen ska tillgodoses genom ett system med ensamrätt och i princip enbart på det sättet. Endast i vissa speciella situationer har avvikelser från denna grundläggande ordning gjorts.

⁷ Det kan tilläggas att det allmänna, vid sidan av den upphovsrättsliga regleringen, även gör andra insatser av ekonomisk betydelse för konstnärer och andra aktörer inom kulturområdet. Som exempel på sådana insatser kan nämnas den statliga bibliotekersättningen, Författarfondens bidragsgivning, talboksersättningen, visningsersättningen och MU-avtalet. Härutöver finns det statliga bidrag till arrangörer inom många konstområden. Som exempel kan nämnas de bidrag som Statens kulturråd fördelar och statens bidrag till Riksteatern. Ytterligare ett exempel på insatser som det allmänna gör är Konstnärsnämndens stöd till konstnärer via stipendier och residensplatser.

Upphovsrättslagen införs

När upphovsrättslagen infördes år 1961 reglerades upphovsmännens ensamrätt på ett sätt som i stort sett motsvarar den nuvarande regleringen. Upphovsrätten innefattade en ensamrätt såväl att mångfaldiga verket som att göra det tillgängligt för allmänheten. Tanken var att upphovsmannen därmed i princip skulle förbehållas rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som i praktiken har ekonomisk betydelse. Genom detta skulle upphovsmännen få gynnsamma arbetsförhållanden.

En nyhet som upphovsrättslagen förde med sig var att också utövande konstnärer fick ett visst skydd. Till en början var konstnärernas rättigheter mer begränsade än upphovsmännens. Principiellt sett fick man inte utan den utövande konstnärens samtycke tillgängliggöra hans eller hennes framförande i ljudradio och television och inte heller genom direkt överföring (exempelvis överföringar av ett framförande från en lokal till en annan). Samtycke krävdes också för att göra upptagningar av ett framförande och för att kopiera sådana upptagningar. Syftet med regleringen, en slags förbudsrätt som i praktiken fungerade som en ensamrätt, var att skapa en möjlighet för utövande konstnärer att i den utsträckning som är skäligen få ersättning när deras prestationer utnyttjas på mekanisk väg.

Den utövande konstnärens samtycke behövde emellertid inte hämtas in för att göra en inspelning av framförandet tillgänglig för allmänheten genom att exempelvis spela upp den offentligt. Av praktiska skäl menade man att det inte kunde komma i fråga att utövande konstnärer skulle få bestämma i vilken omfattning inspelningar av deras framföranden skulle få spelas för allmänheten. Däremot ansågs att konstnärerna borde få en rätt till ersättning för vissa utnyttjanden av det slaget. De skulle alltså, i fråga om vissa förfoganden, ha en rätt till ersättning i stället för en ensamrätt.

När det gäller kommersiella spelfilmer ansågs det att utövande konstnärer kunde avtala om eventuell ersättning för visningar i samband med sin medverkan i filmen. Någon lagstadgad rätt till ersättning för användningen var därför inte nödvändig.

När det däremot gäller grammofonskivor och andra ljudupptagningar gjordes bedömningen att de utövande konstnärerna borde ha en rätt till ersättning när inspelningar av deras framföranden återgavs offentligt. Anledningen var att användarna ofta köpte skivorna

i detaljhandel och att de därför – till skillnad från situationen i fråga om kommersiella filmer – inte kom i något rättsförhållande med vare sig konstnären eller framställaren.

Av praktiska skäl fanns det emellertid anledning att begränsa ersättningsrätten till fall när inspelningarna användes i radio- och tv-utsändningar. Det hade att göra med att en mer generell rätt till ersättning troligen skulle kräva en orimligt kostnadskrävande inkasseringsorganisation.⁸

De utövande konstnärernas rätt till ersättning utvidgas

År 1986 utvidgades de utövande konstnärernas rättigheter. I lagmotiven konstaterades att användningen av inspelad musik i offentliga sammanhang utanför radio och tv hade ökat allt mer. Som exempel nämndes användningen på diskotek och i varuhus. Den dittillsvarande ordningen ansågs innebära att det blev ekonomiskt fördelaktigare att använda inspelad musik än att ordna offentliga framföranden av levande musik, vilket bedömdes medföra en ökad risk för att de utövande konstnärernas arbetsvillkor och sysselsättningsmöjligheter försämrades.

Förbudsrätten förblev oförändrad men de utövande konstnärernas lagstadgade rätt till ersättning skulle avse fler utnyttjanden. De fick en rätt till ersättning när ljudupptagningar användes, inte enbart i radio och tv-utsändningar, utan vid alla offentliga framföranden i förvärvssyfte. Samtidigt förlängdes skyddstiden från 25 till 50 år.⁹

Tillsammans med dessa ändringar infördes bestämmelser om vidareändring av radio och tv-program. I samband med detta utvidgades de utövande konstnärernas rätt till ersättning så att den omfattade inte bara direktsändningar utan även vidareändringar av radio- och tv-utsändningar som innehåller ljudinspelningar. I lagmotiven konstaterades att det skydd som upphovsrättslagen gav de utövande konstnärerna i stor utsträckning motiverades av arbetsmarknadsmässiga och sociala skäl. I det sammanhanget anfördes att det hade ansetts nödvändigt att ge dem rättigheter i upphovsrättslagen för att hindra att modern medieteknologi alltför mycket tog

⁸ Se SOU 1956:25 s. 372 och 373 samt prop. 1960:17 s. 254 och 255.

⁹ Se prop. 1985/86:79 s. 19 och 20.

bort arbetstillfällena och inkomstmöjligheter för kåren. Det kunde enligt lagmotiven väntas att det utökade utnyttjandet av inspelningar i samband med vidareändringar annars skulle få negativa verkningar i det hänseendet.¹⁰

Följerätten införs

År 1995 tillkom en avvikelse från den grundläggande tanken att rättighetshavarnas ekonomiska intressen bör tillgodoses genom ensamrättigheter.

Det ansågs att bildkonstnärer inte på samma sätt som textförfattare och kompositörer kan utnyttja den ekonomiska delen av sin upphovsrätt. Detta var en konsekvens av konsumtionsprincipen, som innebär att ett verksexemplar kan överlåtas fritt när upphovsmannen en gång har överlåtit det.

Bildkonstnärerna ger oftast ut små upplagor av sina verk eller förlitar sig på överlåtelser av ett original exemplar och drabbas därför hårdare av konsumtionsprincipen än andra upphovsmän som kan förlita sig på att sälja många exemplar eller få ersättning för offentliga framföranden. Dessa förhållanden antogs bidra till att många bildkonstnärer levde under sämre ekonomiska förhållanden samtidigt som andra kunde sälja deras verk vidare till höga priser. Liksom när kompositörer har rätt till ersättning när deras verk framförs offentligt kunde det på goda grunder göras gällande att bildkonstnärer skulle ha rätt till ersättning när deras verk gjordes tillgängliga för allmänheten genom vidareförsäljning.

Mot den bakgrunden gjordes i lagmotiven bedömningen att det fanns tungt vägande kulturpolitiska skäl för att ge bildkonstnärerna rätt till en andel av det ekonomiska utbytet som handeln med deras verk gav upphov till (följerätt).¹¹

Alternativet att i stället göra ett undantag från konsumtionsprincipen i fråga om sådana handel, och därmed låta användningen omfattas av bildkonstnärens ensamrätt, skulle ha inneburit en inskränkning i intresset av den fria omsättningen av varor.¹²

¹⁰ Se prop. 1985/86:146 s. 24.

¹¹ Se prop. 1994/95:151 s. 16 och 17. Följerätten har därefter setts över och reviderats i vissa avseenden, se prop. 2006/07:79 Upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerätt) – genomförande av direktiv 2001/84/EG och prop. 2017/18:92 Förstärkt följerätt.

¹² Se SOU 1990:30 s. 543, se även SOU 1956:25 s. 261.

Det kan nämnas att Auktorrättskommittén tidigare hade övervägt möjligheten att införa bestämmelser om följerätt men inte funnit skäl att förslå att en sådan rätt infördes. Enligt kommittén skulle en avgiftsbeläggning av försäljningarna kunna verka hämmande för omsättningen, något som i sista hand skulle gå ut över konstnärerna själva.¹³

De utövande konstnärerna får en mer generell ensamrätt

År 1995 infördes också en mer generell ensamrätt för utövande konstnärer att göra exemplar av sina prestationer tillgängliga för allmänheten. Dittills hade de som sagt kunnat motsätta att upptagningar av framförandena kopierades och de hade rätt till ersättning när ljudupptagningar framfördes offentligt i förvärvssyfte. Lagändringarna innebar att upptagningar av deras framföranden inte fick göras tillgängliga för allmänheten utan samtycke. Från denna rätt undantogs emellertid utnyttjande som omfattades av den utövande konstnärens lagstadgade rätt till ersättning, det vill säga användningar av ljudupptagningar i radio- och tv-utsändningar samt vid andra offentliga framföranden, härefter oavsett om framförandet skedde i förvärvssyfte eller inte.

Enligt lagmotiven innebar detta att utövande konstnärer gavs i princip samma grundbefogenheter som upphovsmän redan hade. Det ansågs ligga i linje med den principiella utgångspunkt som traditionellt gäller i Sverige, nämligen att de olika grupperna på det upphovsrättsliga området så långt som möjlig ska behandlas lika och att de närstående rättighetshavarnas intressen inte är mindre skyddsvärda. Dessutom framhölls att också allmänna och sociala hänsyn motiverade ett bättre skydd för dessa rättighetshavare (det hade förts fram att ny teknologi gjorde det lättare att utnyttja prestationerna).¹⁴

De utövande konstnärerna fick vid samma tidpunkt en ensamrätt till uthyrning till allmänheten av upptagningarna. Därtill skulle det

¹³ Se SOU 1956:25 s. 112. Det kan nämnas att de ekonomiska effekterna av följerätten har analyserats. De flesta har ansett att den leder till att konstnären får en lägre ersättning när han eller hon överläter verket eftersom förvärvaren måste räkna med möjligheten att behöva betala följerättsersättningen, men bilden är inte entydig. Se Banterng Hansa och Graddy, *The impact of the Droit de Suite in the UK: an empirical analysis* (2011), s. 6-8 med hänvisningar.

¹⁴ Se prop. 1994/95:58 Uthyrning och utlåning av upphovsrättsligt skyddade verk, m.m. s. 33 och 34.

krävas tillstånd av utövande konstnärer vid utlåning till allmänheten av filmupptagningar av deras framföranden.¹⁵

Genom dessa ändringar uppfylldes huvudsakligen EU:s uthyrnings- och utlåningsdirektiv.

En tvingande rätt till skälig ersättning för uthyrningsrätten införs

Därefter tillkom år 1997 en lagändring som till viss del kan sägas utgöra ytterligare en avvikelse från den grundläggande ordningen med renodlade ensamrättigheter. Det infördes då en bestämmelse som innebär att upphovsmän och utövande konstnärer – oavsett vad som avtalas – ska ha rätt till skälig ersättning när de överlåter sin uthyrningsrätt avseende ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder till en framställare av sådana upptagningar.

I lagmotiven konstaterades att ensamrätten att förfoga över ett verk eller ett framförande för film och fonograminspelningar, bl.a. att bestämma om de villkor under vilka inspelningen får göras tillgänglig för allmänheten, är av stor ekonomisk betydelse. Det gällde särskilt i fråga om uthyrningsrätten, som hade visat sig vara av stort ekonomiskt värde. Enligt lagmotiven var det samtidigt så, att upphovsmännen och de utövande konstnärerna kan stå främmande för affärsmässiga och ekonomiska överväganden samt att det många gånger kan vara svårt för dem att överblicka de konsekvenser som ett avtal om överlåtelse av rättigheter kan medföra för framtiden.¹⁶ Syftet med regleringen angavs vara att upphovsmän och utövande konstnärer, genom en rätt till skälig ersättning som de inte kunde avstå från, skulle få ett visst skydd i dessa avseenden.¹⁷

Rättigheten har vissa likheter med den s.k. oavvisliga rätt till ersättning som utredningen ska överväga. Det finns därför skäl att något utförligare redovisa rättighetens lagstiftningsmässiga bakgrund.

¹⁵ Samma prop. s. 34–37.

¹⁶ Detta hade också Auktoritetskommittén påpekat men då som motiv för att det skulle införas en bestämmelse om jämkning av avtal i vissa fall. Bestämmelsen infördes i dåvarande 29 § upphovsrättslagen men upphörde att gälla när en generell bestämmelse om jämkning infördes i 36 § avtalslagen.

¹⁷ Se prop. 1996/97:129 s. 12. Det har sagts att reglerna inte har visat sig ha någon praktisk betydelse, 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.

Med bestämmelsen genomfördes artikel 4 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet.¹⁸ Enligt ordalydelsen i direktiven ”behåller” upphovsmannen eller den utövande konstnären rätten att erhålla skälig ersättning. Det framgår emellertid att medlemsstaterna får bestämma från vem ersättningen kan utkrävas eller inkasseras.

I lagmotiven konstaterades att det fanns två alternativ vid genomförandet. Det ena alternativet – som också var det som genomfördes – var att införa en obligationsrättslig reglering, dvs. en ordning där rätten till skälig ersättning gäller i förhållande till den som förvärvar uthyrningsrätten från upphovsmannen eller den utövande konstnären. Det andra alternativet var en ordning där rätten till ersättning – trots att uthyrningsrätten som sådan har överlåtits – i viss mån hänger kvar och gäller gentemot var och en som förfogar över verket eller prestationen genom att hyra ut exemplar av det till allmänheten, till exempel varje videouthyrningsbutik.

Vid remissbehandlingen hade flera rättighetshavaroorganisationer förordat detta senare alternativ med hänvisning till att det skulle ge dem bättre förutsättningar att få skälig ersättning. Regeringen ansåg emellertid att det var svårt att se att en obligationsrättslig reglering skulle vara mindre förmånlig för en rättighetshavare. Den bedömning som gjordes var att det tvärtom torde ligga i rättighetshavarens intresse att kunna kräva in en samlad och därmed större ersättning för uthyrningsrätten av exempelvis en filmproducent och inte vara hänvisad till att kräva in en avsevärt mindre ersättning från t.ex. en videouthyrningsbutik grundad på enstaka uthyrningstillfällen. Det kan för övrigt noteras att möjligheten att genomföra båda alternativen jämte varandra inte togs upp, vare sig av remissinstanserna eller regeringen.

I frågan om ersättningsrättigheten skulle vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltningen uttalades att det av tradition i svensk upphovsrätt har lämnats öppet för rättighetshavarna att själva bestämma hur de vill förvalta sina rättigheter, också för de områden där en individuell förvaltning i praktiken knappast skulle kunna fungera. Som exempel nämndes att upphovsmännen själva hade ordnat en gemensam förvaltning av den ersättning som de har rätt till vid offentliga framföranden av musikaliska verk i radio. Det framgick emellertid att det kunde finnas goda skäl för obligatorisk kollektiv

¹⁸ Artikel 5 i den sedermera kodifierade versionen Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006.

förvaltningen om en sakrättslig lösning hade valts i stället för den obligationsrättsliga ordning som valdes. I sådana fall kunde man nämligen räkna med ett stort antal krav mot var och en av de ersättningskyldiga, så som är fallet med följerättsersättningen. Ytterligare ett skäl för att inte införa en ordning med obligatorisk kollektiv förvaltning var att den skulle vara besvärlig att tillämpa eftersom upphovsmannen personligen kunde grunda en talan om ersättning på till exempel generalklausulen i 36 § avtalslagen.

Författningskommentaren till den införda bestämmelsen ger viss vägledning när det ska bestämmas vad som är en skälig ersättning. Där sägs att man i de flesta situationer lär kunna utgå från att ersättningen är skälig om den följer de grunder som gäller i den aktuella branschen. Det ligger enligt kommentaren nära till hands att beakta sedvana eller rådande tariffer, kollektivavtalsöverenskommelser och liknande omständigheter. Vidare nämns att hänsyn ska tas till i vilken omfattning upphovsmannen har bidragit till värdet av upptagningen. Författningskommentaren framhåller att utgångspunkten är att hänsyn ska tas till omständigheterna vid överlåtelsens tillkomst men påpekar också att en viktig omständighet är vilken uthyrning som faktiskt sker.

Regler om privatkopieringsersättning införs

Här kan också nämnas reglerna om privatkopieringsersättning, som infördes år 1999 (då under benämningen kassettersättning). Dessa innebär att tillverkare och importörer av vissa produkter som kan användas för att framställa kopior för privat bruk under vissa förutsättningar ska betala en ersättning till upphovsmän och övriga berörda rättighetshavare, däribland utövande konstnärer. Liksom följerätten syftar denna ersättning till att kompensera för en inskränkning i ensamrätten, i detta fall för den inskränkning som innebär att var och en för privat bruk får framställa ett eller några få exemplar av offentliggjorda verk eller upptagningar.¹⁹

Man kan naturligtvis fråga sig varför inte inskränkningen för privat bruk i stället togs bort eller ändrades. Inskränkningen bygger på tanken att det i allmänhet inte är rimligt att ensamrätten sträcker sig till företeelser inom privatlivet.²⁰ Av förarbetena till reglerna om

¹⁹ Se prop. 1997/98:156.

²⁰ Se SOU 1956:25 s. 180, se även s. 93, 94 och 104.

privatkopieringsersättning framgår att inskränkningen för privat bruk är ett av de grundläggande inslagen i den svenska upphovsrätten och att det inte fanns skäl att göra inskränkningen mer restriktiv i stället för att införa den aktuella ersättningsordningen.²¹

Ytterligare förstärkningar

År 2005 gjordes ett flertal ändringar i upphovsrättslagen, framför allt i syfte att värna upphovsrätten i den digitala miljön. Upphovsmännens ensamrätt klargjordes och de utövande konstnärernas rättigheter förstärktes. Ändringarna syftade bland annat till att genomföra det s.k. infosoc-direktivet.²²

Begreppet överföring till allmänheten fördes in och det klargjordes att det innefattade utnyttjanden som innebär att ett verk tillhandahålls på begäran av enskilda. Syftet var dock inte att utvidga upphovsmännens ensamrätt. Det handlade i stället om att dels klargöra att tillgängliggöranden på internet omfattas av ensamrätten även när exempelvis alster av bildkonst och texter visades på det sättet, dels få terminologin i upphovsrättslagen i bättre överensstämmelse med direktivets.²³

De utövande konstnärernas rättigheter utformades som ensamrättigheter. Lagtekniskt anpassades också regleringen av de utövande konstnärernas rättigheter till de klargöranden av ensamrätten som gjordes beträffande upphovsmän.

En viktig nyhet var att möjligheten att tillhandahålla ljudupptagningar på begäran av enskilda, i stället för att omfattas av de utövande konstnärernas lagstadgade rätt till ersättning, skulle kräva den utövande konstnärens samtycke (alltså en ensamrätt). Intresseorganisationen SAMI hade framfört att regleringen borde kompletteras med en bestämmelse om kollektiv förvaltning av rätten avseende tillhandahållande på begäran eller, i andra hand, att denna rättighet borde kompletteras med en oavvislig rätt till skälig ersättning. Regeringen

²¹ Se prop. 1997/95:156 s. 20.

²² Ett huvudsyfte med direktivet var att samordnat inom EU införliva bestämmelserna i två fördrag antagna inom WIPO, nämligen WIPO-fördraget om upphovsrätt (WIPO Copyright Treaty, WCT) och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT). I WPPT föreskrivs bland annat att utövande konstnärer ska ha ensamrätt att tillåta att ljudupptagningar av deras framföranden görs tillgängliga på begäran, se artikel 10. Detta har sin motsvarighet i artikel 3.2 a i infosoc-direktivet, som omfattar även andra upptagningar än ljudupptagningar.

²³ Se prop. 2004/05:110 s. 57–75.

konstaterade att det inte fanns något underlag för att överväga särskilda regler om förvaltningen av de utövande konstnärernas rättigheter. Frågorna fick enligt regeringen övervägas senare, om det skulle visa sig att det fanns ett starkt behov av sådana bestämmelser, se mer i avsnitt 8.2.²⁴

År 2013 förlängdes skyddstiden för offentliggjorda ljudupptagningar från 50 till 70 år. Samtidigt infördes bestämmelser som innebär att en utövande konstnär som har överlåtit sin rätt till en ljudupptagning till en framställare av ljudupptagningar mot en engångsersättning ska ha rätt till en särskild ersättning under förlängningen (tilläggsersättning). Tilläggsersättningen uppgår till 20 procent av de intäkter som framställaren haft till följd av rätten att utnyttja upptagningen. Endast en organisation som företräder ett flertal ersättningsberättigade utövande konstnärer på området får kräva in tilläggsersättning; inkasseringen är alltså föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning.

Sammanfattning

Tanken är att upphovsmäns och utövande konstnärers ekonomiska intressen ska tillgodoses genom ett system med ensamrättigheter eller, för de utövande konstnärernas del, en kombination av ensamrättigheter och ersättningsrättigheter som i ekonomiskt hänseende fyller en funktion som motsvarar upphovsmännens ensamrätt. I takt med den tekniska och samhälleliga utvecklingen har de utövande konstnärernas rättigheter, och i viss mån även upphovsmännens ensamrätt, fått en allt större omfattning. Ekonomiska hänsyn har legat bakom utvidgningarna.

Efter de lagändringar som genomfördes år 1995 är upphovsmännens och de utövande konstnärer rättigheter i stort sett lika omfattande. Därmed omfattar även de utövande konstnärernas rättigheter i princip all ekonomiskt betydelsefull användning av deras prestationer. Efter de lagändringar som genomfördes år 2005 är de utövande konstnärernas rättigheter i stor utsträckning också utformade som ensamrättigheter och lagtekniskt konstruerade på motsvarande sätt som upphovsmännens rättigheter.

²⁴ Se prop. 2004/05:110 s. 265–273.

Också de särskilda reglerna om följerätt och privatkopieringsersättning har tillkommit för att tillgodose rättighetshavarnas ekonomiska intressen. I båda fallen har det handlat om att kompensera för inskränkningar i ensamrätten.

Som framgår fick de utövande konstnärerna år 1995 också en uthyrningsrätt. Allmänna och social hänsyn ansågs motivera att de fick samma grundbefogenheter som upphovsmännen även i det avseendet. Ett par år därefter fick de båda grupperna en tvingande rätt till skälig ersättning vid överlåtelser av uthyrningsrätten i vissa fall. Till skillnad från följerätten och privatkopieringsersättningen är syftet inte att kompensera för någon inskränkning. I stället syftar den till att skydda upphovsmän och utövande konstnärer från att överlåta sin uthyrningsrätt på oförmånliga ersättningsvillkor. Med undantag för detta kan det sägas att avvikelser från den grundläggande tanken att upphovsmäns och utövande konstnärers ekonomiska intressen ska tillgodoses genom ett system med ensamrättigheter har gjorts endast i vissa speciella fall när det har varit nödvändigt för att kompensera för inskränkningar i ensamrätten.

5 Framväxten av streamingtjänster och andra digitala tjänster

5.1 Inledning

Som framgår i föregående kapitel har olika tekniska framsteg haft betydelse för utformningen av den upphovsrättsliga regleringen. När upphovsrättslagen infördes stod de utnyttjanden som vid den tiden var ekonomiskt betydelsefulla i förgrunden, bland annat ”det tilltagande bruket av s.k. mekanisk musik – d.v.s. musik som återgives med hjälp av grammofonskivor, ljudfilmsband etc.”¹ Som ytterligare exempel på hur den tekniska utvecklingen har präglat regleringen kan nämnas de lagändringar som föranleddes av EU:s uthyrnings- och utlåningsdirektiv från år 1992. Som framgår i föregående kapitel innebar direktivet för svenskt vidkommande att utövande konstnärer fick en mer generell ensamrätt att göra exemplar av sina prestationer tillgängliga för allmänheten. Bakgrunden var bl.a. att det hade växt fram en marknad för uthyrning av videofilmer (vhs och dvd).² När dessa gruppers ensamrätt att tillhandahålla sina prestationer på begäran därefter sågs över och förtydligades var i stället marknaden för on demand-tjänster växande.³ Syftet med reglerna var framför allt att värna upphovsrätten i den digitala miljön. Som framgår var det en betydelsefull nyhet att de utövande konstnärernas framföranden, oavsett hur de var upptagna, skulle omfattas av deras ensamrätt att tillhandahålla framförandet på begäran av enskilda.

Som en bakgrund inför utredningens överväganden redogörs i detta kapitel för de senaste årens framväxt av tjänster som, med rättighets-

¹ Se SOU 1956:25 s. 358.

² Se Europeiska kommissionens Greenpaper on copyright and the challenge of technology – copyright issues requiring immediate action, COM(88) 172 final av den 7 juni 1988.

³ Se Europeiska kommissionens grönbok Copyright and Related Rights in the Information Society, COM(95) 382 final av den 19 juli 1995.

havarnas tillstånd, tillhandahåller upphovsrättsligt skyddat material över internet. Redogörelsen fokuserar på tre områden: musikområdet, det audiovisuella området och litteraturområdet.

5.2 Allmänt om framväxten av digitala tjänster

De senaste åren har det blivit allt vanligare att enskilda tar del av upphovsrättsligt skyddat material via tjänster på internet. Det handlar om förfoganden som gör det möjligt för enskilda att streama exempelvis filmer, tv-serier, ljudböcker och musik. Det handlar även om tjänster där sådant innehåll kan laddas ned och tjänster som kombinerar streaming och nedladdning. Via sådana förfogande kan enskilda exempelvis lyssna på musik utan att behöva köpa en cd-skiva, titta på en film utan behöva hyra en dvd eller lyssna på uppläsningen av en bok i stället för att köpa och läsa bokens tryckta exemplar. Vissa tjänster är gratis och finansieras med t.ex. reklamintäkter. Andra kräver att enskilda betalar för ett abonnemang.

Som framgår av redogörelsen i avsnitt 3.2 omfattar den upphovsrättsligt skyddade överföringsrätten alla situationer där materialet görs tillgängligt för allmänheten på distans. Överföringsrätten omfattar således situationer där det skyddade materialet görs tillgängligt för allmänheten på internet. Utredningens uppdrag omfattar emellertid inte alla sådana fall utan endast de som innebär att enskilda kan få tillgång till materialet från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer (tillhandahållande på begäran). När material tillgängliggörs på internet sker överföringen i stor utsträckning på det sättet. Rättighetshavarnas ensamrätt att tillhandahålla det skyddade materialet på begäran gäller exempelvis oavsett om materialet streamas eller görs tillgängligt för nedladdning. Som exempel på fall som, trots att tillgängliggörandet sker på internet, inte omfattas av ensamrätten till tillhandahållande på begäran kan nämnas de sändningar av television eller radio som ibland även på internet sker linjärt (simulcasting).

5.3 Utvecklingen på musikområdet

Musik kommer till användning på många områden och sätt. Det kan röra sig om konserter och olika framföranden i restauranger, nattklubbar och gym. Musik spelas i radio och hörs i såväl tv-program som filmer. I regel ger användningen upphov till intäkter.

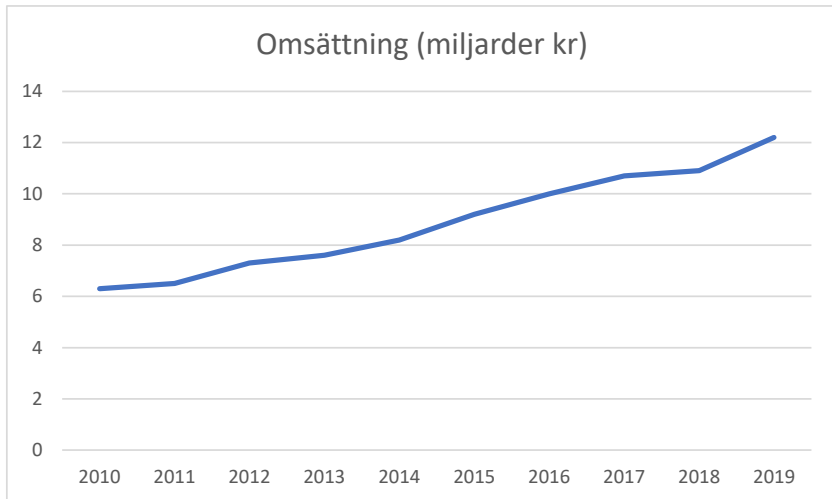
Inom ramen för ensamrätten att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material på begäran är det i praktiken inspelad musik som kommer till användning. Den inspelade musiken är – till skillnad från exempelvis livesändningar – därför av särskild betydelse för utredningens överväganden.

Intresseorganisationen Musik Sverige publicerar återkommande rapporter över den svenska musikbranschens omsättning. Rapporterna utgår från tre intäktskategorier: upphovsrättsliga intäkter, intäkter från inspelad musik och konsertintäkter.⁴ Även Ifpi ger ut sammanställningar över musikförsäljningen i Sverige. Ifpis sammanställningar omfattar intäkter endast från försäljning av inspelad musik. Dessa rapporter och sammanställningar ger en god generell bild av omsättningen i musikbranschen och utvecklingen de senaste åren. Det syns tydligt att streamingtjänster har kommit att få en allt större betydelse och att branschens totala omsättning samtidigt har ökat.

Av Musik Sveriges rapporter framgår att musikbranschens omsättning ökade kontinuerligt under åren 2010–2019. En uppgift som illustrerar tillväxtens omfattning är att den svenska musikbranschen omsatte drygt 12 miljarder kronor år 2019, vilket är mer än dubbelt så mycket som omsättningen år 2010.

⁴ Organisationens Musik Sverige grundades av de nuvarande huvudmännen SAMI, Stim och Ifpi. Bland medlemmarna finns även FST (Föreningen Svenska Tonsättare), Musikerförbundet, Symf (Sveriges Yrkesmusikerförbund), Musikförläggarna, SKAP (Föreningen Svenska Kompositörer av Populärmusik), och SOM (Svenska Oberoende Musikproducenter). Rapporterna initierades i projekt mellan Musik Sverige och Tillväxtverket. Den första rapporten avsåg året 2010. Rapporterna benämns "Musikbranschen i siffror". Med upphovsrättsliga intäkter avses i rapporterna bland annat intäkter hänförliga till ersättningar för användning av musik i exempelvis radio och tv, dataspel, reklamfilm och restauranger. Intäkter från sådana användning räknas således inte till kategorin intäkter från inspelad musik, även om användningen får antas i stor utsträckning kunna avse musik som är inspelad. Det bör vidare noteras att kategorin upphovsrättsliga intäkter åtminstone till viss del dessutom omfattar intäkter från inspelad musik som gjorts tillgänglig genom att tillhandahållas på begäran. Det bör över huvud taget noteras att det inte i alla delar är alldeles klart vad som ingår i respektive kategori.

Figur 5.1 Musikbranschens intäkter åren 2010–2019



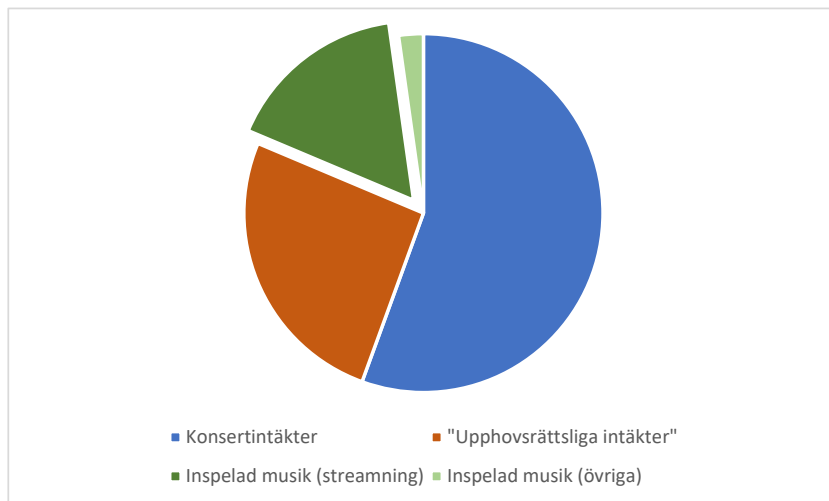
Källa: Rapporterna Musikbranschen i siffror – statistik för 2009–2014, Musikbranschen i siffror – statistik för 2016, Musikbranschen i siffror – statistik för 2017, Musikbranschen i siffror – statistik från musikåret 2017 och Musikbranschen i siffror – statistik för 2009–2019 och estimat för 2020.

Av rapporterna framgår också att konsertintäkter utgör en stor del av branschens intäkter. År 2019 var 56 procent av intäkterna hänförliga till denna kategori, något som ligger i linje med konsertintäkternas andel av branschens totala intäkter även under tidigare år. En betydligt mindre andel, 18 procent, kunde år 2019 hänföras till den inspelade musiken. Också denna andelsstorlek överensstämmer i stort sett med förhållandena under tidigare år. Musikbranschens intäkter inkluderar härutöver ersättningar som användare betalar när de spelar musik i linjära radio och tv-sändningar (direktöverföringar) eller på platser där allmänheten kan ta del av musiken (t.ex. offentliga framföranden i restauranger, nattklubbar, gym och detaljhandelsinrättningar). Intäkterna från sådan och annan användning (som i Musiksveriges rapporter hänförs till kategorin upphovsrättsliga intäkter) stod för 26 procent av musikbranschens totala omsättning år 2019. Även de s.k. upphovsrättsliga intäkternas andel av musikbranschens totala omsättning år 2019 stämmer överens med kategorins andel av de totala intäkterna under tidigare år, vilket innebär att även intäkterna inom denna kategori har ökat i takt med musikbranschens tillväxt i stort.

Av rapporterna framgår vidare att de digitala försäljningarna, däribland streaming, numera står för en mycket stor del av intäkterna inom kategorin inspelad musik. Spotify och Apple Music är de största leverantörerna av streamingtjänster för musik på den svenska marknaden. År 2020 uppgick den streamade musikens andel av intäkterna från inspelad musik till 92 procent.

Ifpis sammanställning för år 2020 ger vissa närmare detaljer. Av intäkterna från inspelad musik kunde 84 procent hänföras till streamingtjänster för musik som är abonnemangsbaserade och 4 procent till sådana tjänster som finansierats genom reklam. Ytterligare 4 procent kom från audiovisuella streamingtjänster. Således uppgick de olika streamingtjänsternas andel av den inspelade musikens intäkter alltså till 92 procent. Endast 7 procent av intäkterna från inspelad musik kunde hänföras till försäljning av fysiska exemplar (cd- och vinylskivor) och 1 procent till nedladdningar.

Figur 5.2 Intäkternas fördelning i olika kategorier

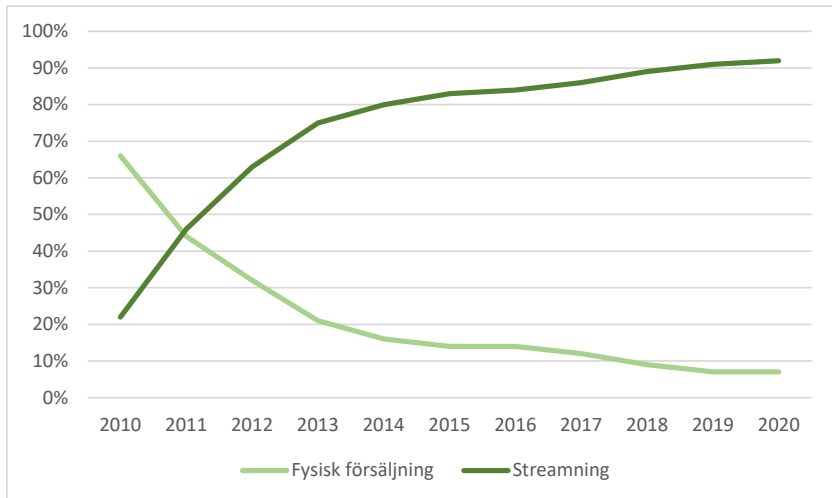


Källa: Musikbranschen i siffror – statistik för 2009–2019 och estimat för 2020 och Ifpis sammanställning för år 2020.

Vidare är det tydligt att den fysiska försäljningens andel har minskat avsevärt på kort tid samtidigt som streamingtjänsternas andel har ökat tydligt och i snabb takt. Det framgår bland annat när man jämför intäkterna år 2010 med motsvarande förhållanden år 2020. Mellan dessa år sjönk den fysiska försäljningen från 66 till 7 procent och streaming-

tjänsterna ökade från 23 till 92 procent av intäkterna från inspelad musik. Det kan härvid noteras att streamingtjänsternas växande betydelse för intäkterna sammanfaller med en generell ökning av de sammanlagda intäkterna från försäljning av inspelad musik.⁵

Figur 5.3 Intäkter från inspelad musik



Källa: Ifpis sammanställningar för åren 2014–2020 och rapporten Musikbranschen i siffror – statistik för 2009–2014.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att de digitala kanalerna, särskilt streamingtjänsterna, har fått en allt större betydelse för intäkterna från inspelad musik under de senaste åren.⁶ Samtidigt med den utvecklingen har intäkterna ökat, såväl för branschen i stort som för den inspelade musiken. Konserter står dock oförändrat för den största andelen av branschens intäkter.⁷ En annan stor del av

⁵ Se Musiksveriges rapport ”Musikbranschen i siffror – statistik för 2009–2014” och Ifpis sammanställningar för åren 2014–2020.

⁶ Ökningen har varit stadig. Streamingtjänsterna stod för 12 procent av intäkterna från inspelad musik år 2009, 22 procent år 2010, 46 procent år 2011, 63 procent år 2012, 75 procent år 2013, 80 procent år 2014, 83 procent år 2015, 86 procent år 2017, 89 procent år 2018 och 91 procent år 2019.

⁷ Här bör nämnas att utbrottet av covid-19 sannolikt har lett till ett stort bortfall av intäkter från konserter under åren 2020 och 2021. Se rapporten Musikbranschen i siffror – statistik för 2009–2020. Där framgår att intäkterna i musikbranschen minskade påtagligt år 2020. Det framhålls även – och bör över huvud taget noteras – att uppgifterna i rapporten som gäller det året präglas av en högre grad av osäkerhet än vanlig. I rapporten nämns också att det finns antaganden om fördröjda negativa ekonomiska effekter.

intäkterna kommer från andra offentliga framförande och direktöverföringar.

5.4 Utvecklingen på det audiovisuella området

De senaste åren har tillgången till abonnemangsbaserade streamingtjänster för rörlig bild ökat i Sverige. Medan 45 procent av svenskarna hade tillgång till någon sådan tjänst år 2015, uppgick andelen år 2020 till 70 procent. Parallellt har tittartiden på s.k. linjär tv (traditionell tablålagd tv) minskat.⁸

Högst daglig tittartid bland de abonnemangsbaserade streamingtjänsterna år 2020 hade den globala aktören Netflix. Andra betydelsefulla tjänster är Viaplay (som ingår i nordiska Nent Group-koncernens utbud), C More och TV4 Play (som båda hör till Telia-koncernen) samt de amerikanska tjänsterna HBO Max, Disney+ och Amazon Prime Video. Andra tjänster med betydande tittartid är Youtube och SVT Play. Till skillnad från andra tjänster kräver de sistnämnda emellertid inte att man tecknar ett abonnemang.

Youtube och Netflix var de tjänster som hade högst daglig tittartid av alla tjänster (såväl abonnemangsbaserade som andra). Av de svenska tjänsterna var det SVT Play som hade den största dagliga tittartiden.

Streamingtjänsternas framväxt syns också i uppgifter om vilka tjänster som mera specifikt används för att titta på långfilm. Enligt Filminstitutets undersökningar år 2020 stod streamingtjänsterna för 43 procent av det totala tittandet på långfilm i Sverige. Närmare bestämt stod de digitala abonnemangstjänsterna för 27 procent av det totala tittandet⁹ medan 16 procent kunde hänföras till de reklamfinansierade tjänsterna och public service-tjänsterna. Andelen digital film som i stället hyrs eller köps mot en engångsavgift var betydligt lägre och motsvarade 4 procent år 2019.¹⁰

Även när det gäller långfilm är Netflix, Viaplay, C More, HBO Max, Disney+ och Amazon Prime Video framträdande tjänster. Vid sidan av dessa tjänster finns även Draken Film, SF Anytime, iTunes, Google

⁸ Se Myndigheten för press, radio och tv:s rapporter Medieekonomi 2021 och Mediekonsumtion 2021.

⁹ Det är en ökning från år 2015 när dessa tjänster användes i 18 procent av fallen och från år 2011 när den totala användningen av streamingtjänster för att titta på långfilm stod för 4 procent.

¹⁰ Se Svenska Filminstitutets analys den 14 juni 2020 Fortsatt ökat filmtittande på vod och institutets rapport Filmåret i siffror 2019.

Play, Viaplay Store, Blockbuster och Plejmo, som alla erbjuder ett stort antal filmer för digitalt köp eller hyra mot en engångsavgift.

De redovisade uppgifterna talar för att en allt större del av intäkterna på det audiovisuella området kan hänföras till utnyttjanden som innebär att verk och andra skyddade prestationer som ingår i audiovisuella produktioner tillhandahålls på begäran. Utredningen har emellertid inte tillgång till uppgifter som tillåter några mera precisa slutsatser om intäkterna på det här området och inte heller om streamingtjänsternas betydelse för omsättningen av audiovisuella produktioner i stort. Man kan dock rimligen utgå från att användningen av streamingtjänster har fått en relativt sett större betydelse för intäkterna på området.

5.5 Utvecklingen på litteraturområdet

Bokhandlareföreningen och Förläggareföreningen tar årligen fram och redovisar statistik över bokförsäljningen i Sverige. Uppgifterna bygger på uppskattningsvis 80 procent av all försäljning av allmänlitteratur i Sverige. Statistiken avser fyra olika försäljningskanaler: fysisk bokhandel, internetbokhandel eller bokklubbar, dagligvaruhandel och digitala abonnemangstjänster. Uppgifterna i kategorin digitala abonnemangstjänster grundas på information som Bokus Play, BookBeat, Nextory och Storytel har lämnat och omfattar såväl digitala ljudböcker som digitala e-böcker.

Av redovisningen framgår att intäkterna från digitala abonnemangstjänster utgjorde 26 procent av de samlade intäkterna från försäljning av böcker år 2021. Av det totala antalet böcker (digitala och tryckta) som konsumerades (lästes eller lyssnades på) det året kunde 61 procent hänföras till digitala abonnemangstjänster.¹¹ Till största delen kan detta tillräknas ljudböcker, som konsumeras i betydligt större utsträckning än e-böcker.

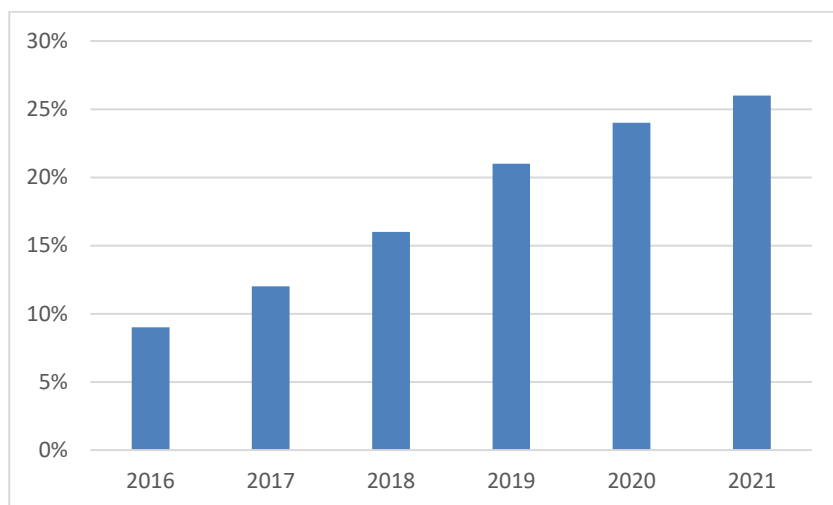
De digitala abonnemangstjänsternas andel av det samlade antalet utnyttjanden är resultatet av en ökning som har ägt rum de senaste åren.¹² I rapporten för år 2016 redovisades för första gången försälj-

¹¹ Se rapporten Bokförsäljningsstatistiken – helåret 2021.

¹² I rapporten Boken 2016 – marknaden, trender och analyser angavs att den samlade bilden av den digitala utgivningen var att försäljningen, framför allt av den digitala ljudboken, ökade mycket kraftigt.

ningen hos digitala abonnemangstjänster.¹³ Det konstaterades då att de digitala abonnemangstjänsterna hade haft en marknadsutveckling som saknade motstycke i bokbranschen. Vid den tidpunkten kunde 9 procent av intäkterna och 21 procent av antalet konsumerade böcker hänföras till digitala abonnemangstjänster. Året därefter, dvs. år 2017, stod böcker i digitala abonnemangstjänster för 12 procent av intäkterna, år 2018 stod de för 16 procent, år 2019 hade denna andel ökat till 21 procent och efter ytterligare en ökning uppgick andelen år 2020 till 24 procent.¹⁴

Figur 5.4 Digitala abonnemangstjänsters andel av intäkterna



Källa: Rapporterna Boken 2016 – marknaden, trender och analyser, Bokförsäljningsstatistiken – helåret 2018 och Bokförsäljningsstatistiken – helåret 2019, Bokförsäljningsstatistiken – helåret 2020 och Bokförsäljningsstatistiken – helåret 2021.

De digitala abonnemangstjänsternas allt större betydelse för intäkterna från försäljning av böcker avspeglas även i uppgifter om intäkterna hos de förlag som är medlemmar i Förläggareföreningen. 33 procent av förslagets intäkter kunde hänföras till denna kategori år 2021. Deras sammanlagda intäkter från e-böcker uppgick år 2021 till 91 miljoner kronor, vilket kan jämföras med åren 2010 och 2011 när motsvarande kategori representerade 3 respektive 7 miljoner

¹³ Redovisningen grundades på uppgifter som BookBeat, Nextory och Storytel hade lämnat.

¹⁴ Se rapporterna Bokförsäljningsstatistiken – helåret 2018 och Bokförsäljningsstatistiken – helåret 2019.

kronor. Försäljningen av digitala ljudböcker visar en liknande utveckling men genererar betydligt högre intäkter. Medlemsförlagens intäkter från försäljning av digitala ljudböcker uppgick år 2021 till 598 miljoner kronor medan sådana böcker år 2010 hade gett upphov till 11 miljoner kronor i intäkter.¹⁵

Samtidigt finns det tydliga skillnader mellan olika genrer. När det gäller försäljning inom de skönlitterära genrererna stod e-böcker och digitala ljudböcker tillsammans för 54 procent av intäkterna år 2021. Samtidigt representerade dessa format endast 17 procent av intäkterna från försäljning av barn- och ungdomsböcker och 12 procent av intäkterna från försäljning av facklitteratur.¹⁶

Av de totala intäkterna från försäljning i digitala abonnemangstjänster stod genren deckare och spänning för 33 procent av intäkterna. Ytterligare en stor andel av intäkterna, 21 procent, kunde hänföras till övriga böcker i de skönlitterära genrererna. Tillsammans stod dessa bokkategorier alltså för 54 procent av intäkterna från försäljning i digitala abonnemangstjänster. Försäljningen av böcker inom kategorierna populär facklitteratur och annan facklitteratur stod däremot tillsammans för endast 2 procent av intäkterna.¹⁷

Detta kan jämföras med hur intäkterna från försäljning i fysiska bokhandlar var fördelade mellan olika genrer. De facklitterära kategoriernas andel var betydligt större där, 17 procent, än vid försäljning i digitala abonnemangstjänster (2 procent). Den intäktsandel som kunde hänföras till de skönlitterära genrererna var 35 procent och alltså klart lägre än vid försäljningen i digitala kanaler (54 procent).¹⁸

Sammanfattningsvis kan det konstateras att de digitala abonnemangstjänsterna, särskilt ljudböckerna, har fått en allt större betydelse för intäkterna från bokförsäljning. Betydelsen varierar emellertid tydligt mellan olika genre. Dessutom står försäljningen av fysiska böcker alltså för en betydligt större andel av intäkterna än de digitala abonnemangstjänsterna.

¹⁵ Se Förläggareföreningens rapport Förlagsstatistik 2021.

¹⁶ Se samma rapport.

¹⁷ Se rapporten Bokförsäljningsstatistiken – helåret 2021.

¹⁸ Se samma rapport.

6 Något om de avtal som förekommer

6.1 Inledning

Upphovsrätten till ett verk och utövande konstnärers rättigheter med avseende på ett framförande tillkommer alltid en fysisk person, upphovsmannen respektive konstnären. Som framgår av den tidigare redogörelsen är upphovsmän och utövande konstnärer i princip fria att överlåta sina ensamrättigheter och bestämma villkoren för överlåtelser.

När en producent eller ett förlag åtar sig att investera i produktionen av upphovsrättsligt skyddat material, sker det normalt i utbyte mot att upphovsmannen eller den utövande konstnären överlåter hela eller delar av sin ensamrätt. Genom att förvärva ensamrätten erhåller producenten eller förläggaren tillstånd till många av de utnyttjanden som är nödvändiga för arbetet med att producera och distribuera materialet. Förvärvet lägger ofta också grunden för de vidareöverlåtelser som många gånger är nödvändiga för att produktionen ska nå slutanvändarna.

I regel överlåter upphovsmannen eller den utövande konstnären sin ensamrätt i utbyte mot ersättning. Man kan säga att den ursprungliga rättighetshavaren då ger upp hela eller delar av sin lagstadgade ensamrätt i utbyte mot en avtalad rätt till ersättning. Ersättningen kan enkelt uttryckt vara antingen en engångssumma (dvs. ett bestämt belopp), en rörlig och återkommande ersättning, t.ex. baserad på viss andel av intäkterna från försäljning av produkten (s.k. royalty) eller en kombination av dessa.

Utredningen har i uppdrag att analysera och redogöra för upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få lämplig och proportionerlig ersättning för tillgängliggöranden på begäran av deras verk och framföranden, se mer i avsnitt 7. Vid analysen måste

de avtal som upphovsmän och utövande konstnärer träffar när de överlåter sin ensamrätt beaktas. Som en bakgrund lämnas därför i detta kapitel en övergripande redogörelse över vissa av de avtal som förekommer. Eftersom utredningens uppdrag gäller utnyttjanden som innebär att verk och framföranden tillhandahålls på begäran, ägnas särskild uppmärksamhet åt avtalsvillkor som berör den delen av ensamrätten.

6.2 Avtal på musikområdet

Allmänt

På musikområdet är upphovsmannen ofta en kompositör eller en textförfattare (låtskrivare). De som framför musiken är bland annat sångare och musiker. Ytterligare aktörer är musikbolagen och de musikförlag som förlägger upphovsmäns verk. Rättighetshavare inom de olika grupperna har olika rättigheter som berörs när musikinspelningar produceras. De träffar därför avtal av olika slag inom ramen för en inspelning.

Artistavtal, distributionsavtal och andra överenskommelser

Det är vanligt att artister träffar avtal med ett musikbolag inför produktionen av musikinspelningar.¹ Enligt så kallade artistavtal åtar sig musikbolaget att finansiera, samordna och marknadsföra inspelningen av en eller flera låtar, eller av ett eller flera album, i utbyte mot ett förvärv av den utövande konstnärens ensamrätt med avseende på det inspelade materialet.² Normalt innebär avtalet att musikbolaget åtar sig att utge en royaltysättning, som varierar beroende på musikbolagets intäkter från försäljning av musikproduktionen.

Det finns emellertid stora variationer när det gäller de närmare villkoren i olika artistavtal. Det lär inte vara ovanligt att royaltys-

¹ Med artister avses de sångare eller musiker som framträder som soloartister eller medlemmar i en artistgrupp och som för allmänheten kännetecknar den musik som framförs.

² Det förekommer även överenskommelser mellan musikbolag och artister som innebär att musikbolaget förvärvar också andra rättigheter än sådana som gäller det inspelade materialet. Till exempel kan de träffa avtal som innebär att musikbolaget ges rätt till en del av artistens intäkter från liveframträdanden. I regel förvärvar musikbolag däremot inte de utövande konstnärernas lagstadgade ersättningsrättigheter. Det finns emellertid vissa särskilda företag vars verksamhet går ut på att förvärva samtliga rättigheter i samband med inspelad musik (s.k. friköp).

satsen numera uppgår till omkring 20 procent men variationen är mycket stor. Det finns därtill skillnader i fråga om vilka intäkter som ingår i royaltybasen och vilka eventuella avdrag som musikbolagen får göra.³ Det är inte ovanligt att artisten, oavsett villkoren i övrigt, får ett förskott. Den intjänade royaltyersättningen räknas av mot förskottet men det behöver normalt inte återbetalas om den senare intjäningen inte når upp till förskottsbeloppet.

Det ska även framhållas att det inte är alla utövande konstnärer som träffar avtal om en royaltyersättning när musikinspelningar produceras. Till exempel får studiomusiker i regel en engångsersättning i samband med sin medverkan. Det handlar inte sällan om några tusen kronor i ersättning för framföranden under en dags studiosession.⁴

Här kan det skjutas in att utövande konstnärer normalt sett inte överlåter sin lagstadgade rätt till ersättning för direktöverföringar och offentliga framföranden till musikbolag. När den inspelade musiken spelas i radio eller tv eller framförs offentligt (t.ex. i restauranger och gym) har de därför normalt rätt till en ersättning som betalas av användaren.⁵

I regel behöver musikbolaget få tillstånd att utnyttja också det verk som spelas in. Det handlar om tillstånd att spela in verket, framställa exemplar av inspelningen och distribuera exemplaren. Rättigheterna innehas normalt av upphovsmannen själv eller ett musikförlag som företräder upphovsmannens rättigheter.

Upphovsmannens (eller musikförlagets) överenskommelse med ett musikbolag inför en musikproduktion brukar innebära att upphovsmannen behåller överföringsrätten, inklusive rätten att tillhandahålla verket på begäran av enskilda.⁶ De flesta upphovsmän och

³ Det är alltså inte så, att royaltybasen med nödvändighet omfattar alla de intäkter som användningen av ett framförande åstadkommer. För det första omfattar den i regel inte de intäkter som andra än artistens avtalspart får (t.ex. intäkter hos en senare förvärvare) och för det andra inkluderar den inte nödvändigtvis musikbolagets samtliga intäkter. Under utredningsarbetet har det i detta sammanhang framkommit skilda uppfattningar om förekomsten i Sverige av vissa närmare villkor och arrangemang. Det gäller exempelvis existensen av avtalsförhållanden som innebär att royaltybasen reduceras genom att rättigheterna licensieras vidare till ett annat musikbolag. Det finns avvikande uppfattningar även i frågan om avdrag för kostnader (t.ex. för digital distribution) görs i någon nämnvärd utsträckning eller inte.

⁴ Det kan nämnas att villkoren tidigare reglerades i ett kollektivavtal mellan Ifpi och Musikerförbundet. Det senaste avtalet gällde åren 2011–2014.

⁵ De utövande konstnärernas rätt till ersättning för direktöverföringar och offentliga framföranden förvaltas av SAMI, som inkasserar och fördelar ersättningen med utgångspunkt från rapporter om den omfattning i vilken olika inspelningar används.

⁶ Upphovsmannen lämnar i regel inte heller tillstånd att framställa sådana exemplar som är nödvändiga när verket ska tillhandahållas på begäran.

musikförlag är anslutna till Stim, som förvaltar deras rättigheter.⁷ Inom ramen för förvaltningen kan Stim därför träffa avtal med användare som överför den inspelade musiken till allmänheten, t.ex. leverantörer av streamingtjänster, och i licensavtalet reglera den ersättning som ska betalas och andra villkor för nyttjandet. När musiken har spelats in och distribuerats av musikbolaget och därefter gjorts tillgänglig för allmänheten, kan Stim inkassera den avtalade ersättningen från användarna och fördela den mellan olika upphovsmän och musikförlag.⁸ Stim har träffat avtal med i stort sett samtliga leverantörer av streamingtjänster och andra digitala tjänster som tillhandahåller musik på den europeiska marknaden, däribland med Spotify, Apple Music och Deezer.⁹ I avtalen regleras villkoren för streamingtjänsternas användning av de Stim-anslutna upphovsmännens verk, se mer i avsnitt 6.6.

Det kan noteras att det sätt på vilket upphovsmännens överföringsrätt förvaltas skiljer sig från förvaltningen av deras spridningsrätt, dvs. rätten att exempelvis sälja fysiska exemplar av en inspelning såsom cd-skivor. När det gäller utgivning av skivor betalar musikbolaget ofta en royaltysättning.¹⁰ I dessa fall är det alltså musikbolaget som ersätter upphovsmännen och inte, som fallet alltså ofta är beträffande överföringsrätten, en senare förvärvare.

Det är även vanligt att artister, i stället för att ingå ett artistavtal, själva finansierar och ordnar en inspelning för att därefter träffa avtal om inspelningens distribution, t.ex. med ett musikbolag eller med ett specialiserat distributionsbolag (aggregator). Den tekniska utvecklingen har troligen gjort det lättare för artister att själva producera musikinspelningar. I dessa fall behåller artisten ensamrätten till det

⁷ År 2019 hade Stim fler än 90 000 anslutna upphovsmän och musikförlag.

⁸ Stim tillämpar vissa förutbestämda regler för fördelningen mellan olika rättighetshavare. Stims fördelning av inkasserade ersättningar för överföringsrätten innebär normalt att komponisten, textförfattaren och musikförlaget får lika stora delar när fråga är om ett förlagt musikaliskt verk med text. Det förekommer att upphovsmän och musikförlag kommer överens om annan fördelning än den som följer av Stims fördelningsregler. Även om det inte lär ha någon avgörande betydelse för hur ersättningen i stort fördelas kan det nämnas att upphovsmän, musikförlag och artister ibland träffar överenskommelser som innebär att även artisten ska ha rätt också till en del av de ersättningar som Stim förvaltar.

⁹ Förvaltningen sker i det fallet genom ett joint venture benämnt ICE (International Copyright Enterprise), som Stim bedriver tillsammans med rättighetshavareorganisationerna Gema (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) i Tyskland och PRS (Performing Right Society) i Storbritannien.

¹⁰ Licensieringen sker i dessa fall via den kollektiva förvaltningsorganisationen Nordisk Copyright Bureau (NCB), som ägs av Stim och Stims nordiska motsvarigheter. Ersättningen varierar beroende på skivans pris och försäljningsvolym. Till grund för licensieringen ligger ett generellt avtal som gäller publicerade verk. Musikbolaget behöver inte få enskilda tillstånd. Om utgivningen avser ett tidigare utgivet verk krävs emellertid upphovsmännens tillstånd.

upphovsrättsligt skyddade materialet och anlitar bolaget endast för distribution av inspelningen, och ibland även för att bolaget ska marknadsföra den.

Under ett distributionsavtal behåller artisten alltså sin ensamrätt, såväl till själva inspelningen (masterrättigheterna) som till sitt framförande, och kan på egen hand bestämma villkoren under vilka den inspelade musiken ska få användas, exempelvis genom att träffa avtal med leverantörer av streamingtjänster för egen räkning.

Ett annat vanligt sätt att ta musik i bruk är att artisten visserligen själv innehar rättigheterna till en inspelning men, i stället för att träffa ett distributionsavtal, överlåter dem till ett musikbolag under en begränsad tid (licensavtal) i utbyte mot att bolaget distribuerar och marknadsför produktionen. Liksom vid ett artistavtal innebär överenskommelsen att musikbolaget ersätter artisten för överlåtelsen. Det rör sig normalt om en royaltysättning, som avser såväl framförandet som själva inspelningen (masterrättigheterna) och är högre än om den hade gällt ett artistavtal. Det kan noteras att artisten i dessa fall själv anlitar och ersätter inspelningsproducenter, studiomusiker och andra deltagare.

Såväl när ett artistavtal har ingåtts som när musikbolaget gör ett mer tillfälligt förvärv av artistens ensamrätt är det alltså musikbolaget som innehar den utövande konstnärens rättigheter. Förutom de rättigheter som musikbolaget förvärvar från de utövande konstnärerna innehar bolaget masterrättigheterna (se avsnitt 3.1). Musikbolaget förfogar alltså i dessa fall över möjligheten att göra såväl själva inspelningen som det inspelade framförandet tillgängligt för allmänheten. Det kan exempelvis ske genom att musikbolaget ger leverantören av en streamingtjänst, t.ex. Spotify eller Apple Music, tillstånd att tillhandahålla materialet på begäran. I utbyte får musikbolaget ersättning från leverantören, se mer i avsnitt 6.6.

6.3 Avtal på det audiovisuella området

Allmänt

På det audiovisuella området förekommer exempelvis manusförfattare, regissörer, skådespelare och dansare. Det vanliga är att de deltar i produktioner av tv-program, dramaserier, reklamfilmer eller spelfilmer,

som görs av en film- eller tv-producent.¹¹ Ibland är upphovsmän och utövande konstnärer visstidsanställda av producenten, andra gånger är de egenföretagare. Förhållandena regleras i stor utsträckning i avtal som arbetsmarknadens parter har träffat.

Till detta kommer att rörliga bilder ofta ljudsätts med inspelad musik, vilket berör de rättigheter som tillkommer bland annat låtskrivare, sångare och musiker.

Här ska också nämnas att finansieringen av audiovisuella produktioner engagerar många aktörer. Hit hör exempelvis Filminstitutet, som lämnar stöd av olika slag vid såväl utveckling som produktion av filmprojekt.¹² Många gånger bidrar också olika fonder (regionala och internationella) med ekonomiskt stöd. Till detta kommer den finansiering som privata aktörer tillskjuter, däribland samproduktionsmedel från tv-företag, distributörer och producenter. Även leverantörer av streamingtjänster (t.ex. Netflix och HBO Max) finansierar produktioner, inte sällan helt på egen hand.

I det följande redovisas flera avtal som tillämpas på det audiovisuella området. Bland dessa finns avtal som Dramatikerförbundet har ingått med SVT, Film&TV-Producenterna och TV4 samt avtal som Fackförbundet Scen & Film (tidigare Teaterförbundet) har träffat med SVT, Netflix och Medieföretagen. Redogörelsen innefattar även avtal som Författarförbundet har ingått med SVT och vissa avtal som särskilt gäller användning av musik i audiovisuella produktioner.

Manusförfattare

Dramatikerförbundet har träffat avtal om manusförfattares och dramatikers medverkan i audiovisuella produktioner med många aktörer, däribland med SVT, TV4 och Film&TV-Producenterna.¹³ I avtalen regleras bl.a. villkoren för producentens förvärv av verk skapade av någon som är medlem i förbundet.¹⁴

¹¹ Producenten kan exempelvis vara ett tv-företag, en leverantör av streamingtjänster eller ett renodlat produktionsbolag.

¹² Det kan noteras att de bolag som tilldelas produktionsstöd från Filminstitutet förbinder sig att följa gällande kollektivavtal.

¹³ Film&TV-Producenterna är en branschorganisation för bolag som producerar långfilm, dokumentärfilm, tv-program och reklamfilm. Organisationen har fler än 100 medlemmar. Enligt organisationens stadgar är medlemmarna skyldiga att följa de avtal som organisationen träffar på deras vägnar.

¹⁴ Hit hör normalt inte den som exempelvis författar manus till programledarledda tv-program.

Dramatikerförbundets avtal med SVT reglerar SVT:s förvärv av en exklusiv rätt att spela in upphovsmannens manuskript och att förfoga över inspelningen, bland annat genom att tillhandahålla den på begäran. SVT ges emellertid inte rätt att tillhandahålla inspelningen för permanent nedladdning. De rättigheter som SVT förvärvar får bolaget överlåta vidare till någon annan. Överlåtelsen är inte tidsbegränsad men ger upphovsmannen rätt att återta sina rättigheter under vissa förutsättningar.

Upphovsmannen har rätt till dels en grundersättning som avser uppdraget att skapa ett verk (i form av exempelvis ett manuskript) och överlåta detta, dels en ersättning som avser SVT:s användning av verket.

Grundersättningens storlek varierar beroende på dels sändningstidens längd, dels antalet verk av viss längd som upphovsmannen tidigare har fått uppförda.¹⁵

Den ersättning som avser SVT:s användning regleras med utgångspunkt från en licensperiod, under vilken SVT får tillhandahålla det inspelade verket på begäran i sex månader eller, i fråga om serier, under hela seriens gång plus sex månader efter att det sista avsnittet i serien har publicerats. Under en licensperiod får SVT sända ut produktionen i som mest 30 sammanhängande dagar. Ersättningen bestäms som en viss procentuell andel av grundersättningen. Andelen varierar beroende på om användningen avser en första eller en senare licensperiod. Den varierar även beroende på andra faktorer, däribland produktionens längd och ålder.

Upphovsmannen har dessutom rätt till ytterligare ersättning i vissa situationer. Till exempel ska SVT ersätta upphovsmannen om SVT överlåter rättigheterna vidare till något annat tv-företag. I sådana fall har upphovsmannen rätt att i ersättning få en andel av SVT:s bruttointäkt från överlåtelsen.¹⁶ Om förvärvaren är ett svenskt eller nordiskt tv-företag, ska dessutom Dramatikerförbundet få viss ytterligare ersättning. Om förvärvaren inte är ett tv-företag, brukar ersättningsvillkoren i stället regleras efter förhandlingar mellan SVT eller distributören och Copyswede.

Avtalet mellan Dramatikerförbundet och SVT gäller endast i fråga om SVT:s egna produktioner. Som utgångspunkt tillämpas avtalet

¹⁵ Som en indikation kan nämnas att ersättningen uppgick till cirka 3 000–5 000 kronor per sändningstidsminut enligt det avtal som träffades den 10 september 2018.

¹⁶ Som en indikation kan nämnas att andelen uppgick till 10,5 procent enligt det avtal som träffades den 10 september 2018.

inte heller när det gäller produktioner som SVT gör gemensamt med någon annan producent. I dessa fall gäller visserligen avtalets ersättningsvillkor ändå i fråga om SVT:s egen användning av produktionen men däremot inte när det gäller vidareöverlåtelse. I övrigt tillämpas villkoren i ett avtal som Dramatikerförbundet och Film&TV-Producenterna har träffat.

Avtalet mellan Dramatikerförbundet och Film&TV-Producenterna reglerar på ett liknande sätt producentens förvärv av en exklusiv rätt att filmatisera ett verk och utnyttja produktionen, däribland genom att tillhandahålla verket på begäran. Även enligt detta avtal har upphovsmannen rätt till en grundersättning som varierar beroende bl.a. på filmatiseringens längd. När rätten säljs vidare har upphovsmannen rätt till en ersättning som grundas på de intäkter som överlåtelsen ger upphov till. Avtalet gäller endast dramaproduktioner avsedda primärt för television på den svenska marknaden.

Dramatikerförbundet har träffat ett avtal också med TV4. Liksom enligt avtalen med SVT och Film&TV-Producenterna har upphovsmannen enligt detta avtal rätt till ersättning dels för sitt arbete, dels för företagets rätt att använda verket. Även enligt detta avtal beräknas nyttjandeersättningen med utgångspunkt från bestämda licensperioder och varierar beroende på vilka rättigheter som omfattas. Också här har upphovsmannen rätt till ytterligare ersättning när TV4 överlåter rättigheterna vidare. I fråga om annan än TV4:s användning tillämpas i stället avtalet mellan Dramatikerförbundet och Film&TV-Producenterna.

Regissörer, skådespelare, dansare och andra

I ett avtal som SVT och Fackförbundet Scen & Film har träffat regleras villkoren på liknande sätt när bl.a. regissörer, skådespelare och dansare anlitas av SVT för att delta i en inspelning. Avtalets ersättningsregler tillämpas också när någon annan ansvarar för produktionen, om det sker på uppdrag av SVT.

Skådespelare, dansare och andra utövande konstnärer får en grundersättning för sin medverkan. Ersättningen till den utövande konstnären varierar beroende på antalet dagar som konstnären deltar i produktionen. Avtalet tillåter att parterna i stället kommer överens om en månadslön i vissa fall och anger för sådana fall vad lönen som lägst får vara.

Även regissörer får ersättning för sin medverkan, dels en ersättning som varierar beroende på slutproduktens längd, dels en månadslön.

SVT förvärvar enligt avtalet en exklusiv rätt att spela in deltagarnas verk och prestationer och att förfoga över inspelningen, bland annat genom att tillhandahålla den på begäran (med undantag för möjlighet att ladda ned inspelningen permanent). Från överlåtelsen undantas bl.a. vidareändringar som omfattas av reglerna om avtalslicens och vissa offentliga framföranden.

För förvärvet av rättigheterna ska SVT, på motsvarande sätt som enligt bolagets avtal med Dramatikerförbundet, betala ett visst procentuellt tillägg till den grundersättning som utges för aktörernas medverkan. Liksom enligt avtalet med Dramatikerförbundet regleras den ersättning som SVT ska betala för användningen med utgångspunkt från en ordning med licensperioder. Avtalet förutsätter dock att parterna i det enskilda fallet anger vilka nyttjandeformer som ska omfattas av ersättningen. Om SVT överlåter de förvärvade rättigheterna vidare, ska upphovsmän och utövande konstnärer i ersättning få en närmare angiven andel av SVT:s intäkt på grund av vidareöverlåtelsen.

När det gäller vissa större dramaproduktioner tillämpas i stället vissa särskilda villkor som anges i ett s.k. försöksavtal.¹⁷ Avtalet innebär att producenten ska betala en viss andel av produktionens budget i ersättning till de medverkande som omfattas av förbundets avtalsområde. Ersättningen ska betalas till förbundet som fördelar den mellan de medverkande. I utbyte får SVT använda prestationerna i tio år i Norden.

Fackförbundet Scen & Film har även ingått ett särskilt avtal med Netflix avseende tv-serier producerade i Sverige för Netflix. Avtalet innebär att upphovsmän och utövande konstnärer som deltar i produktionen har rätt till en ersättning som förvaltas kollektivt av fackförbundets bolag Upphovsrätt Scen & Film (tidigare Rättighetsbolaget Tromb). Enligt avtalet har upphovsmännen och de utövande konstnärerna rätt till dels en engångsersättning, dels en ersättning som baseras på antalet streamningar. Dessutom har upphovsmännen rätt till en viss ersättning om tv-serien säljs utanför Netflix.

¹⁷ Avtalet benämns Försöksavtal avseende nyttjande av manusbundna TV-serier och gäller manusbundna tv-serier som har en total produktionsbudget om minst 18 miljoner kronor.

Fackförbundet Scen & Film har även träffat avtal med arbetsgivarorganisationen Medieföretagen.¹⁸ Liksom enligt förbundets avtal med SVT och Netflix regleras i detta avtal villkoren för regissörer, skådespelare, dansare och andra när de deltar i film- eller tv-produktioner. Som framgår av den tidigare redogörelsen gäller avtalen med SVT och Netflix när en produktion görs på uppdrag av SVT respektive Netflix. Avtalet med Medieföretagen tillämpas när en produktion görs på uppdrag av vissa andra företag. Det tillämpas exempelvis vid vissa samproduktioner. Det tillämpas även när produktionen sker på uppdrag av bl.a. Viaplay, TV4 eller C More. Med TV4 och C More har förbundet i tillägg därtill ingått ett avtal som reglerar omfattningen av överlåtelsen och de ersättningar som ska betalas när tv-serier produceras för TV4 eller C More.

I avtalet mellan Fackförbundet Scen & Film och Medieföretagen regleras förbundsmedlemmarnas rätt till ersättning dels för arbete, dels för producentens rätt att använda deras verk och skyddade prestationer. De utövande konstnärernas ersättning för själva arbetet är i regel ett dagsgage men under vissa förutsättningar får parterna i stället komma överens om en månadslön. Regissörer får även enligt detta avtal en ersättning som varierar beroende på slutproduktens längd. Regissören är dessutom garanterad en viss minimiersättning per månad för sitt arbete oavsett slutproduktens längd.

Avtalet anger hur ersättningen till upphovsmän och utövande konstnärer ska beräknas när producenten förvärvar en exklusiv rätt att utnyttja det upphovsrättsligt skyddade materialet. Liksom i förbundets avtal med SVT undantas vissa nyttjanden, däribland vissa offentliga framföranden och vidaresändningar som omfattas av reglerna om avtalslicens.

I utbyte mot överlåtelsen ska upphovsmannen och de utövande konstnärerna, utöver sin arbetsersättning, få en royaltyersättning om utnyttjandet ger ”mätbara intäkter” och inte har premiär i ”TV-fönstret” hos den samproducerande eller beställande kanalen. Ersättningen utgörs av en viss procentuell andel av ett beräkningsunderlag, som omfattar de intäkter som utnyttjandet ger. I andra fall ska ersättningen utgöra ett procentuellt tillägg till de medverkandes ersättningar för själva deltagandet i produktionen. Ersättningen ska

¹⁸ Medieföretagen företräder arbetsgivare inom ett flertal branscher, däribland film- och tv-producenter.

betalas till Fackförbundet Scen & Film, som fördelar den mellan de ersättningsberättigade personerna.

Av avtalet framgår att de enskilda parterna kan avtala om andra villkor men att dessa inte får vara mindre förmånliga för upphovsmannen eller den utövande konstnären.

Även med Medieföretagen har Fackförbundet Scen & Film träffat ett särskilt avtal som gäller vissa större dramaproduktioner.¹⁹ Liksom enligt det särskilda avtalet med SVT utgör ersättningen en del av produktionsbudgeten. Andelen varierar beroende på bl.a. budgetens storlek och licensperiodens omfattning, som kan vara fem eller tio år.

Författarförbundets medlemmar

Också Författarförbundet har träffat ett avtal med SVT. I avtalet, som har avtalslicensverkan, regleras vissa grundläggande villkor som gäller SVT:s användning av verk författade av en medlem i förbundet.

För det första har SVT rätt att nyttja alla verk som en medlem i Författarförbundet har gett ut, om inte upphovsmannen har meddelat ett förbud. Det handlar normalt om fall när stycken ur prosa eller lyrik läses upp i tv-program. SVT ges rätt att bl.a. tillgängliggöra programmet för allmänheten och ska utge en ersättning som varierar beroende på uppläsningens längd. Ersättningen avser, på motsvarande sätt som enligt ovan redovisade avtal, en närmare angiven licensperiod.

För det andra regleras vissa villkor när SVT ska filmatisera ett verk som inte tidigare har getts ut och göra filmen tillgänglig för allmänheten. I sådana fall förutsätts det att SVT träffar en särskild överenskommelse med upphovsmannen. Det handlar normalt om fall när SVT beställer ett verk av författaren. Avtalet innehåller vissa närmare villkor som gäller i sådana fall och anger att den individuella överenskommelsens villkor inte får vara mindre förmånliga för författaren. Avtalets ersättningsvillkor varierar beroende på slutproduktens längd och avser vissa närmare angivna licensperioder. Upphovsmannen har dessutom rätt till ytterligare ersättning om SVT överlåter rättigheterna vidare till någon annan.²⁰

¹⁹ Avtalet finns som bilaga 9 till avtalet mellan Fackförbundet Scen & Film och Medieföretagen. Det benämns Försöksreglering avseende manusbundna TV-serier och gäller just manusbundna tv-serier.

²⁰ Som en indikation kan nämnas att ersättningen – liksom enligt avtalet med Dramatikerförbundet (se ovan) – uppgår till 10,5 procent av SVT:s bruttointäkt från överlåtelser enligt parternas avtal daterat i april 2021.

Avtal genom Copyswede

På det audiovisuella området finns det även flera avtal med avtalslicensverkan som Copyswede har träffat för sina medlemsorganisationers räkning.²¹

Mellan SVT och Copyswede gäller ett avtal som med avtalslicensverkan ger SVT rätt att tillhandahålla visst material på begäran under märkningen Öppet arkiv. Avtalet avser program som SVT har sänt ut före den 1 juli 2005 och reglerar den ersättning som ska betalas. Avtalet har företrädare framför de avtal som har redovisats i det föregående.

Med mandat från bl.a. SVT och TV4 har Copyswede även träffat avtal med olika operatörer av vidaresändningstjänster. I avtalen regleras bland annat den ersättning som ska betalas när en operatör på begäran av enskilda tillhandahåller verk och prestationer som operatören vidaresänder (s.k. catch up).

Musik på det audiovisuella området

Även låtskrivare, musiker, musikbolag och andra aktörer bidrar som sagt med verk och prestationer till audiovisuella produktioner, exempelvis när det gäller inslag av musik i reklamfilmer och vinjetter till tv-program. Det handlar alltså om att inspelad musik används för att ljudsätta rörliga bilder.

Som framgår av redogörelsen ovan överlåter upphovsmän och musikförlag ofta sina rättigheter till Stim för förvaltning. Stim har i sin tur gett Nordisk Copyright Bureau (NCB) i uppdrag att licensiera rättighetshavarnas exemplarframställningsrätt i anslutning till att bl.a. tv-produktioner ljudsätts med användning av befintliga inspelningar. NCB tillämpar fasta priser som varierar beroende på produktionstyp och på hur mycket musik som används.²² När det gäller filmproduktioner och reklamfilmer är det i stället rättighetshavarna själva

²¹ Till Copyswedens medlemmar hör 14 organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer. Copyswedens mandat grundas på avtal som föreningen träffar med sina medlemmar.

²² När en inspelning av bilder ljudsätts förenas bild och musik i en inspelning. Det innebär att ett exemplar av de verk som ingår i musiken framställs. På det sättet aktualiseras alltså upphovsmannens exemplarframställningsrätt. Det är denna begränsade användning som avses här. Användningen brukar benämnas synkronisering och tillståndet synkroniseringslicens. När det inspelade materialet därefter används aktualiseras andra delar av ensamrätten, t.ex. överföringsrätten.

som licensierar den exemplarframställningsrätt som krävs för själva ljudsättningen (direktlicensiering). Överföringsrätten förvaltas dock av Stim i samtliga fall. Stim förvaltar även den rätt att framställa exemplar som krävs för att tillhandahålla den ljudsatta produktionen på begäran. De allra flesta tv-företag och leverantörer av streamingtjänster som är verksamma i Sverige har träffat avtal med Stim om anslutna upphovsmäns rätt till ersättning när musiken överförs till allmänheten, se mer i avsnitt 6.6. Stim inkasserar ersättningen och fördelar den mellan de anslutna medlemmarna.

Ifpi och SAMI har gemensamt träffat avtal med de flesta tv-företag i fråga om företagets rätt att överföra den musik som ljudsätter rörlig bild. Avtalen gäller befintliga inspelningar (kommersiella fonogram) och omfattar såväl rättigheterna till själva inspelningen (master-rättigheterna) som rätten till de framföranden som ingår i inspelningarna, dvs. de utövande konstnärernas rättigheter. I dessa avtal regleras bl.a. rättighetshavarnas rätt till ersättning när tv-företagen tillhandahåller de ljudsatta produktionerna på begäran av enskilda (t.ex. via tv-företagens s.k. playtjänster). Ersättningarna inkasseras av organisationerna och fördelas så att de får hälften var. Avtal av det här slaget har ingåtts med bl.a. SVT och TV4.

I regel träffar musikbolagen individuella avtal för egen räkning med leverantörer av andra streamingtjänster, t.ex. Netflix och HBO Max. Detsamma gäller i fråga om musik i reklamfilmer. Avtalen avser rätten att överföra den musik som ljudsätter rörlig bild, såväl när det gäller själva inspelningen av musiken (masterrättigheterna) som beträffande de framföranden som ingår i inspelningar (när musikbolaget har förvärvat denna rätt från de utövande konstnärerna). Avtalen avser normalt enskilda låtar och omfattar möjligheten att tillhandahålla dessa på begäran av enskilda när en audiovisuell produktion streamas. I regel innebär artistavtalet att artisten har rätt till hälften av nettointäkterna från sådan användning men även andra villkor förekommer.

Det är också vanligt att musiker anlitas för inspelning av musik som är särskilt avsedd för en audiovisuell produktion. I dessa fall får musikern normalt en engångsersättning.

6.4 Avtal på litteraturområdet

Allmänt

På litteraturområde är författare centrala aktörer. Det förekommer även översättare, illustratörer, fotografer och andra rättighetshavare. Dessa träffar ofta avtal med ett bokförlag inför utgivning av en bok.²³ I samband med produktion av ljudböcker kan bokförlaget anlita skådespelare som inläsare.

Författaravtal

Den som har författat en bok brukar i allmänhet avtala med ett förlag om bokens utgivning. Förlaget ansvarar normalt för att redigera författarens texter och utför även annat redaktionellt arbete, exempelvis sättning och formgivning. Bokförlaget ser också till att boken produceras i olika format, distribueras och marknadsförs.

Det vanliga är att författaren ger bokförlaget en exklusiv rätt att under en begränsad tid, vanligen sju år, ge ut exemplar av boken i olika format, däribland i tryckt format (t.ex. i pocketformat eller som inbunden bok), som digital ljudbok och som e-bok. I utbyte får författaren normalt dels ett förskott, dels en ersättning som grundas på intäkterna från bokens försäljning. Engångsersättningar förekommer i princip inte.

Royaltysatsen lär i regel uppgå till omkring 15–30 procent. Den varierar ofta beroende på format. Exempelvis kan olika villkor gälla för pocketböcker, ljudböcker och inbundna böcker. Royaltysatsen kan också höjas i takt med bokens försäljning.

Normalt sett får författaren som sagt även ett förskott. Det betalas i samband med att avtalet ingås. Ofta räknar man därefter av författarens rätt till royaltyersättning mot förskottet. Förskottet behöver emellertid inte återbetalas om det överstiger den ersättning som bokens försäljning ger rätt till.

Det kan även nämnas att Författarförbundet har träffat ramavtal och samarbetsavtal med flera större bokförlag. Till dessa hör Bonnierförlagen, Norstedts förlagsgrupp (där bl.a. Norstedts och Rabén &

²³ Som framgår av redogörelsen ovan förekommer det också att upphovsmän på litteraturområdet träffar avtal om användning av deras verk i audiovisuella produktioner, exempelvis i samband med att en film ska spelas in när filmen bygger på en bok.

Sjögren ingår), Natur & Kultur, Bokförlaget Atlas och Ordfront förlag. Avtalen innehåller villkor om bl.a. ersättningsnivåer som inte bör understigas i författaravtal.

Illustrationer

Vid sidan av det litterära verket innehåller många böcker illustrationer. Det kan handla om exempelvis teckningar, grafik eller fotografiska bilder till bokens omslag. Det är normalt bokförlaget som beställer sådana arbeten och som ansvarar för att redigera illustrationerna. I regel förvärvar bokförlaget även upphovsmannens eller fotografens rättigheter med avseende på illustrationerna mot en engångsersättning.

Bilder kan också utgöra en mer central del av en bok, till exempel när det gäller barnböcker. I sådana fall brukar avtalet mellan illustratören och bokförlaget följa samma principer som ett författaravtal. Om en författare och en illustratör gemensamt träffar ett avtal med ett bokförlag, brukar de även träffa ett inbördes avtal om hur de ska fördela ersättningen mellan sig.

Översättaravtal

Ett bokförlag kan förvärva rätten att ge ut ett utländskt verk på svenska. I sådana fall anlitar bokförlaget normalt en översättare och förvärvar översättarens rättigheter till översättningen under en begränsad tid i utbyte mot en engångsersättning. Ersättningens storlek varierar i regel beroende på vilka förfoganden och format som överlåtelsen avser.

Ljudböcker

Om verket ska ges ut som ljudbok, anlitar förlaget en inläsare som framför verket. De som anlitas är ofta skådespelare men det förekommer även att författaren själv läser in boken. Förlaget brukar förvärva den utövande konstnärens rättigheter mot en engångsersättning.

Fackförbundet Scen & Film och Storyside, som är ett specialiserat ljudboks-förlag, har träffat avtal om vissa minimi-sättnin-gar som uppläsaren ska ha rätt till. Det handlar om en ersättning grundad på nedlagd tid. Av avtalet framgår att parterna i stället får komma överens om en royaltysättning.

Som framgår av redogörelsen ovan innebär författaravtalet normalt att författarens rätt till ersättning varierar beroende på format. I regel är royaltysatsen för ljudböcker, i likhet med vad som gäller för pocketböcker, lägre än för inbundna böcker. Enligt Förläggare-föreningen motiveras detta av att ljudboksproduktioner kräver dyra investeringar från förlagen.

6.5 Andra avtal och områden

Det finns naturligtvis upphovsmän och utövande konstnärer på många andra områden än de som har nämnts. Som exempel kan nämnas bildkonstnärer, illustratörer, fotografer och andra upphovs-män till alster av bildkonst som används i audiovisuella produktioner och i presspublikationer på internet. Som exempel kan även nämnas upphovsmän till journalistiska framställningar i tidningar, tv och radio. Skapare av datorprogram är ett annat exempel. Här ska även nämnas de upphovsmän och utövande konstnärer som bidrar med insatser när podcaster produceras. Ytterligare ett exempel är de upp-hovsmän deltar när datorspel skapas.²⁴ Även mer all dagliga framställ-ningar, t.ex. meddelanden eller rapporter av olika slag på ett företags hemsida, kan omfattas av upphovsrättsligt skydd.

I samtliga dessa fall är det vanligt att det upphovsrättsligt skyd-dade materialet tillhandahålls på begäran. De villkor som avtalas när andra än upphovsmännen eller de utövande konstnärerna gör sådana förfoganden med materialet varierar i stor utsträckning. Inte sällan handlar det i dessa fall, liksom i många andra situationer där exem-pelvis texter skrivs och publiceras på internet, om material som produceras inom ramen för ett anställningsförhållande. Den ersätt-ning som betalas i sådana fall är i regel den lön som den anställde får.

²⁴ Arbetet med att utveckla ett datorspel kräver ofta insatser från ett flertal aktörer. Det handlar om exempelvis speldesigners, grafiker, programmerare, manusförfattare och ljuddesigners. Ofta är aktörerna anställda av ett spelutvecklingsbolag som förvärvat upphovsmännens rätt till de verk som ingår i ett datorspel.

6.6 Avtal om vidare utnyttjanden

Allmänt

Som framgår av redogörelsen är musikbolag, filmproducenter, tv-producenter, bokförläggare och andra liknande aktörer sällan slutanvändare utan i stället mellanhänder som i sin tur ofta träffar avtal med exempelvis bokhandlare, leverantörer av streamingtjänster, biografer och andra som är en del av olika distributionskedjor. De överlåter alltså den förvärvade ensamrätten vidare och i utbyte får de ersättning, antingen som en del av de intäkter som den senare förvärvarens utnyttjande genererar eller som en engångsersättning. Under de senaste åren har olika streamingtjänster kommit att få en allt större betydelse när upphovsrättsligt skyddat material görs tillgängligt för allmänheten, se mer i avsnitt 5.

Många gånger har upphovsmän och utövande konstnärer, beroende på villkoren för den ursprungliga överlåtelse, rätt till en ersättning som på ett eller annat sätt relaterar till vad den senare förvärvaren betalar till musikbolaget, producenten eller förläggaren, se mer i avsnitt 6.2–6.4.

Avtal med leverantörer av streamingtjänster på musikområdet

Som redovisas förekommer det flera olika avtal mellan olika rättighetshavare inför att en musikinspelning produceras. Ofta leder avtalen till att musikbolaget innehar ensamrätten att tillhandahålla inspelningen på begäran när det gäller såväl själva inspelningen (masterrättigheterna) som de inspelade framförandena. Som framgår förekommer det emellertid också att artisten själv innehar ensamrätten att överföra såväl själva inspelningen som sitt framförande. Rätten att på begäran tillhandahålla de inspelade verken (dvs. text och komposition) innehas i regel av upphovsmannen eller ett musikförlag och förvaltas av Stim.

När en leverantör av streamingtjänster tillhandahåller den inspelade musiken på begäran av enskilda måste leverantören förvärva tillstånd från de olika rättighetshavarna. De avtal som förekommer på musikområdet innebär att leverantören, t.ex. Spotify, Apple Music eller Deezer, betalar rättighetshavarna en del av de intäkter som tjänsten genererar. De närmare villkoren är inte kända med det sägs att leverantören i regel betalar 65–70 procent av intäkterna till rättig-

hetshavarna. Det brukar sägas att upphovsmän och musikförlag normalt sett får 12–15 procent medan musikbolag får 52–55 procent av leverantörens intäkter.²⁵

Den närmare fördelningen mellan enskilda rättighetshavare inom de olika grupperna beror ofta på hur stor andel av det totala antalet streamningar som rättighetshavarens musik har stått för. Den som innehar rättigheter till ett verk, ett framförande eller en upptagning som streamas många gånger får en högre andel av intäkterna än innehavare av rättigheter till musik som inte streamas lika ofta. Ersättningarna fördelas alltså pro rata. Detta är den ordning som exempelvis Spotify och Apple Music tillämpar i avtal med rättighetshavare.²⁶

Avtal med leverantörer av streamingtjänster på det audiovisuella området

Som framgår av den tidigare redogörelsen över avtal som förekommer på det audiovisuella området förvärvar producenten många gånger en exklusiv rätt från upphovsmän och utövande konstnärer att utnyttja inspelningen på olika sätt.

Leverantörer av streamingtjänster, exempelvis Netflix, C More, HBO Max, TV 4 och SVT, förvärvar ofta en rätt att tillhandahålla film- och tv-produktioner på begäran. Det vanliga är att producenten i utbyte får ett bestämt belopp i ersättning.

Upphovsmännen till musik som ljudsätter film- och tv-produktioner behåller som sagt som regel sin överföringsrätt. Som nämnts förvaltas rätten av Stim, som träffar avtal för upphovsmännens räkning om deras rätt till ersättning när exempelvis en streamingtjänst tillhandahåller produktionen på begäran. Stim har träffat avtal med bl.a. Netflix, SVT (i fråga om tjänsten SVT Play), C More och TV4 (i fråga om tjänsten TV4 Play). Det vanliga är att Stim enligt dessa avtal har rätt till en ersättning som varierar beroende på de intäkter

²⁵ Se exempelvis "Apple music just made a lot of claims about what it pays artists. Let's take a closer look" i webbtidningen Music Business Worldwide (MBW) den 9 april 2021 och Music Managers Forums (MMF) rapport "Dissecting the Digital Dollar – Part One".

²⁶ Beräkningen bygger som sagt på det totala antalet streamningar och tar således inte hänsyn till antalet abonnenter som streamar en viss låt och inte heller till att vissa låtar kan utgöra en större kvot av vissa abonnenters streamande. För fullständighetens skull kan det nämnas att man under många år har diskuterat möjligheten att tillämpa en fördelningsgrund som i stället utgår från de olika låtarnas andel av varje användares lyssnande (s.k. user-centric distribution). Det har bedrivits studier om huruvida detta generellt skulle ekonomiskt gynna innehavare av rättigheter till musik som totalt sett konsumeras mindre, se t.ex. Pedersen, A Meta Study of User-Centric Distribution for Music Streaming (2020).

som streamingtjänsten genererar. Det förekommer även avtal om engångsbelopp. I vissa fall har tjänsterna intäkter från abonnemangsavgifter (t.ex. C More), i andra fall rör det sig om reklamintäkter (t.ex. TV4 Play) medan det i ytterligare andra fall handlar om offentlig finansiering (t.ex. SVT Play). Leverantörerna av streamingtjänster redovisar i vilken omfattning de olika produktionerna har streamats och Stim lägger redovisningarna till grund för fördelningen av intäkterna mellan de olika rättighetshavarna.

Ifpi och SAMI har som sagt träffat liknande avtal med tv-företag i fråga om sina rättigheter. Ersättningarna inkasseras av Ifpi och SAMI och varierar i regel beroende på den omfattning i vilken olika musikinspelningar används. Som framgår av redogörelsen ingår musikbolagen individuella avtal med leverantörer av andra streamingtjänster för rörlig bild. Även dessa avtal innebär att ersättningen brukar variera beroende på hur mycket musikinspelningarna används.

Avtal med leverantörer av streamingtjänster på litteraturområdet

Som framgår av den föregående redogörelsen är det ofta bokförlagen som innehar ensamrätten till det litterära verket, i vart fall under den första tiden efter bokens utgivning. I regel innehar bokförlaget också en ensamrätt med avseende på själva inspelningen av en ljudbok.

När en leverantör av abonnemang för digitala e-böcker och digitala ljudböcker vill tillhandahålla en ljudbok eller en digital e-bok behöver leverantören normalt bokförlagets tillstånd. Många leverantörer och bokförlag har träffat avtal om sådana utnyttjanden och om den ersättning som ska utgå för dessa.

Enligt villkoren i avtal mellan bokförlagen och Storytel, som är den största aktören, utgör bokförlagens ersättning normalt sett en andel av leverantörens totala intäkter. Bokförlagen sägs få i genomsnitt 60 procent av Storytels intäkter. Fördelningen sker med utgångspunkt från deras respektive andel av konsumtionen. Det förekommer även avtalsvillkor som innebär att rättighetshavare har rätt till en fast ersättning per lyssning eller läsning, dvs. oberoende av leverantörens intäkter. Bokus Play, BookBeat och Nextory tillämpar avtal med sådana villkor.²⁷ Den andel av bokförlagens intäkter som tillkommer

²⁷ Se Förläggareföreningens rapport Ljudboken: Hur den digitala logiken påverkar marknaden, konsumtionen och framtiden (2019).

de enskilda författarna beror på villkoren i deras avtal med förlagen, se avsnitt 6.4.

Slutanvändarnas avtal

Till sist finns slutanvändarna, som också de träffar olika typer av avtal. Det kan för deras del handla om att exempelvis teckna abonnemang på en streamingtjänst, köpa en bok eller skaffa sig en biobiljett. Ibland kan konsumenter ta del av upphovsrättsligt skyddat material utan att behöva betala för det, till exempel via reklam- eller public service-finansierade streamingtjänster.

Spotify erbjuder två slags tjänster, ett reklamfinansierat alternativ som är gratis för konsumenter (Spotify Free) och ett alternativ där konsumenten betalar en månatlig avgift (Spotify Premium). Apple Music erbjuder inte något gratisalternativ utan endast abonnemang mot en avgift.

För att få tillgång till de produktioner som Netflix tillhandahåller behöver man teckna ett abonnemang och betala för tjänsten. Viaplay, C More och HBO Max tillämpar motsvarande villkor medan SVT Play och TV4 Play erbjuder gratistjänster.

Även på litteraturområdet tillhandahålls det upphovsrättsligt skyddade materialet på begäran inom ramen abonnemang som normalt förutsätter att man betalar en månatlig avgift.

7 Upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning

7.1 Allmänna utgångspunkter

Uppdraget enligt kommittédirektiven

Utredningen har i uppdrag att analysera och redogöra för upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få lämplig och proportionerlig ersättning för de tillgängliggöranden av verk och framföranden som sker på begäran av enskilda. Det handlar alltså om situationer där det upphovsrättsligt skyddade materialet ställs till förfogande för att enskilda ska kunna ta del av det on demand, t.ex. genom att streama materialet (se mer i avsnitt 5.2).

Uppdraget i denna del ska ses tillsammans med att utredningen även ska ta ställning till om det finns behov av och är lämpligt att införa en s.k. oavvislig ersättningsrätt eller andra åtgärder när det gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter till ersättning, se mer i avsnitt 8 och 9. Utredningens analyser i den nu aktuella delen av uppdraget måste kunna tjäna som ett underlag för de ställningstaganden som utredningen ska göra.

I direktiven är utredningens uppdrag tydligt inriktad på frågan om upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning för utnyttjanden som sker med deras tillstånd. Det får anses följa av direktiven att utredningen inte har i uppdrag att analysera upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter till ersättning för olovliga utnyttjanden. Mot bakgrund av direktivens inriktning kan det inte heller anses ingå i uppdraget att analysera situationer där utnyttjandet är tillåtet till följd av en inskränkning i upphovsrätten eller närstående rättigheter. I första hand tar utred-

ningens uppdrag alltså sikte på utnyttjanden som sker efter en överlåtelse, oavsett om det är den ursprungliga rättighetshavarens avtalspart eller en senare förvärvare som står för utnyttjandet.

Utredningens uppdrag gäller i denna del upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ”lämplig och proportionerlig” ersättning. Vad som menas med detta preciseras inte närmare i direktiven.

Det kan noteras att begreppet används i DSM-direktivet, där det i artikel 18 anges att medlemsstaterna ska säkerställa att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt till lämplig och proportionerlig ersättning när de licenserar eller överlåter sina rättigheter avseende utnyttjanden av deras verk eller andra alster. I utredningens uppdrag ingår dock inte att överväga hur denna eller andra bestämmelser i DSM-direktivet ska genomföras i svensk rätt. Uppdraget kan därför inte av det skälet anses vara villkorat av den närmare innebörd som begreppet har enligt DSM-direktivet.

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. 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.

Förhållanden som analysen avser

Det finns naturligtvis en mångfald av omständigheter som har betydelse för vilka möjligheter som en enskild upphovsman eller utövande konstnär har att få ersättning när ett tillhandahållande sker på begäran. Förhållandena kan dessutom variera i stor utsträckning, såväl mellan olika upphovsmän eller utövande konstnärer som mellan

olika prestationer från en och samma person eller samma prestation vid olika tidpunkter och sammanhang.

Den följande redogörelsen tar sikte på vissa generella förhållanden. Redogörelsen omfattar vissa villkor som följer av dels den rättsliga regleringen (avsnitt 7.2), dels några av de avtal som förekommer (avsnitt 7.3). I detta kapitel sägs också något om det sätt på vilket olika rättigheter förvaltas (avsnitt 7.4), liksom om storleken av de ersättningar som faktiskt betalas (avsnitt 7.6). 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 överlåtelser av rätten att tillhandahålla deras prestationer på begäran (avsnitt 7.7 och 7.8).

7.2 Villkor som har att göra med den rättsliga regleringen

Allmänt

Den upphovsrättsliga lagstiftningen är avgörande för upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning, se avsnitt 4.2. I detta avsnitt behandlas vissa av de bestämmelser som har särskild betydelse när det gäller utnyttjanden som innebär att verk och framföranden tillhandahålls på begäran.

Upphovsmäns och utövande konstnärers ensamrätt

Som framgår i avsnitt 3.2 har upphovsmän och utövande konstnärer en rätt att utesluta andra från att använda deras verk och framföranden. I detta ingår en ensamrätt att tillhandahålla materialet på begäran av enskilda. Det innebär att materialet i princip inte får användas på det sättet utan upphovsmännens eller den utövande konstnärers tillstånd.¹

¹ Som framgår i avsnitt 3.1 och 3.2 finns det vissa inskränkningar i ensamrätten. När det gäller överföringsrätten är det exempelvis tillåtet att överföra verksexemplar till personer med funktionsnedsättning under vissa förutsättningar. Också avtalslicenser kan innebära att något tillstånd från rättighetshavaren själv inte behövs (även om det har ansetts att avtalslicenser inte utgör inskränkningar i upphovsrätten, se prop. 2012/13:141 s. 28 och 29).

Den nu angivna rätten tillkommer alla upphovsmannakategorier och kategorier av utövande konstnärer. Rätten gäller dessutom oavsett om verket eller framförandet förekommer i en ljudupptagning, en upptagning av rörliga bilder eller någon annan form. Skyddet gäller därtill oaktat hur materialet tillhandahålls (låt vara att det praktiskt viktiga fallet är via internet). Ensamrätten att tillhandahålla materialet på begäran omfattar exempelvis förfoganden som innebär att ett verk eller ett framförande tillhandahålls via en streamingtjänst och tjänster där enskilda kan ladda ned materialet.

Som exempel kan nämnas att ett musikaliskt verk och texten till en låt inte får tillhandahållas på begäran av enskilda utan upphovsmannens tillstånd och att tillstånd krävs också från sångare och musiker som framför ett verk. Den som har författat en bok eller regisserat en film har ett motsvarande skydd med avseende på sina prestationer. Som ytterligare exempel på prestationer som skyddas på detta sätt kan nämnas de insatser som skådespelare och andra konstnärer bidrar med vid filminspelningar eller upptagningar av ljudböcker.

Upphovsmäns och utövande konstnärers lagstadgade befogenhet innefattar alltså en ensamrätt att utnyttja verk och framföranden genom att tillhandahålla dessa på begäran av enskilda. Ensamrätten torde omfatta i princip all användning av det nu angivna slaget som har ekonomisk betydelse. Upphovsmän och utövande konstnärer kan själva utnyttja det upphovsrättsligt skyddade materialet i ekonomiska syften samtidigt som andra, utan deras tillstånd, är förhindrade att göra detta. De kan sålunda sägas ha ett slags lagstadgat monopol med avseende på sina prestationer.² De kan också överlåta sina rättigheter till någon annan och därvid fritt förhandla och avtala om villkoren för en överlåtelse (se mer i det följande). I detta ligger att de också fritt kan bestämma om en överlåtelse ska ske eller inte och vilken ersättning som ska utgå när en överlåtelse kommer till stånd.

Sett ur detta rent rättsliga perspektiv har upphovsmän och utövande konstnärer alltså en rätt som är helt avgörande för att de ska kunna ställa upp villkor som de anser är fördelaktiga när de tillåter att någon annan tillhandahåller deras verk och framföranden på begäran. Ensamrätten lägger alltså grunden för deras möjligheter att bestämma ersättningen.

² Se t.ex. Lögberg, Några ord om upphovsrättsmonopolet och dess räckvidd (1993).

Därmed inte sagt att detta är tillräckligt för att säkerställa att alla i praktiken verkligen får en skälig ersättning. Såväl det ekonomiska värdet av ensamrätten som rättighetshavarens praktiska möjligheter att tillgodogöra sig detta beror på en mångfald av omständigheter (se mer i det följande).

Något om vissa bestämmelser till skydd för upphovsmän och utövande konstnärers när de överlåter sina rättigheter

Som framgår i avsnitt 3.4 är upphovsmän och utövande konstnärer i princip oförhindrade att överlåta rätten att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material på begäran. Som utgångspunkt gäller alltså avtalsfrihet, vilket innebär att upphovsmannen eller den utövande konstnären rättsligt sett kan bestämma villkoren för överlåtelsen och därmed ange under vilka förutsättningar materialet får utnyttjas av förvärvaren. En upphovsman eller en utövande konstnär kan i samband med överlåtelsen bestämma exempelvis hur rätten till ersättning ska regleras (låt vara att de naturligtvis inte ensidigt kan bestämma detta).

Det förhållandet att de rättsligt sett kan bestämma villkoren för en överlåtelse utgör naturligtvis inte någon garanti för att de överlåtelser som i praktiken kommer till stånd sker under villkor som är fördelaktiga för dem, se mer i avsnitt 7.7. Upphovsrättslagen innehåller därför bestämmelser som på olika sätt syftar till att skydda upphovsmän och utövande konstnärer mot mindre väl genomtänkta överlåtelser och otydligt formulerade villkor. Det handlar om bestämmelser som i huvudsak är dispositiva. Parterna kan alltså i regel avtala om andra villkor. Men bestämmelserna kan fungera som ett incitament för att parterna, när de träffar ett avtal, särskilt ska överväga de frågor som regleringen avser. Bestämmelserna har också betydelse i situationer när parterna inte avtalar något specifikt om de frågor som regleringen gäller.

En av de frågor som behandlas i upphovsrättslagen är förvärvarens rätt att överlåta en ensamrätt vidare till någon annan. Möjligheten att överlåta en ensamrätt vidare kan naturligtvis i sig vara ekonomisk betydelsefull. En senare överlåtelse öppnar dessutom för möjligheten att rättigheten utnyttjas på ett sätt eller i en omfattning som kan vara svårt för upphovsmannen eller den utövande konstnären att bedöma i samband med den ursprungliga överlåtelsen.

I upphovsrättslagen föreskrivs att den som har förvärvat rätten till ett verk inte får överlåta rätten vidare, om det inte följer av parternas avtal att förvärvaren får det (28 §). Bestämmelsen omfattar rätten att tillhandahålla verk på begäran och tillämpas också i fråga om utövande konstnärers rättigheter.

Bestämmelsen gör att den som vill vara säker på att förvärvet innefattar en möjlighet att överlåta rätten vidare måste särskilt avtala om detta. Upphovsmannen eller den utövande konstnären får därmed bättre förutsättningar att uppmärksamma frågan och kan ta ställning till värdet av en sådan möjlighet och bestämma ersättningen med beaktande av detta. Och när parterna inte har avtalat om en sådan möjlighet och förvärvaren står inför möjligheten att göra en vidareöverlåtelse, tvingas parterna att förhandla och komma överens om villkoren för den vidare överlåtelsen. Även i den situationen kan regleringen göra att upphovsmannen eller den utövande konstnären får möjlighet att värdera situationen och ta ställning till vilken ersättning som ska betalas för den specifika möjligheten att vidareöverlåta rätten att tillhandahålla ett verk eller ett framförande på begäran.

Bestämmelsen är alltså en avtalstolkningsregel som kan antas göra det allmänt sett lättare för upphovsmän och utövande konstnärer att bedöma värdet av den rätt som de överlåter. På det sättet kan bestämmelsen anses främja deras möjligheter att träffa ekonomiskt fördelaktiga avtal. Det kan även antas att bestämmelsen ger parterna incitament att reglera möjligheten till vidareöverlåtelser på ett tydligt sätt.

I upphovsrättslagen behandlas också möjligheten för upphovsmannen att själv använda ett verk efter en överlåtelse. En överlåtelse av överföringsrätten eller framföranderätten medför inte en ensamrätt i förvärvarens händer, om inte parterna avtalar om något annat eller överlåtelsen avser ett filmverk (30 §).

Bestämmelsen erbjuder ett visst skydd mot att upphovsmannen överlåter sina rättigheter utan att närmare överväga möjligheten att utnyttja dessa själv under avtalstiden eller att ge någon annan tillstånd att göra det. En möjlighet av detta slag kan vara ekonomiskt betydelsefull. Bestämmelsen kan därmed främja upphovsmannens möjligheter att få skälig ersättning vid en överlåtelse.

Ytterligare en annan bestämmelse anger att en överlåtelse av överföringsrätten eller framföranderätten gäller i tre år (30 §). Också från den regeln undantas filmverk och fall när parterna har avtal om

något annat. Bestämmelsen har sin grund i uppfattningen att det skulle vara orimligt om överlåtelsen som utgångspunkt skulle gälla under hela skyddstiden. Eftersom förutsättningarna för avtalet efter några år kan vara helt ändrade har en begränsning till tre år ansetts lämplig.³

Bestämmelsen skyddar på så sätt upphovsmannen från att överlåta sin överföringsrätt eller framföranderätt under hela skyddstiden utan att närmare överväga betydelsen av detta. Det kan antas att bestämmelsen fungerar som en påminnelse om betydelsen av frågan om den tid under vilken en överlåtelse gäller. Påminnelsen gör att parterna får möjlighet att ekonomisk värdera frågan och upphovsmannen får bättre grund att bestämma vilken ersättning som ska betalas beroende på den tid som överlåtelsen gäller. Även detta är ett skydd av ekonomisk betydelse för upphovsmannen. Bestämmelsen är av särskild betydelse i situationer där det kan vara svårt att närmare bedöma värdet av rättigheten på längre sikt.

Bestämmelserna om tiden för en överlåtelse och om förvärvarens ensamrätt gäller som sagt inte när ett filmverk överlåts. Det innebär att upphovsmän i fråga om de aktuella verken har en något sämre ställning i detta avseende. Enligt lagmotiven passade reglerna inte på sådana avtal eftersom det föreligger särskilda förhållanden på filmens område.⁴ Bedömningen lär ha samband med uppfattningen att en uppspaltning av de många rättigheter som brukar ingå i en filmproduktion i någon mån bör undvikas.⁵

De nu angivna bestämmelserna omfattar inte heller utövande konstnärers rättigheter. De gäller alltså inte när en utövande konstnär överlåter sin ensamrätt att exempelvis tillhandahålla ett framförande på begäran. Utövande konstnärer har sålunda ett sämre skydd än upphovsmän på det sättet att det inte föreskrivs någon presumtion i dessa frågor.

Här ska även erinras om de bestämmelser som har föreslagits för att genomföra ersättningskapitlet i DSM-direktivet. Förslaget innebär att det ska införas ett flertal bestämmelser som syftar till att stärka upphovsmäns och utövande konstnärers ställning som avtalsparter. Bland annat föreslås att de ska ha en tvingande rätt till skälig

³ Se SOU 1956:25 s. 304 och prop. 1960:17 s. 186 och 187.

⁴ Se SOU 1956:25 s. 307 och prop. 1960:14 s. 187.

⁵ Se SOU 1956:25 s. 152–155 och 336, se även 39 § upphovsrättslagen.

ersättning när de överlåter sina rättigheter och en rätt till ytterligare skäligen ersättning under vissa förhållanden, se mer i avsnitt 3.8.

Avtalslicenser

Som framgår i avsnitt 3.4 finns det bestämmelser som gör det möjligt att på vissa områden, i stället för att ingå individuella avtal om användning av verk, träffa avtal med en organisation som företräder ett flertal upphovsmän till i Sverige använda verk på området om användning av verk (s.k. avtalslicens). Bestämmelserna gäller även i fråga om utövande konstnärers rättigheter. I de situationer där avtalslicenser gäller kan användare klarera rättigheterna för samtliga verk eller framföranden inom ett visst område genom ett enda avtal.

Flera av bestämmelserna om avtalslicens avser möjligheten att tillhandahålla verk och andra skyddade prestationer på begäran. Till exempel får ett radio- eller tv-företag, om en avtalslicens gäller, överföra offentliggjorda litterära och musikaliska verk samt offentliggjorda konstverk till allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till det från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer, under förutsättning att verket eller framförandet ingår i ett radio- eller tv-program som företaget sänder ut. Som framgår av förarbetena skulle det utan en förenklad rättighetsklarering vara näst intill omöjligt att tillhandahålla materialet på det sättet.⁶ Den generella avtalslicensen är ett annat exempel (se avsnitt 3.4). Om det i praktiken är nödvändigt för att utnyttjandet ska komma till stånd, kan bestämmelsen läggas till grund för ett avtal som ger användaren rätt att via en streamingtjänst tillhandahålla exempelvis en viss typ av material på begäran av enskilda.

Som framgår i avsnitt 6.2–6.4 ingår användarna i stor utsträckning individuella avtal i fråga om användning som innebär att upphovsrättsligt skyddat material tillhandahålls på begäran. Men på vissa områden har avtal med avtalslicensverkan träffats, t.ex. i fråga om Öppet arkiv och vissa s.k. catch up-tjänster i anslutning till vidare-sändningar (se avsnitt 6.3). Det har inte kommit fram något under utredningsarbetet som talar för att det finns situationer där varken individuella avtal eller avtal enligt den nuvarande avtalslicensordning är en möjlig lösning.

⁶ Se prop. 2012/13:141 s. 47.

Möjligheten att träffa avtal med avtalslicensverkan kan alltså antas leda till att avtal som annars inte hade kommit till stånd träffas och att verk och andra skyddade prestationer därmed kan komma till användning i större utsträckning. Detta är till fördel för alla de upphovsmän och utövande konstnärer som därigenom får ersättning. Det kan naturligtvis ändå finnas upphovsmän och utövande konstnärer som föredrar att själva styra över om avtal ingås eller inte. De har rätt att meddela förbud mot överföringen och kan därmed själva förhandla om villkoren för överföringen, bl.a. om en annan ersättning än den som följer av en avtalslicens.

7.3 Villkor som har att göra med de avtal som förekommer

Allmänt

Upphovsmän och utövande konstnärer har som nämnts rätt att överlåta sin ensamrätt att tillhandahålla verk och framföranden på begäran. I avsnitt 6 redovisas många avtal och avtalsvillkor som förekommer när sådana överlåtelser faktiskt sker. Som framgår av den följande redogörelsen har upphovsmän och utövande konstnärer enligt dessa avtal rätt till ersättningar som i stor utsträckning står i samband med den faktiska användningen av deras verk och framföranden när materialet tillhandahålls på begäran av enskilda.

Avtal på musikområdet

Som framgår av redogörelsen över avtal på musikområdet (se avsnitt 6.2) har rättighetshavarna träffat avtal med leverantörer av digitala tjänster för musik. Enligt dessa avtal har rättighetshavarna normalt rätt till en ersättning som varierar beroende på de intäkter som musiken genererar när den tillhandahålls på begäran. Exempelvis betalar Spotify och Apple Music en andel av sina intäkter från abonnemangavgifter, och i Spotifys fall även från reklam, i ersättning till musikens rättighetshavare. Som framgår av den tidigare redogörelsen beror den inbördes fördelningen av ersättningen mellan enskilda rättighetshavare på den utsträckning i vilken konsu-

menter väljer att ta del av inspelningar där deras verk och framföranden ingår.

Låtskrivare innehar ofta själva sin ensamrätt att tillhandahålla verk på begäran och ersätts, via Stims förvaltning, direkt av de leverantörer av streamingtjänster som tillhandahåller musiken, t.ex. Spotify och Apple Music. Ersättningen utgör som sagt en andel av leverantörens intäkter och varierar beroende på den omfattningen i vilken musiken konsumeras. Ersättningen står på det sättet i relation till den faktiska användningen av deras verk.

Artister överlåter däremot många gånger sin ensamrätt till ett musikbolag. Som regel gör artister detta i utbyte mot en royaltyersättning som varierar beroende på musikbolagets intäkter från musikens användning. Den royaltyersättning som musikbolaget i sin tur får från leverantörer av streamingtjänster utgör i sådana fall normalt en del av det intäktsunderlag som ligger till grund för artistens ersättning. Det innebär att också de utövande konstnärernas ersättningar många gånger varierar beroende på antalet lyssningar, även när konstnären inte står i någon direkt avtalsrelation till leverantören. Artister som avtalar om en royaltyersättning får på det sättet ta del av de intäkter som uppkommer när deras prestationer tillhandahålls på begäran med tillstånd från artisten eller dennes rättsinnehavare. Även de utövande konstnärernas ersättningar står sålunda i relation till den faktiska användningen.

Som framgår i avsnitt 6.2 förekommer det att utövande konstnärer, främst studiomusiker, överlåter sina rättigheter avseende inspelad musik till ett musikbolag i utbyte mot en engångsersättning. I dessa fall är ersättningen alltså inte beroende av de intäkter som musiken genererar. Det innebär att den ersättning som studiomusiker får normalt inte står i något tydligt samband med musikens faktiska användning. I sådana fall får musikern alltså inte någon del av det ekonomiska utbytet när en inspelning genererar större intäkter än vad som kunde förutsättas vid överlåtelsen av rätten att tillhandahålla framförandet på begäran.⁷ Samtidigt är musikern garanterad en ersättning, som är oberoende av om inspelningen leder till några intäkter eller inte.

⁷ Ett viktigt undantag gäller emellertid efter det femtionde året av upptagningens skyddstid. Efter den tidpunkten har musiker, liksom andra utövande konstnärer, en lagstadgad och tvingande rätt att i ersättning få en del av de intäkter som en framställare har haft till följd av rätten att utnyttja upptagningen, se 45 a § upphovsrättslagen.

Avtal på det audiovisuella området

Som framgår av redogörelsen över avtal på det audiovisuella området (se avsnitt 6.3) omfattas manusförfattare, regissörer, skådespelare och andra som bidrar med insatser i film, tv och andra audiovisuella produktioner som regel av de avtal som Dramatikerförbundet, Fackförbundet Scen & Film och Författarförbundet har träffat med tv-företag och andra producenter.

Enligt dessa branschavtal har de ursprungliga rättighetshavarna ofta, förutom rätt till en ersättning för sin medverkan i produktionen och för beställarens egen användning, rätt till ersättning också när producenten överlåter rättigheterna vidare, exempelvis till en leverantör av streamingtjänster. Det vanliga är att ersättningen i sådana fall ska utges av producenten. Normalt grundas ersättningen inte vare sig på den senare förvärvarens intäkter eller på omfattningen av dennes nyttjande. I stället varierar ersättningen beroende på intäkterna från överlåtelsen. Ersättningen står alltså i dessa fall inte i någon tydlig relation till den faktiska användningen av de verk och framföranden som ingår i produktionen. I ytterligare ett par praktiskt betydelsefulla situationer utgör den avtalade ersättningen i stället en andel av produktionens budget och varierar beroende på överlåtelsens omfattning. Ersättningen är inte heller i dessa fall direkt relaterad till den faktiska användningen. Men de budgeterade kostnader och intäkterna från överlåtelsen är faktorer som i någon mening har samband med de intäkter som produktionens användning förväntas ge upphov till. På det sättet står ersättningen i någon relation till användningen.

Det förekommer även avtal som innebär att den senare förvärvaren ska ersätta de ursprungliga rättighetshavarna och att ersättningen då ska bestämmas med utgångspunkt från de intäkter som förvärvaren får till följd av nyttjandet. Så är fallet exempelvis enligt det avtal som Fackförbundet Scen & Film har träffat med Netflix och, under vissa förhållanden, enligt förbundets avtal med Medieföretagen. I dessa fall är leverantörernas intäkter visserligen inte avgörande för ersättningarnas storlek. Storleken av ersättningarna varierar dock beroende på i vilken omfattning som konsumenter tar del av produktionen. På det sättet är den ersättning som de ursprungliga rättighetshavarna får enligt dessa avtal alltså beroende av den faktiska användningen av deras verk och framföranden.

Upphovsmän till musik som ljudsätter audiovisuella produktioner ersätts enligt avtal som Stim har träffat med leverantörer av streamingtjänster. Som framgår har upphovsmännen i regel rätt till en ersättning som varierar beroende dels på de intäkter som streamingtjänsten får, dels den omfattning i vilken olika verk konsumeras (se avsnitt 6.3). Även i dessa fall har upphovsmännen alltså rätt till en ersättning som står i tydligt samband med verkens faktiska användning.

Artisters och medverkande musikers ensamrätt innehas många gånger av ett musikbolag. Trots detta träffar Ifpi och SAMI gemensamma avtal med tv-företag och delar på intäkterna med hälften var (se avsnitt 6.3). När det gäller den användning som leverantörer av andra streamingtjänster (t.ex. Netflix) gör är det i regel musikbolaget själv som träffar avtal. Som har framgått har artister i regel rätt till hälften av nettointäkterna. För andra utövande konstnärer än artister, exempelvis studiomusiker, är förhållandena annorlunda. De får som sagt i regel en engångsersättning i samband med sin medverkan i inspelningen och har alltså normalt inte rätt till en rörlig och återkommande ersättning, t.ex. baserad på en viss andel av intäkterna från försäljning av musiken.

Här kan också nämnas att det i viss omfattning även förekommer avtal som innebär att upphovsmän och utövande konstnärer överlåter samtliga sina rättigheter med avseende på musik, dvs. även den lagstadgade rätten till ersättning för direktöverföringar och offentliga framföranden av ljudupptagningar (s.k. friköp), till företag som överlåter rättigheterna vidare i samband med audiovisuella produktioner. De ursprungliga rättighetshavarna får i sådana fall i första hand en engångsersättning men det förekommer även att de avtalar om en royaltysersättning.

Avtal på litteraturområdet

Konsumenters tillgång till ljudböcker berör rättigheter som i allmänhet innehas av bokförlag. Som framgår av den tidigare redogörelsen (se avsnitt 6.4) varierar bokförlagens ersättningar beroende på i vilken utsträckning deras ljudböcker konsumeras. Detta gäller även i de fall när ersättningen är oberoende av streamningleverantörens intäkter. De ersättningsmodeller som tillämpas innebär alltså att

rättighetshavarnas ersättningar är beroende av den utsträckning i vilken konsumenter tar del av deras verk och framföranden.

Som framgår av den föregående redogörelsen har författare normalt rätt till en del av bokförlagets intäkter, t.ex. från leverantörer av streamingtjänster. Författarnas ersättningar varierar alltså indirekt beroende på den utsträckning i vilken deras verk används av de leverantörer som tillhandahåller streamingtjänster för exempelvis ljudböcker.

Vidare framgår av den tidigare redogörelsen att inläsaren normalt får en engångsersättning. Ersättningen står då inte i någon tydlig relation till vare sig den omfattning i vilken framförandet faktiskt används eller de intäkter som användningen ger upphov till.

Närmare om betydelsen av slutanvändares val

Det anförda visar att slutanvändarnas val ofta har en stor betydelse för den ersättning som de ursprungliga rättighetshavarna får.

Som framgår av det föregående har upphovsmän och utövande konstnärer många gånger rätt till en ersättning som, direkt eller indirekt, varierar beroende på de intäkter som uppkommer hos leverantörer av streamingtjänster när de tillhandahåller upphovsrättsligt skyddat material på begäran. Så är som sagt fallet exempelvis enligt Stims och musikbolagens avtal med Spotify och Apple Music. Hit hör även de avtal som Fackförbundet Scen & Film har träffat med Medieföretagen och Netflix och de avtal som bokförlag har träffat med Storytel. Ju fler som tecknar ett abonnemang och därmed betalar abonnemangavgifter, desto större blir det underlag som ligger till grund för de ersättningar som upphovsmän och utövande konstnärer får i dessa fall.

Till detta kommer att ersättningen inte sällan bestäms i proportion till den omfattning i vilken det upphovsrättsligt skyddade materialet streamas. Villkor av det slaget tillämpas exempelvis enligt Stims avtal med Spotify, TV4 Play och C More. Detsamma gäller enligt de flesta avtal som bokförlag har träffat med leverantörer av streamingtjänster. Ett annat exempel är det avtal som Fackförbundet Scen & Film har träffat med Netflix. I dessa fall blir rättighetshavarens ersättning alltså större ju mer än låt, en film, en ljudbok eller någon annan produkt streamas.

Som framgår finns det även åtskilliga fall när ersättningen varken varierar beroende på användarens intäkter eller på användningens omfattning. I sammanhanget ska beaktas att slutanvändarnas val också på ett mindre påtagligt sätt kan inverka på rättighetshavarnas ersättningar. Ett exempel är att slutanvändarnas val på vissa områden kan vara styrande för de ekonomiska överväganden som en leverantör av streamingtjänster gör inför ett förvärv av rätten att tillhandahålla en produktion på begäran. Leverantören kan exempelvis välja att inte investera i en film- eller tv-produktion, eller vara beredd att betala mindre för ett förvärv, utifrån överväganden om konsumenters preferenser. Det gäller även när streamingtjänsten finansieras via reklamintäkter eller en public service-avgift. Därtill kan de överväganden som producenter och förläggare gör inför möjligheten att spela in verk och framföranden påverkas av antaganden om vad konsumenter efterfrågar. Övervägande av det slaget kan alltså påverka upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning, oavsett om det som diskuteras är en engångsersättning eller en royaltyersättning.

Som sägs i avsnitt 4.2 och 7.2 har upphovsmän och utövande konstnärer möjlighet att, med grund i sin ensamrätt, dra ekonomisk nytta av sitt skapande och sina prestationer. Men det ligger samtidigt i sakens natur att vissa verk och framföranden kan vara utan ekonomiskt värde eller av ringa ekonomiskt värde beroende på marknadsförhållanden som på olika sätt styrs av de val som slutanvändarna gör.⁸ Se mer i avsnitt 7.7 om de ekonomiska osäkerheter och risker som dessa förhållanden kan vara förknippade med.

7.4 Villkor som har att göra med hur rättigheterna förvaltas

Ensamrätten att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material på begäran av enskilda gäller som framgått på i stort sett samma sätt för alla upphovsmannakategorier och kategorier av utövande konstnärer.

⁸ Det kan noteras att detta förutsattes redan vid upphovsrättslagens tillkomst, se SOU 1956:25 s. 67. Se även Vithlani, Digitaliseringens konsekvenser för konstnärligt yrkesutövande – En kartläggning för den konstnärspolitiska utredningen (2017), s. 15, 21, 50 och 52, där det konstateras att konsumenters betalningsvilja är låg i den digitala miljön och att detta snarare än förhållandet till förvärvare inverkar på upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få betalt.

I praktiken finns det emellertid vissa olikheter i fråga om hur rättigheterna förvaltas.

Som utvecklas i avsnitt 6.3 finns det flera kollektivt förhandlade avtal som tillämpas när upphovsmän och utövande konstnärer deltar i audiovisuella produktioner. Kollektivt förhandlade avtal präglar även de villkor som gäller när verk som ingår i inspelad musik tillhandahålls på begäran. Som framgår av redogörelsen i avsnitt 6.2 upplåter upphovsmän på musikområdet exempelvis ofta sina rättigheter till Stim för förvaltning och behåller i regel överföringsrätten när deras verk spelas in. På vissa områden ingås också avtal med avtalslicensverkan, se avsnitt 7.2.

Det kan antas att kollektivt förhandlade avtal många gånger leder till fördelaktiga villkor. Det innebär att upphovsmän och utövande konstnärer som överlåter sina rättigheter under sådana villkor i allmänhet kan sägas ha rimliga möjligheter att få en skälig ersättning. Det har inte framkommit något under utredningsarbetet som, beträffande de avtal som har redovisats (se avsnitt 6.2–6.4), motsäger detta. Som utgångspunkt kan det antas att upphovsmän på musikområdet har generellt sett goda möjligheter att få en rimlig ersättning när de, under Stims förvaltning, överlåter rätten att tillhandahålla sina verk på begäran av enskilda. Detsamma gäller i fråga om upphovsmän och utövande konstnärer på det audiovisuella området när överlåtelser sker enligt villkor i de avtal som har redovisats (se avsnitt 6.3).

På musikområdet förekommer det däremot, med undantag för avtalslicenser, endast i mycket begränsad omfattning kollektiv förvaltning av de utövande konstnärernas ensamrätt att tillhandahålla sina framföranden på begäran. Det kan jämföras med den ordning som tillämpas i fråga om offentliga framföranden och direktöverföringar. Som framgår av redogörelsen i avsnitt 3.2 omfattar de utövande konstnärernas ensamrätt inte utnyttjanden av dessa slag. När deras prestationer framförs offentligt eller överförs på det angivna sättet har de i stället en lagstadgad rätt till ersättning som förvaltas av SAMI.⁹ När det däremot gäller rätten att tillhandahålla ljudupp-

⁹ Inkasseringen av ersättningar som avser offentliga framföranden utgör SAMI:s största intäktsområde. Av SAMI:s årsredovisning för år 2020 framgår att insamlingen uppgick till cirka 73 miljoner kronor och att intäktsområdet därmed utgjorde cirka 33 procent av alla insamlade ersättningar. Cirka 80 procent av insamlingen avseende offentliga framföranden kunde hänföras till användning inom hotell och övernattnings-, restaurang- och nattklubb-, detaljhandel samt gym och träning.

tagningar av framföranden på begäran förhandlar i stället musiker och sångare (oavsett om de kan betecknas som artister eller inte) individuella avtal med musikbolag i samband med att framförandena spelas in. Individuella avtal präglar villkoren också för författare av böcker, även om det här finns kollektiv förhandlade rekommendationer mellan Författarförbundet och de flesta större bokförlagen (se avsnitt 6.4) som sannolikt stärker författarnas möjligheter att få en skälig ersättning.

7.5 Villkor som har att göra med hur vissa intäkter genereras

Försäljningen av fysiska produkter har på många områden minskat till förmån för tillhandahållanden via streamingtjänster (se avsnitt 5.2–5.5). Förutsättningarna när någon köper en fysisk produkt där upphovsrättsligt skyddat material ingår – exempelvis en cd med musik, en bok i tryckt form eller en dvd-film – skiljer sig från villkoren när den enskilde tillhandahålls produkten via en streamingtjänst.

Den som köper ett fysiskt exemplar får tillgång till det specifika material som exemplaret innehåller och köparens betalning avser just detta. Återförsäljarens intäkter kan alltså på ett enkelt sätt knytas till en specifik produkt. Normalt får den som i stället tar del av upphovsrättsligt skyddat material via en streamingtjänst tillgång till ett mycket stort urval av verk och andra skyddade prestationer. Tjänster av det slaget finansieras av abonnemangsavgifter, reklamintäkter eller public service-avgifter och intäkterna kan inte knytas till en specifik produkt på något självklart sätt. Den omständigheten har betydelse för de ersättningsvillkor som parter avtalar om när leverantörer av streamingtjänster förvärvar rättigheter.

Som framgår av redogörelsen i avsnitt 6.2–6.4 betalar exempelvis Spotify, Apple Music, Netflix, C More, TV4 och Storytel en andel av sina samlade intäkter från abonnemangsavgifter eller reklam i ersättning till rättighetshavare i utbyte mot rätten att tillhandahålla materialet på begäran av enskilda. Ersättningen fördelas normalt mellan olika rättighetshavare med utgångspunkt från den andel av det totala antalet streamningar som deras verk och skyddade prestationer har stått för. Den som innehar rättigheter till en prestation som har

streamats många gånger får en högre andel av intäkterna än innehavaren av något som inte streamats lika ofta.

Jämfört med situationen när fysiska exemplar säljs kan sambandet mellan användningen och den ersättning som betalas framstå som mindre märkbar när materialet tillhandahålls via en streamingtjänst. Det beror för det första på att de intäkter som leverantörer får från slutanvändare inte står i någon omedelbar relation till leverantörens användning av en viss enskild inspelning; en abonnent betalar ju som sagt i regel för att få tillgång till ett stort urval av verk och skyddade prestationer. För det andra är relationen mellan materialets användning och den ersättning som betalas mer eller mindre hypotetisk på det sättet att ersättningen ofta brukar bestämmas utifrån rättighetshavarens andel av det totala antalet streamningar och således utan att hänsyn tas till den närmare koppling som kan finnas mellan enskilda slutanvändares konsumtion och visst material.¹⁰ Sättet att beräkna den ersättning som ska betalas påminner i dessa avseenden närmast om den ordning som exempelvis tillämpas när man bestämmer ersättningar för den musik som spelas i radio.

7.6 Storleken av de ersättningar som faktiskt betalas

Allmänt

De ersättningar som olika upphovsmän och utövande konstnärer får när deras verk och framförande tillhandahålls på begäran av enskilda varierar naturligtvis i stor utsträckning.

I avsnitt 5 framgår att streamingtjänster och andra digitala tjänster står för en allt större del av intäkterna från försäljning av musik och allmänlitteratur. Vidare framgår att allt fler svenskar har tillgång till abonnemangsbaserade streamingtjänster för rörlig bild.

Frågan är hur fördelningen av intäkter mellan olika aktörer ser ut, t.ex. hur stor del av intäkterna som tillfaller upphovsmän och utövande konstnärer och hur intäkterna fördelas mellan enskilda rättighetshavare. Det finns ett antal förhållanden som kan ge vissa

¹⁰ Som framgår i avsnitt 6.6 har man under många år diskuterat möjligheten att tillämpa en fördelningsgrund som i stället utgår från de olika låtarnas andel av varje användares lyssnande (s.k. user-centric distribution). Här kan också nämnas att leverantörer av streamingtjänster – på ett annat sätt än den som säljer fysiska exemplar – har möjlighet att på olika sätt påverka vilken musik som konsumeras. Spotify tillhandahåller exempelvis färdiga spellistor och olika rekommendationer om musik till sina kunder.

indikationer om storleken av de ersättningar som faktiskt betalas. Utredningen har också hämtat in vissa närmare uppgifter om de ersättningar som upphovsmän och utövande konstnärer får.

Ersättningar på musikområdet

Som framgår i avsnitt 6.6 får upphovsmän och musikförlag normalt 12–15 procent av intäkterna från streamingtjänster för musik. Av alla de ersättningar som Stim inkasserar kan en stor del hänföras till sådan användning. Av Stims årsredovisning för år 2019 framgår att 850 miljoner kronor inkasserades från digitala utnyttjanden, vilket motsvarade 38 procent av organisationens intäkter. Intäkterna från digitala utnyttjanden var därmed den största intäktskategorin och en ganska mycket större källa till intäkter än kategorierna tv som utgjorde 21 procent, radio som utgjorde 14 procent och livemusik som utgjorde 11 procent av intäkterna.

Det kan vidare noteras att en lyssning¹¹ av en låt på ett Spotify-abonnemang med ett s.k. premiumkonto i Sverige ersattes med 1,43 öre i samband med de utbetalningar som Stim gjorde den 16 november 2021. Den genomsnittliga ersättningen för användning via tjänstens samtliga slag av konton var 1 öre. Det innebär att en miljon lyssningar gav verkets rättighetshavare (upphovsmän och musikförlag) rätt till en ersättning om cirka 10 000 kronor. Med beaktande av den andel av intäkterna som normalt tillkommer musikbolagen¹² kan det, för att på ett förenklat sätt belysa hur ersättningarna kan variera, antas att bolagen vid samma tillfälle hade rätt till en ersättning per lyssning som uppgick till 4 öre. En artist som har rätt till en ersättning om 20 procent av musikbolagets intäkter skulle alltså få mindre än 1 öre per lyssning (förutsatt att inga avdrag görs när royaltybasen bestäms). Det innebär att en miljon lyssningar skulle ge artisten rätt till 8 000 kronor. En artist som producerar en inspelning på egen hand och behåller sina rättigheter skulle dock i regel få en högre ersättning. I det sammanhanget måste samtidigt beaktas att artisten ofta behöver ersätta andra medverkande och täcka även andra kostnader. Ytterst beror utfallet naturligtvis på de avtalade villkoren i varje enskilt fall.

¹¹ En lyssning förutsätter att låten har spelats i minst 30 sekunder. Annars betalas inte någon ersättning.

¹² Se avsnitt 6.6.

Som framgår av redogörelsen i avsnitt 6.6 beror den ersättning som Spotify betalar på storleken av de intäkter som företaget har haft, vilket innebär att upphovsmäns ersättningar normalt sett varierar mellan olika utbetalningstillfällen. Det ska även erinras om att ersättningen fördelas med utgångspunkt från hur ofta en låt streamas. Detta får till följd att den ersättning som kan hänföras till ett enskilt lyssningstillfälle minskar om det totala antalet lyssningar ökar. Det innebär emellertid inte att den ersättning som betalas ut till rättighetshavare nödvändigtvis blir mindre. Ersättningens storlek beror ju som sagt på Spotifys intäkter och antalet lyssningar, och utgörs inte av ett bestämt belopp per lyssning. Det belopp med vilket varje lyssning ersätts ger därmed inte i sig något egentligt besked om storleken av den ersättning som tillkommer olika rättighetshavare. Uppgifterna om de ersättningar som belöper på varje lyssning kan således inte läggas till grund för någon bestämd slutsats om huruvida streamingtjänsternas allt större betydelse för intäkterna från inspelad musik har haft någon inverkan på de ersättningar som upphovsmän och utövande konstnärer får.

Det finns andra uppgifter som antyder att det stora flertalet musiker och artister i regel får förhållandevis små ersättningsbelopp som kan hänföras till användning i streamingtjänster. Av en undersökning som omfattar uppgifter från 400 artister och musiker i Sverige framgår att en mycket stor andel (90 procent) hade fått mindre än 1 000 euro i ersättning från streaming per år. Nästan hälften av respondenterna angav att de inte hade haft några intäkter alls från streaming. Endast några få respondenter (2 procent eller 9 respondenter) förklarade att de hade erhållit mer än 10 000 euro per år. Av dessa var det bara två personer som hade tjänat mer än 20 000 euro per år.¹³

¹³ Undersökningen är en del av kampanjen PayPerformers. Bakom kampanjen finns ett stort antal förvaltningsorganisationer, fackförbund och andra som företräder utövande konstnärers intressen. Bland dessa finns intresseorganisationen AEPO-ARTIS, där de svenska organisationerna SAMI och bolaget Upphovsrätt Scen & Film (tidigare Rättighetsbolaget Tromb) är medlemmar, se mer om kampanjen i avsnitt 8.2. Bilden som framgår av dessa uppgifter överensstämmer med den bild som framgår undersökningar gjorda bland utövande konstnärer i utlandet. Till exempel framgår det av en undersökning som den franska förvaltningsorganisationen Adami gjorde bland 400 utövande konstnärer på musikområdet att de utövande konstnärernas andel av branschens totala intäkter från streaming uppgick till cirka 4,6 procent, se von Lewinski (red.), *Remuneration for the Use of Works: Exclusivity vs. Other Approaches* (2017), s. 237, 324, 379 och 400. Enligt en annan undersökning, som avsåg utövande konstnärer i EU och Storbritannien, fick 90 procent av mer än 3 000 tillfrågade utövande konstnärer mindre än 1 000 euro om året i ersättning från streaming av sina framföranden. I undersökningen uppgav 44 procent att de inte

Utredningen har även hämtat in uppgifter om storleken och fördelningen av de ersättningar som Stim förvaltar för upphovsmännens räkning när det gäller deras ensamrätt att tillhandahålla verk på begäran. Av uppgifterna framgår att majoriteten inte fick någon ersättning alls från streaming år 2019. Av de upphovsmän som var berättigade till någon ersättning fick den absoluta merparten (93 procent) mindre än 10 000 kronor i ersättning från streaming av musik. Samtidigt är det så att flera upphovsmän fick ersättningar som översteg 1 miljon kronor per år, men dessa utgör en mycket liten andel av de ersättningsberättigade upphovsmännen (cirka 0,1 procent). Förhållandena var ungefär desamma år 2015, även om andelen som fick mer än 50 000 kronor i ersättning var större år 2019.

När man bedömer dessa uppgifter bör hänsyn tas till att de som mest ger en antydning om storleken av de ersättningar som erhålls. Man kan exempelvis notera att antalet artister och musiker som deltog i den redovisade undersökningen utgör en mindre del av SAMI:s samtliga medlemmar. Det kan vara så, att de musiker och artister som inte får någon särskild ersättning alls från streaming i själva verket utgör en större andel.

Det kan mot bakgrund av detta ändå konstateras att de allra flesta upphovsmän och utövande konstnärer på musikområdet sannolikt har märkbart svårt att tjäna sitt uppehälle endast med hjälp av intäkter från rätten att tillhandahålla sina prestationer på begäran av enskilda. Det kan naturligtvis begränsa deras möjligheter ägna sig åt sina verksamheter (jfr avsnitt 4.2).

Det bör samtidigt hållas i minnet att upphovsmäns och utövande konstnärers lagstadgade befogenheter omfattar mer än enbart rätten att tillhandahålla sina prestationer på begäran. De har alltså möjlighet att få ersättning för förfoganden som inte omfattas av utredningens uppdrag och kan dessutom få intäkter oberoende av sina lagstadgade befogenheter, exempelvis genom framträdanden av olika slag.¹⁴

Det ska även beaktas att de redovisade uppgifterna inte ger något besked om huruvida de ersättningar som betalas allmänt sett är

hade fått någon ersättning alls från streaming. Samtidigt redovisade flera utövande konstnärer (1 procent eller 35 respondenter) att de hade fått 10 000 euro eller mer i ersättning per år. Bland respondenterna fanns såväl skådespelare som sångare och musiker, se kampanjen PayPerformers rapport 2020 Performer Survey. Av en undersökning om förhållande i Storbritannien framgår att 82 procent av de tillfrågade artisterna och musikerna uppgav att de fick mindre än 200 pund från streaming år 2019 medan 7 procent fick 1 000 pund eller mer, se det brittiska underhusets rapport Economics of music streaming – Second Report of Session 2021–22, s. 26 med hänvisning.

¹⁴ Jfr de skäl som beträffande bildkonstnärer anfördes när följerrätten infördes, se avsnitt 4.3.

skäligen eller inte. Av uppgifterna framgår exempelvis inte vilken användning som ligger bakom de ersättningar som betalas eller några andra omständigheter som kan läggas till grund för en mera allmän bedömning av ersättningarnas storlek och fördelning. Det kan ju naturligtvis vara så att många av de lägre ersättningarna har sin förklaring i att den aktuella musiken inte streamats i någon större omfattning. Det kan därtill vara så att musiken inte har streamats över huvud taget och därför inte gett upphov till några ersättningar alls. Det förhållandet att många anger att de inte får någon ersättning från streaming beror troligen många gånger också på att de inte har avtalat om någon royaltysättning som varierar beroende på musikens användning. Hit hör troligen de många studiomusiker som i stället får en engångsersättning. I dessa situationer är det uppenbarligen även så, att den kvot av tjänsteleverantörers intäkter som sammantaget tillkommer de utövande konstnärerna är märkbart liten.

Vidare har det betydelse att storleken av ersättningarna och deras fördelning mellan olika utövande konstnärer när deras musik streamas inte på något avgörande sätt skiljer sig från storleken och fördelningen av ersättningar från andra utnyttjanden. Likheter framgår inte minst när man betraktar vilka intäkter som musiker och artister fick från direktöverföringar (t.ex. linjära radiosändningar), offentliga framföranden (t.ex. framföranden i restauranger, nattklubbar, gym och detaljhandelsinrättningar), biblioteksersättning och privatkopieringsersättning under åren 2018 och 2019. Under dessa år fick 95 procent av de musiker och artister som var anslutna till SAMI mindre än 10 000 kronor i genomsnitt per år i ersättning från sådan användning. I genomsnitt var det endast 30 procent av de anslutna som fick någon utbetalning alls från SAMI under dessa år. Endast 235 personer (0,53 procent av de anslutna) fick 100 000 kronor eller mer i ersättning från sådan användning.¹⁵ Även här är det alltså tydligt att många får en påtagligt liten del av intäkterna.

Den faktiska fördelningen av intäkter från streaming stämmer alltså i stor utsträckning överens med hur summan av intäkter från bl.a. direktöverföringar och offentliga framföranden fördelas på gruppnivå. Och det kan noteras att dessa likheter föreligger trots att

¹⁵ Se Musiksveriges rapport ”Musikbranschen i siffror – statistik för 2009–2019 samt estimat för 2020”. I rapporten anges felaktigt att 235 artister och musiker fick mer än 1 miljon kronor. Vad så många artister och musiker i själva verket fick var 100 000 kronor eller mer. Uppgiften att endast 30 procent av SAMI medlemmar fick utbetalningar framgår av SAMI:s årsredovisningar för åren 2018 och 2019.

de utövande konstnärernas rättigheter är utformade och förvaltas på olika sätt. I fråga om direktöverföringar och offentliga framföranden av ljudupptagningar har de inte någon ensamrätt utan i stället en lagstadgad rätt till ersättning som förvaltas kollektivt medan deras rätt att tillhandahålla ljudupptagningar på begäran är en ensamrätt som de i regel förvaltar individuellt. Dessutom delar Ifpi och SAMI lika på de ersättningar som avser direktöverföringar.

Intäkterna från streaming av musik står som sagt för en allt större del av intäkterna från inspelad musik. Rätten att tillhandahålla musik på begäran av enskilda har därmed fått en ökad ekonomisk betydelse. Intäkterna från direktöverföringar och offentliga framföranden, som alltså för de utövande konstnärernas del förvaltas kollektivt, har dock samtidigt ökat under de senaste åren (se avsnitt 5.3). Enligt företrädare för SAMI beror detta till viss del på att insamlingen har blivit mer effektiv och att organisationen numera når ut till fler utövande konstnärer. Det kan alltså konstateras att framväxten av streamingtjänster inte tycks ha lett till att de rättigheter som avser offentliga framföranden och direktöverföringar har minskat i ekonomisk betydelse.

Som framgår i avsnitt 5.3. har däremot försäljningen av fysiska exemplar av inspelningar minskat. Det innebär att låtskrivares, artisters och musikers spridningsrätt inte har en lika framträdande ekonomisk betydelse som den hade tidigare. Vad som är värt att notera är att det inte finns några avgörande skillnader mellan utformningen av spridningsrätten och rätten att tillhandahålla material på begäran. Såväl upphovsmän som utövande konstnärer har i båda fallen en ensamrätt. I praktiken förvaltas rättigheterna också på ett likartat sätt. Det kan alltså inte antas att låtskrivares, artisters och musikers ställning i dessa avseenden är vare sig bättre eller sämre till följd av att en större andel av intäkterna hänförs till överföringsrätten (främst streaming) och en mindre andel till spridningsrätten (t.ex. försäljning av cd-skivor) än vad som tidigare var fallet. Däremot finns det vissa skillnader som gäller sättet på vilket de intäkter som ligger till grund för ersättningen genereras och dessa kan som sagt inverka på ersättningsvillkoren.

Ersättningar på det audiovisuella området

Av de uppgifter som redovisas i avsnitt 5.4 framgår inte om framväxten av streamingtjänster för rörlig bild har haft någon inverkan på upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning för utnyttjanden som innebär att deras verk och skyddade prestationer tillhandahålls på begäran.

Uppgifter från undersökningar gjorda bland utövande konstnärer i utlandet antyder att många skådespelare som deltar i audiovisuella produktioner får förhållandevis små ersättningsbelopp som kan hänföras till användning i streamingtjänster.¹⁶ I det sammanhanget bör emellertid beaktas att audiovisuella produktioner normalt sett är resultatet av insatser från ett stort antal upphovsmän och utövande konstnärer. De intäkter som sådant material genererar måste alltså fördelas mellan många deltagare vars bidrag varierar i betydelse. Det är tydligt att många då får en märkbart liten del av de intäkter som användningen sammantaget ger upphov till.

Under utredningsarbetet har det förts fram att framväxten av streamingtjänster lett till att många fler produktioner kommit till stånd under senare år än vad som tidigare var fallet. Detta kan antas leda till att fler rättighetshavare får möjlighet att skapa och framföra verk i utbyte mot ersättning. Det har även sagts att konkurrensen mellan streamingtjänster har ökat och att detta fått till följd att ersättningarna generellt sett blivit högre, särskilt för mera framstående regissörer, manusförfattare och skådespelare.

Ersättningar på litteraturområdet

Också på litteraturområdet är det svårt att dra några bestämda slutsatser om huruvida framväxten av digitala abonnemangstjänster för böcker har någon betydelse för författares och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning. Det kan erinras om att författare i regel har rätt till en royaltysats som är lägre för ljudböcker än för inbundna böcker, se avsnitt 6.4. Dessutom är snittintäkten per konsumerad bok lägre när det gäller digitala abonnemangstjänster än

¹⁶ Se kampanjen PayPerformers rapport 2020 Performer Survey.

när den totala försäljningen av böcker beaktas.¹⁷ Men samtidigt har de totala intäkterna från försäljning av ljudböcker ökat. Det går inte att säga om dessa förhållanden sammantaget leder till att författare allmänt sett får högre eller lägre ersättningar. Sannolikt påverkas olika författare på olika sätt och olika mycket av att försäljningen i digitala kanaler står för en allt större del av intäkterna från försäljningen av böcker. Generellt sett lär utvecklingen exempelvis ha större betydelse för författare av skönlitterära verk än för de som skriver facklitteratur (se avsnitt 5.5). Dessutom är det sannolikt att de ökade intäkterna från försäljning i de digitala abonnemangstjänsterna i vart fall till viss del har fått till följd att intäkterna från försäljning av pocketböcker har minskat under senare år. Utredningen har dock inte tillgång till några närmare uppgifter om hur dessa förhållanden inverkar på fördelningen av intäkter mellan olika författare.

Oberoende av den redovisade utvecklingen ska det ändå noteras att författare sällan har stora inkomster från försäljning av litteratur. Av en undersökning som gjordes bland Författarförbundets medlemmar framgår en majoritet av respondenterna under år 2012 inte hade haft några inkomster alls från royaltysättning eller bokhonorar. Medianinkomsten för de som hade fått ersättningar av det slaget uppgick det året till 10 000–20 000 kronor medan medelinkomsten var 60 000–90 000 kronor.¹⁸

¹⁷ Snittintäkten per konsumerad bok i digitala abonnemangstjänster kunde beräknas till 32 kronor för år 2020. Detta kan jämföras med snittintäkten på alla sålda böcker (dvs. inklusive tryckta böcker), som samma år uppgick till 76 kronor. Under de senaste åren har den genomsnittliga intäkten per bok minskat. Den var 88 kronor år 2018 och 85 kronor år 2019. Uppgifter från tidigare år inkluderar inte lyssningar/läsningar i digitala abonnemangstjänster. År 2015 var snittpriset på alla sålda böcker som då ingick i beräkningen 128 kronor, år 2016 var det 129 kronor, år 2017 cirka 125 kronor och år 2018 var det 126 kronor.

¹⁸ Se TNS SIFO:s rapport Författarnas inkomster 2012. Spannet i redovisningen av medianinkomster och medelinkomster beror på att uppgifterna redovisas separat för de författare som själva hade betalat sociala avgifter och de som inte hade gjort det.

7.7 Något om de ekonomiska förutsättningarna när en ensamrätt överlåts

Allmän utgångspunkt

Den ensamrätt som lagen ger upphovsmän och utövande konstnärer utgör en förmögenhetstillgång. När parter avtalar om villkoren för en överlåtelse kommer var och en normalt sett att sträva efter att uppnå de villkor som kan förväntas ge största möjliga nytta för parten. Varje part vill som regel maximera sitt ekonomiska utbyte av överlåtelsen, även om andra hänsyn än ekonomiska ju inte sällan också kan spela en roll.¹⁹ För upphovsmännens och de utövande konstnärernas del handlar det då alltså om att få så mycket betalt som möjligt. Parterna kan naturligtvis ha olika förutsättningar för att maximera det ekonomiska utbytet. Ytterst är det många olika faktorer – däribland förhållanden utom rimligt räckhåll för rättslig reglering – som har betydelse för om ett avtal alls kommer till stånd och för de villkor på vilka avtal träffas.

Allmänt om förutsättningarna för ett avtal

Som generell ekonomisk utgångspunkt gäller att ett avtal inte kommer att ingås annat än om var och en av parterna bedömer att den förväntade nytta av avtalets villkor är större än de kostnader eller andra förfång som villkoren kommer att föra med sig för parten. Och i valet mellan olika villkor väljer man i regel de villkor som kan förväntas ge den största marginalnyttan.

Detta innebär att en överlåtelse normalt inte äger rum, om upphovsmannen eller den utövande konstnärer sätter ett högre värde vid att avstå från en överlåtelse än vid den ersättning som en förvärvare är beredd att betala. I valet mellan två förvärvare kommer upphovsmannen eller den utövande konstnärer dessutom i regel att överlåta sin ensamrätt till den av dem som är beredd att ge den högsta ersättningen eller avtala om villkor som kan förväntas ge den högsta ersättningen. På motsvarande sätt kommer en producent eller för-

¹⁹ Upphovsmän och utövande konstnärer kan alltså ha även andra än rent ekonomiska intressen. Exempelvis kan man motiveras främst av att nå ut med sina idéer eller uttryck eller drivas av en vilja att göra sitt namn känt. Se vidare i t.ex. Gervais, (Re)structuring copyright (2017), s. 171, 172 och 192–199.

läggare typiskt sett att förvärva de rättigheter som kan förväntas ge störst ekonomiskt utbyte.

Men i praktiken villkoras och kringskärs dessa utgångspunkter av en mängd olika förhållanden.

Osäkerheter och risker när avtal ingås

När en upphovsman eller en utövande konstnär överlåter hela eller delar av sin ensamrätt till en producent eller en förläggare, känner parterna vanligtvis inte till vilka intäkter som den slutliga produkten kommer att ge upphov till. Omsättningen av upphovsrättsligt skyddat material kännetecknas av att den ofta är mycket svår att förutse. Det finns alltså betydande inslag av risk när en ensamrätt överläts. Det förhållandet understryks av att avtalen av olika skäl många gånger är långvariga.²⁰

Normalt är det alltså inte möjligt att med någon större grad av säkerhet på förhand avgöra vilka ekonomiska framgångar – om ens några – som en bok, ett musikalbum, en film, ett tv-program eller en annan liknande produktion kommer att få. Ofta beror det på att slutanvändarnas preferenser inte är kända på förhand. Under avtals-tiden kan dessutom händelser inträffa som rör upphovsmannens eller den utövande konstnärens verksamhet eller person. Händelser av det slaget kan påverka produktionens ekonomiska värde och göra den mer – eller kanske mindre – eftertraktad.

Inför en överlåtelse måste parterna alltså räkna med osäkerheter som innebär en risk för att man överskattar likväl som underskattar det slutliga ekonomiska värdet av produktionen.²¹ När en upphovsman eller en utövande konstnär och en producent eller en förläggare ingår ett avtal måste de förhålla sig till osäkerheter av det slaget och fördela de ekonomiska riskerna mellan sig.

Av betydelse i sammanhanget är att inställningen till risk skiljer sig åt mellan olika aktörer. Olika personer har också olika förutsättningar att bära risker. Allmänt sett anses det vara ekonomiskt mest effektivt att risker bärs av den part som har bäst förutsättningar att

²⁰ Se t.ex. Towse, Copyright Reversion in The Creative Industries: Economics and Fair Remuneration, 41 Colum. J.L. & Arts (2018), s. 477. Se även SOU 1956:25 s. 293 där det sägs att det ”på förevarande området – i högre grad än som eljest är vanligt i avtalsförhållanden – är svårt för parterna att överblicka de konsekvenser som avtalet kan medföra för framtiden.”

²¹ Se Towse, a.a., s. 479 och Rub, Stronger Than Kryptonite? Inalienable Profit-Sharing Schemes in Copyright Law, Harvard Journal of Law & Technology (2013), s. 88 och 99.

göra det. Det kan antas att producenter och förläggare har generellt sett bättre förutsättningar att bära ekonomiska risker än upphovsmän och utövande konstnärer eftersom de kan fördela riskerna mellan ett flertal produktioner. Produkter som ger mindre intäkter kan bäras upp av produkter som ger större intäkter. Detta förutsätter förstås att producenter och förläggare har en tillräcklig vinstmarginal på de ekonomiskt lyckosamma produkterna, se mer i det följande.²²

Av betydelse är också att olika individer har olika förutsättningar att bedöma såväl produkters ekonomiska potential som betydelsen av olika avtalsvillkor. Som betonas i upphovsrättslagens förarbeten står upphovsmän och utövande konstnärerna inte sällan främmande för affärsmässiga och ekonomiska överväganden och saknar den erfarenhet som krävs för att bedöma det ekonomiska värdet av den rätt som de överlåter, se mer i det följande.²³

Engångs- och royaltyersättningar

När en ensamrätt överlåts kan parterna fördela de ekonomiska riskerna exempelvis genom att reglera hur ersättningen ska bestämmas. I en teoretiskt perfekt fungerande marknad, där parterna kan göra väl-informerade val under fullkomlig säkerhet om samtliga variabler, kan det antas att en engångsersättning alltid motsvarar värdet av en royaltyersättning och därför är att föredra.²⁴ Men i praktiken föreligger ju inte sådana förhållanden. Parterna måste därför i stället förhålla sig till de osäkerheter och risker som föreligger när ersättningsvillkoren (och andra villkor) bestäms.

Ett sätt för parterna att fördela den ekonomiska risken mellan sig är att avtala om en ersättning som varierar beroende på de intäkter som produkten ger upphov till. På det sättet kan exempelvis en producent låta upphovsmannen eller den utövande konstnären bära delar av risken för produktens omsättning. Upphovsmannen eller den utövande konstnären riskerar då att inte få någon ersättning om produktionen visar sig inte generera några intäkter eller endast en lägre ersättning om omsättningen är låg. En engångsersättning innebär i stället att upphovsmannen eller den utövande konstnären

²² Se prop. 1981/82:152 s. 10.

²³ Se SOU 1956:25 s. 293 och prop. 1996/97:129 s. 10.

²⁴ Se Towse, a.a., s. 478 och Watt, Copyright and Contract Law: Economic Theory of Copyright Contracts, 18 J. Intell. Prop. L 173 (2010), s. 15.

inte behöver stå någon ekonomisk risk. Beroende på preferens med avseende på risk kan alltså en engångsersättning emellanåt vara lämpligare än en royaltysättning.

Det ska även nämnas att royaltysättningar normalt sett är mer kostsamma att förvalta än engångsersättningar. Därför kan det ligga i parternas intresse att avtala om en viss bestämd ersättning när överlåtelsen avser ett bidrag som motiverar en lägre ersättning, t.ex. när det är fråga om ett mindre bidrag till ett verk eller en framställning där andra insatser av olika skäl är mer framträdande.²⁵

En fördel med royaltysättningar är att rättighetshavarens ersättning blir större i takt med produktens ekonomiska framgång. Villkor som anknyter till produktens omsättning kan därmed även fylla en handlingsdirigerande funktion. Till exempel kan sådana villkor ge artisten ett större incitament att agera på ett sätt som bidrar till att höja produktens ekonomiska värde. Detta kan ligga i parternas gemensamma intresse, särskilt när avtalet avser flera produktioner under en lång tid.²⁶

I upphovsrättslagens förarbeten framhålls att det inte i och för sig kan riktas några berättigade anmärkningar mot avtal som innebär att en upphovsman överlåter sin rätt till ett verk mot en engångsersättning. En fråga som diskuterades var hur man skulle se på situationer där ett verk får en ekonomisk framgång som vida överträffar vad parterna hade väntat sig vid avtalets ingående och förvärvaren, på grund av en avtalad engångsersättning, ensam får behålla hela det ekonomiska utbytet. Auktorrättskommittén ansåg att det mot bakgrund av sådana och andra liknande situationer fanns skäl att införa en bestämmelse om jämkning av avtalsvillkor i upphovsrättslagen. En sådan jämningsregel togs också in i lagen.²⁷ I propositionen anmärktes dock att det var vanskligt att göra något mera generellt uttalande om jämningsbestämmelsens tillämpning i den nu diskuterade situationen. Det framhölls att hänsyn borde tas inte endast till missförhållanden mellan ersättning och vinst; det var nödvändigt att beakta samtliga omständigheter i det särskilda fallet. Av betydelse lär ha varit att Svenska Bokförläggareföreningen vid remissbehandlingen hade fört fram att ett verks framgång inte står i direkt proportion till dess höga konstnärliga värde och att böckers försäljningsframgångar, liksom

²⁵ Se Towse, a.a., s. 480.

²⁶ Se Watt, a.a., s. 15.

²⁷ Bestämmelsen, som infördes i 29 §, kom därefter att upphävas. Anledningen var att den allmänt tillämpliga 36 § avtalslagen kom till.

lyckosam varuförsäljning inom många andra branscher, beror av komplicerade orsakssammanhang. Av föreningens synpunkter framgick även att många utgivningar är förlustbringande, vilket kan antas tala för att det bör ankomma på de ekonomiskt framgångsrika utgivningarna att i viss mån kompensera för andra utgivningars förluster.²⁸

I sammanhanget ska även DSM-direktivet nämnas. Enligt de skäl som ansluter till artikel 18 kan engångsbelopp betraktas som proportionell ersättning, även om det inte bör vara huvudregeln (skäl 73).

Risker för bristande balans i avtalsvillkor

Som framgår har upphovsmän och utövande konstnärer en ensamrätt med avseende på sina prestationer. Därtill har de rätt att fritt överlåta sina ensamrättigheter. Även om detta medför att de har ett starkt skydd enligt lagen, finns praktiska aspekter som gör att deras position ibland kan vara försvagad.

Upphovsmän och utövande konstnärerna står, som framhållits, inte sällan främmande för affärsmässiga och ekonomiska överväganden och saknar den erfarenhet som krävs för att bedöma det ekonomiska värdet av den rätt som de överlåter. Till det ska läggas att dessa aktörer emellanåt kan vara starkt beroende av förbindelserna med en viss producent eller ett visst bokförlag för sin verksamhet och försörjning. För att över huvud taget få till stånd ett avtal kan rättighetshavaren vara hänvisad till att mer eller mindre bara acceptera de villkor som motparten ställer upp. Förhållanden av detta slag kan i det enskilda fallet få till följd att en upphovsman eller utövande konstnär befinner sig i en underlägsen ställning i förhållande till sin avtalspart. Det kan i sådana fall inte uteslutas att den andra parten utnyttjar sin maktställning för att på ett otillbörligt sätt driva igenom avtalsvillkor som för rättighetshavaren är mindre gynnsamma.

I detta sammanhang ska det noteras att flera organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer beskriver en utveckling som innebär att många förvärv får en allt större omfattning. Det sägs att förvärvare kräver överlåtelser som gäller större användningsområden, längre tid eller fler geografiska områden, inte sällan utan att det ger högre ersättningar. Förekomsten av internationellt verksamma leverantörer av streamingtjänster, som ofta är resurs-

²⁸ Se SOU 1956:25 s. 293 och prop. 1960:17 s. 183 och 185.

starka och har betydande marknadsandelar, anses medföra en utveckling där förhandlingsklimatet på dessa och andra liknande sätt försämras till nackdel för upphovsmän och utövande konstnärer.²⁹

Under utredningsarbetet har det även sagts att de avtal som studiomusiker träffar med musikbolagen sällan är föremål för någon egentlig förhandling; det sägs vara musikbolaget som i praktiken ofta dikterar villkoren och den utövande konstnären får anta dessa eller avstå från att ingå ett avtal. I sammanhanget har det även nämnts att studiomusiker mycket sällan träffar skriftliga avtal.

Även när det inte förekommer någon obalans i styrkeförhållandet och de avtalade villkoren är välavvägda kan händelser inträffa som leder till att avtalet får mindre skäliga konsekvenser för en part. Som framgår är det många gånger svårt för parterna att med någon större grad av säkerhet överblicka vad avtalet kan medföra för framtiden. Detta understryks när avtalen är långvariga.

Svårigheterna att överblicka de ekonomiska konsekvenserna blir särskilt tydliga när det gäller överlåtelser av rätten att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material på begäran. Som sagt ger användningen i allmänhet upphov till intäkter som inte på något enkelt sätt kan knytas till det specifika materialet. Dessutom kan möjligheterna att överblicka de ekonomiska konsekvenserna försvåras av det sätt på vilket rätten till ersättning ofta regleras i förhållande till leverantörer av streamingtjänster. Dessa förhållanden kan göra det svårare för upphovsmannen eller den utövande konstnären att bedöma det ekonomiska värdet av sin prestation. Det kan därmed finnas en risk för att villkoren faller ut på ett sätt som inte rimligen kunde förutspås när avtalet ingicks.

²⁹ Se även Konstnärspolitiska utredningens betänkande *Konstnär – oavsett villkor?* (SOU 2018:23), s. 135, 377, 378 och 426 samt Vithlani, *Digitaliseringens konsekvenser för konstnärligt yrkesutövande – En kartläggning för den konstnärspolitiska utredningen* (2017), s. 28. Konstnärspolitiska utredningen förklarar bl.a. att obalansen mellan aktörerna på den kulturella och kreativa marknaden ökar.

7.8 Några mera allmänna ekonomiska aspekter på upphovsmäns och utövande konstnärers ersättningar

Det större sammanhanget när ersättningar bestäms

Även när det gäller storleken av den ersättning som ska utges när en ensamrätt överläts har olika risker betydelse. Som framgår är det normalt osäkert vilka intäkter som ett verk eller ett framförande kommer att ge. Villigheten att ersätta en upphovsman eller en utövande konstnär för ett förvärv av rättigheter påverkas naturligtvis av de intäkter och kostnader som förvärvaren (t.ex. en producent eller en förläggare) har anledning att räkna med.

Den som förvärvar rättigheter till upphovsrättsligt skyddat material är normalt villig att utge en högre engångsersättning eller en större del av sina intäkter i ersättning, om förvärvaren kan räkna med en stor sannolikhet för att materialet kommer att generera stora intäkter än om sannolikheten för sådana intäktsnivåer inte är särskilt stor eller det finns anledning att räkna med lägre intäkter.

Överväganden av det här slaget inverkar inte bara på de ersättningar som producenter och förläggare är beredda att betala vid det ursprungliga förvärvet av upphovsrättsligt skyddat material. Även senare förvärvare, exempelvis leverantörer av streamingtjänster, måste ta ställning till de intäkter som materialet kan tänkas ge upphov till. Och de överväganden om detta som den senare förvärvaren gör inverkar på den ersättning som den ursprungliga förvärvaren kan räkna med, vilket som sagt har betydelse för den ersättning som upphovsmän och utövande konstnärer får vid den ursprungliga överlåtelsen.

På motsvarande sätt kommer en förvärvare, oavsett om det är den ursprungliga rättighetshavarens avtalspart eller en senare förvärvare, att beakta de kostnader som det finns anledning att räkna med och låta dessa påverka vad förvärvaren är villig att betala för ett förvärv.

Ytterst har alltså även förhållandena hos en senare förvärvare betydelse för den ersättning som en upphovsman eller en utövande konstnär kan räkna med vid en överlåtelse av sin ensamrätt till en producent eller en förläggare. Som framgår av den tidigare redogörelsen har de val som slutanvändare gör i sin tur påverkan på de val som såväl producenter och förläggare som leverantörer av streamingtjänster gör, se avsnitt 7.3.

Upphovsmännens och de utövande konstnärernas ersättningar måste alltså ses i ett större perspektiv. Hänsyn bör tas till att de villkor under vilka andra aktörer utnyttjar deras verk och framföranden har betydelse för storleken av de ersättningar som slutligen kan komma upphovsmän och utövande konstnärer till del.

Några särskilda villkor i den kreativa och kulturella sektorn

Det har ansetts att den kreativa och kulturella sektorn allmänt sett kännetecknas av att utbudet många gånger överträffar den efterfrågan som finns. Detta har på flera sätt betydelse för upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning.

För det första leder det till att endast ett fåtal upphovsmän och utövande konstnärer har stora ekonomiska framgångar medan det stora flertalet får små eller inga ersättningar.³⁰ Detta ligger i linje med de uppgifter om fördelningen av intäkter på musikområdet som redovisas i det föregående (se avsnitt 7.6). Det kan nämnas att de senaste årens tekniska utvecklingen anses ha accentuerat detta förhållande.³¹

Förekomsten av ojämnheter mellan utbud och efterfrågan på vissa områden leder för det andra till att producenter och förläggare många gånger kan ha en fördel i förhandlingarna med vissa upphovsmän och utövande konstnärer.³² Det kan antas att detta i sin tur många gånger kan få till följd att upphovsmän och utövande konstnärer i sådana fall får en lägre ersättning än om parternas förhandlingsstyrka hade varit jämnare fördelad. Förekomsten av kollektiv förvaltning på vissa områden kan emellertid verka i motsatt riktning.

I detta sammanhang ska det uppmärksammas att antalet upphovsmän och utövande konstnärer på många områden verkar ha blivit fler under senare år. Till exempel har antalet artister och musiker som är anslutna till SAMI ökat från 26 000 år 2010 till närmare 43 000 år 2019. Enligt företrädare för SAMI finns det flera förklaringar till

³⁰ Se t.ex. Kretchmer m.fl., *The Relationship Between Copyright and Contract Law* (2010), s. 3 och 33.

³¹ Se t.ex. Towse, a.a., s. 476. Flera förklaringar till detta fenomen har framförts. En förklaring på musikområdet är att endast den musik som faktiskt konsumeras genererar intäkter medan en skiva ger upphov till intäkter även för den musik som inte spelas, se Music Managers Forums (MMF) rapport "Dissecting the Digital Dollar – Part One". En annan förklaring är att det digitala landskapet har en tendens att leda till likriktade preferenser i större utsträckning. Se även Vithlani, *Digitaliseringens konsekvenser för konstnärligt yrkesutövande – En kartläggning för den konstnärspolitiska utredningen* (2017), s. 51 och 52.

³² Se Dussolier m.fl., *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected member states* (2014), s. 16.

detta. En faktor är att den digitala utvecklingen har gjort det möjligt för organisationen att nå ut till fler musiker och artister än vad som tidigare var fallet. Dessutom gäller rättigheterna i 70 år samtidigt som det är ovanligt att medlemmar träder ur organisationen.

Även antalet upphovsmän som är anslutna till Stim är fler i dag än vad som tidigare var fallet. Vid utgången av år 2010 var de anslutna upphovsmännen 62 000. Efter en kontinuerlig ökning var de nästa 89 000 vid utgången av år 2019. Också antalet verk som är registrerade hos Stim har ökat på ett tydligt sätt, från 1 miljon år 2010 till mer än 1,6 miljoner år 2018.

Dessa förhållanden kan antagligen förstärka skillnaderna i ersättning mellan olika upphovsmän och utövande konstnärer men ger samtidigt en tydlig antydning om att många är lockade att ägna sig åt de verksamheter som det upphovsrättsliga regelverket avser att uppmuntra.

Mot bakgrund de marknadsförhållanden som råder sägs det ibland att kultursektorn är en ”winner-take-all”-marknad (en marknad där vinnaren tar allt), där ett fåtal upphovsmän och utövande konstnärer får en mycket stor andel av alla intäkter och många av dem därmed mycket betalt. Detta är en ordning som kan anses överensstämma med upphovsrättens huvudsyfte att ge upphovsmän och utövande konstnärer de ekonomiska incitament som är nödvändiga för deras aktiviteter och därigenom främja samhällsutvecklingen, se avsnitt 4.2. Den möjlighet att nå betydande ekonomiska framgångar som ett fåtal upphovsmän och utövande konstnärer har kanske i längden kan främja ett rikt och mångfacetterat kulturutbud.³³

En annan sida av detta är emellertid att det stora flertalet upphovsmän och utövande konstnärer får hålla till godo med lägre ersättningar.³⁴ Det har visserligen sagts att detta, i den mån som det beror på att de enskilda ersättningsnivåerna allmänt sett är låga, i stort sett leder till lägre priser för de som vill ta del av kulturen och att det allmänt sett därmed kan sägas främja det upphovsrättsliga regelverkets grundläggande syfte att ge tillgång till ett rikt utbud av

³³ Fenomenet har jämförts med den logik som gäller när stora lotterivinster står på spel och många gör, måhända irrationella, insatser i hopp om att vara en av de få som når en stor ekonomisk framgång, se Caves, *Creative Industries* (2000), s. 57.

³⁴ Kulturpolitiska utredningen framhöll att digitaliseringen medför att värdekedjor och affärsmodeller förändras och att det finns en risk för att en skev inkomstfördelning uppstår där allt färre konstnärer tar en allt större del av inkomsterna, vilket kan leda till minskad mångfald i det konstnärliga uttrycket, se SOU 2018:23 s. 121 och 375. Se även Vithlani, *Digitaliseringens konsekvenser för konstnärligt yrkesutövande – En kartläggning för den konstnärspolitiska utredningen* (2017), s. 21.

litterära och konstnärliga uttryck.³⁵ Det har även sagts att lägre ersättningsnivåer gör det möjligt att anlita flera upphovsmän och utövande konstnärer. Utifrån sådana antaganden hävdas ibland i den ekonomiska litteraturen att den samhällsekonomisk mest effektiva nivån på ersättningar skulle vara en nivå som ger lägst priser för konsumenterna samtidigt som den ger tillräckliga incitament för att säkerställa ett lämpligt utbud av litterära och konstnärliga uttryck.³⁶

Men ett sådant synsätt framstår som ganska teoretiskt och svårt att lägga till grund för de överväganden som utredningen har att göra. Snarare bör beaktas risken för att orimligt låga ersättningsnivåer generellt sett underminerar de ekonomiska incitament och villkor som krävs för att upphovsmän och utövande konstnärer alls ska ägna sig åt sina verksamheter.

Det är dock inte alldeles självklart hur intresset av att tillräckliga incitament finns förhåller sig till mera allmänna förmögenhetsrättsliga grundsatser om avtalsfrihet, avtalsbundenhet och skälighetskrav. Man kan exempelvis fråga sig om det är tillräckligt att de ersättningsnivåer som förekommer generellt sett är skäliga eller om det krävs att regelverket säkerställer högre ersättningar än så eller i övrigt ger ett starkare skydd för att upphovsrättens ändamål ska uppfyllas, till exempel för att främja gruppens försörjningsmöjligheter i syfte att säkerställa ett lämpligt rekryteringsunderlag.

Enligt utredningens mening bör det upphovsrättsliga regelverket på det allmänna planet i rimlig utsträckning garantera att upphovsmän och utövande konstnärer får en skälig ersättning när de överlåter sina ensamrättigheter.³⁷ Det hindrar inte att det emellanåt är

³⁵ Det kan möjligen hända att en ordning där det ekonomiska utfallet av olika produkter varierar leder till att produkter av ett visst slag, t.ex. inom vissa genrer, generellt sett gynnas framför andra. I det sammanhanget kan det noteras att det inte ankommer på den upphovsrättsliga lagstiftningen göra skillnad mellan olika prestationer utifrån deras konstnärliga eller litterära värde, jfr SOU 1956:25 s. 67 och 366.

³⁶ Se t.ex. Watt, Licensing of copyright works in a bargaining model och Watt, The basic economic theory of copyright, båda i Handbook on the Economics of Copyright (2014). Att utgångspunkten för den upphovsrättsliga lagstiftningen måste vara en avvägning mellan olika intressen framgår av upphovsrättslagens förarbeten, se t.ex. prop. 1994/95:151 s. 15, prop. 1985/86:79 s. 11 och prop. 1982/83:40 s. 10 där det betonas att ”upphovsrättslagstiftningen måste utformas så att den skapar en rimlig balans mellan olika berörda intressen”.

³⁷ Jfr skäl 10 i infosoc-direktivet där det anges att upphovsmännen och de utövande konstnärerna måste få en skälig ersättning för utnyttjandet av sina verk och skäl 5 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet som anger att endast ett tillfredsställande rättsligt skydd kan garantera att upphovsmän och utövande konstnärer får en tillräcklig inkomst som underlag för fortsatt skapande och konstnärligt arbete. I anslutning till dessa skäl har EU-domstolen klargjort att skyddet inte garanterar att de berörda rättighetshavarna har möjlighet att kräva högsta möjliga ersättning, se Premier League, C-403/08 och C-429/08 punkten 108.

motiverat med regler som går längre och ger dem ytterligare möjligheter att få ersättning. Det kan också vara motiverat att på ett eller annat sätt säkerställa att de enskilda avtalen i varje fall inte har ett oskäligt innehåll.

En annan aspekt som ska beaktas är följande. Ofta krävs det väsentliga investeringar från producenter och förläggare för att upphovsrättsligt skyddat material över huvud taget ska komma till användning.³⁸ På det sättet är producenters och förläggares verksamheter många gånger en förutsättning för att upphovsmän och utövande konstnärer ska kunna få ersättning för sina prestationer. Också de investeringar som leverantörer av streamingtjänster gör är betydelsefulla på ett liknade sätt.

Det förhållandet att utbudet av verk och framföranden många gånger överträffar den efterfrågan som finns leder till att många produktioner inte är ekonomiskt lyckosamma. Det innebär att investeringar i produktioner där upphovsrättsligt skyddat material ingår ofta kan vara ekonomiskt riskfyllda. En konsekvens av detta är att fåtalet ekonomiskt lyckosamma produktioner måste täcka kostnaderna, däribland ersättningarna, för de produktioner som inte är lönsamma.³⁹ En förutsättning är som sagt att de ekonomiskt lyckosamma produktionerna ger en tillräcklig vinstmarginal.

Det kan alltså konstateras att de grundläggande intressen som systemet med ensamrättigheter avser att tillgodose inte i alla delar sammanfaller. Det är exempelvis tydligt att den enskilde upphovsmannens eller utövande konstnärrens intresse av att få mycket betalt för sina insatser i vissa fall kan komma i konflikt med regleringens ändamål att främja allmänhetens tillgång till ett rikt utbud av litterära och konstnärliga uttryck. Hur den närmare avvägningen mellan olika motstående intressen ska göras råder det delade meningar om, även om hänsyn tas endast till vad som är samhällsekonomiskt mest effektivt eller till vad som även i det långa loppet är mest gynnsamt för rättighetshavarna.

Det kan även konstateras att olika gruppers intressen i viktiga avseenden står i nära samband med varandra. Till exempel kan de ekonomiska förutsättningar under vilka förvärvare av upphovs-

³⁸ Se t.ex. skäl 5 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet samt skäl 10 i infoc-direktivet.

³⁹ I upphovsrättslagens förarbeten noteras att långt ifrån alla framställda och utgivna produkter inom film- och musikbranschen lär ge någon förtjänst. Det sägs vara självfallet att de inspelningar och filmer som ger vinst under sådana förhållanden får hjälpa till att finansiera andra produkter som kanske är mera angelägna från kulturpolitisk synpunkt, se prop. 1981/82:152 s. 10 och 11.

rättsligt skyddat material är verksamma vara avgörande för upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning. Samtidigt är det närmare förhållandet mellan olika intressen i många avseenden komplext.

En utgångspunkt för utredningens överväganden är, som sagt, att det upphovsrättsliga regelverket i rimlig utsträckning bör garantera att upphovsmän och utövande konstnärer får en skälig ersättning när de tillåter att andra tillhandahåller deras verk och framföranden på begäran av enskilda.

8 En oavvislig ersättningsrätt

8.1 Uppdraget enligt kommittédirektiven

Enligt kommittédirektiven ska utredningen ta ställning till om det finns behov av och är lämpligt att införa en s.k. oavvislig ersättningsrätt för upphovsmän och utövande konstnärer. Denna särskild rätt till ersättning skulle då gälla i fråga om utnyttjanden som innebär att verk och framföranden görs tillgängliga på begäran. Frågan är närmast om en sådan rätt till ersättning bör införas för att säkerställa att upphovsmän och utövande konstnärer får en skälig ersättning i dessa sammanhang.

8.2 Bakgrund

Allmänt

Frågan om det ska införas en oavvislig rätt till ersättning ska ses i ljuset av att framväxten av streamingtjänster i vissa avseenden har gjort det svårare för en rättighetshavare, liksom för den som förvärvar rättigheterna, att överblicka de ekonomiska konsekvenserna av överlåtelsen (se avsnitt 7.7). Som framgår av redovisningen i avsnitt 4.2 och 7.8 är upphovsmän och utövande konstnärer ofta beroende av verksamhet som andra bedriver för att kunna omsätta sina verk och framföranden. Svåröverblickbara förhållanden hänförliga till slutanvändare, leverantörer av streamningstjänster, producenter och förläggare kan inverka på rättighetshavarnas möjligheter att få ersättning, samtidigt som många förvärv får en allt större omfattning och de intäkter som streamningstjänster genererar i regel är svåra att knyta till de specifika produkter som används (se avsnitt 7.5 och 7.7). Dessa omständigheter har gjort det svårare för rättighetshavarna att vid överlåtelsen bedöma värdet av det som ska överlätas med beaktande av senare förvärvares utnyttjanden och att bestämma ersättningen.

Mot den bakgrunden har olika åtgärder diskuterats. Frågan om det ska införas en oavvislig rätt till ersättning för utnyttjanden som innebär att skyddade verk och prestationer tillhandahålls på begäran har varit föremål för diskussioner under en lång tid. I det följande finns en närmare redogörelse för hur frågan har behandlats i vissa olika sammanhang.

Synpunkter i samband med genomförandet av infosoc-direktivet

Som redovisas i avsnitt 4.3 gjordes vissa ändringar i de utövande konstnärernas rättigheter när infosoc-direktivet genomfördes i svensk rätt. I den promemoria som låg till grund för regeringens förslag behandlades de utövande konstnärernas rätt att tillhandahålla upptagningar av sina framföranden på begäran. Det föreslogs att sådana utnyttjanden skulle omfattas av en ensamrätt.

Som framgår av den tidigare redogörelsen framförde SAMI synpunkter på förslaget vid remissbehandlingen av promemorian. Enligt SAMI borde ensamrätten i den nu angivna delen kompletteras med en bestämmelse om kollektiv förvaltning eller, i andra hand, en oavvislig rätt till skäligen ersättning. SAMI framhöll att det stora flertalet utövande konstnärer intar en svag förhandlingsposition i förhållande till sina motparter och pekade särskilt på villkoren för studiomusiker, som enligt organisationen ofta får en mycket ringa ersättning i utbyte mot samtliga rättigheter. Det kan här noteras att remissvaret inte innehåller någon närmare förklaring om vad som avses med en oavvislig rätt till skäligen ersättning.

Regeringen konstaterade som sagt att det inte fanns något underlag för att i det lagstiftningsärendet överväga särskilda regler om förvaltningen av de utövande konstnärernas rättigheter. I stället fick frågorna övervägas senare, om det skulle visa sig att det fanns ett starkt behov av en sådan reglering.

Förslag i kommissionens grönbok år 2011

I en grönbok år 2011 behandlade Europeiska kommissionen bland annat upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få en lämplig ersättning när de överlåter sin ensamrätt. Det handlade främst om deras möjligheter att få betalt för överlåtelser i samband med audiovisuella produktioner för användning på internet.

Enligt vad som anges i grönboken sker överlåtelserna i regel i utbyte mot ett engångsbelopp. Det ansågs att en lösning på detta var att införa en tvingande rätt till ersättning som skulle vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Rätten skulle gälla även efter det att ensamrätten hade överlåtits. En annan möjlighet var att i stället främja upphovsmännens möjligheter att förhandla individuellt eller kollektivt.

Det framhålls samtidigt i grönboken att det kan diskuteras om inte ytterligare en nivå av ersättningsrättigheter skulle öka osäkerheten om var och från vem rättigheter ska klareras. Vidare framgår att användarna riskerar att behöva ställas inför en mängd ersättningskrav för varje audiovisuellt verk. Detta skulle enligt grönboken kunna öka sändningskostnaderna och ge upphov till en större osäkerhet om rättsläget och ekonomisk ovisshet.¹

Frågan om upphovsmäns och utövande konstnärers rätt till en skälig ersättning kom på nytt upp i samband med kommissionens förslag till direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, sedermera DSM-direktivet, se mer i det följande.

SAA:s vitbok år 2015

Organisationen Society of Audiovisual Authors (SAA)² återkom till förslaget i kommissionens grönbok i en s.k. vitbok som organisationen publicerade år 2015. I vitboken föreslår SAA att det, i linje med vad kommissionen varit inne på, ska införas en oeftergivlig rätt ("unwaivable right") till skälig ersättning ("equitable remuneration") till förmån för upphovsmän. Av förslaget framgår att rätten

¹ Se Europeiska kommissionens grönbok om distribution av audiovisuella verk i Europeiska unionen: möjligheter och utmaningar med en digital inre marknad, KOM(2011) 427 slutlig av den 13 juli 2011, s. 15–18.

² SAA är en paraplyorganisation som företräder främst manusförfattares och regissörers intressen. SAA:s medlemmar är förvaltningsorganisationer från flera länder i Europa, däribland Copyswede från Sverige.

ska gälla när en upphovsman till en producent överlåter sin rätt att tillhandahålla ett verk på begäran och att denna rätt inte ska få efterges eller överlåtas. Rätten ska förvaltas av en kollektiv förvaltningsorganisation, om inte något annat kollektivt avtal garanterar en motsvarande ersättning. Förvaltningsorganisationen ska under alla förhållande kräva in ersättningen från dem som tillhandahåller verket på begäran inom ramen för audiovisuella medietjänster.

Enligt vitboken är syftet med förslaget att säkerställa att upphovsmän får ersättningar som står i proportion till de utnyttjanden som sker när verken görs tillgängliga. Det framgår vidare att ersättningen ska baseras på de intäkter som verkets spridning på internet genererar. Som skäl för förslaget anges att upphovsmäns ersättningar bör ligga i linje med de framgångar som deras filmer och program får. I vitboken betonas att regelverket skulle ge de enskilda upphovsmännen en starkare förhandlingsposition i förhållande till produktionsbolag, tv-företag, sökmotorer och tjänsteleverantörer, vilka ofta är starka globala konglomerat. Vidare framhålls att det i vissa länder fortfarande är vanligt att författare och regissörer får en engångsersättning för att arbeta med en film i två till fyra år och att de därefter inte får någon ytterligare ersättning.³

Kampanjen Fair Internet for Performers Campaign

Samma dag som kommissionen presenterade ”En strategi för Europas digitala inre marknad”⁴ lanserades kampanjen ”Fair Internet for Performers Campaign”. Bakom kampanjen står fyra internationella organisationer på upphovsrättsområdet: AEPO-ARTIS⁵, EuroFIA⁶, FIM⁷ och IAO⁸. Genom kampanjen vill man uppmana EU:s institutioner att prioritera åtgärder för att säkerställa att utövande konstnärer

³ Se vitboken *Audiovisual Authors’ Rights and Remuneration in Europe*, mars 2015.

⁴ Se Europeiska kommissionens meddelande *En strategi för en inre digital marknad*, KOM(2015) 192 final av den 6 maj 2015.

⁵ AEPO-ARTIS representerar 36 europeiska kollektiva förvaltningsorganisationer som företräder utövande konstnärer. De svenska organisationerna SAMI och Upphovsrätt Scen & Film (tidigare Rättighetsbolaget Tromb) är medlemmar.

⁶ EuroFIA är Federation Internationale des Acteurs (FIA) europeiska grupp. Svenska Fackförbundet Scen & Film är en av FIA:s medlemmar.

⁷ Federación Internacional de Musicos (FIM) är en internationell sammanslutning som organiserar fackförbund för musiker och andra liknande förbund. En av medlemmarna är det svenska samråds- och samarbetsorganet Federationen Svenska Musiker (FSM), som utgörs av Musikerförbundet och Sveriges Yrkesmusikerförbund.

⁸ International Artists Organisation (AIO) är en paraplyorganisation som företräder musikers intressen. Svenska Musikerförbundet är en av organisationens medlemmar.

får en skälig andel av intäkterna från användning på internet. Det ska enligt kampanjen ske genom att det införs en ny och oeftergivlig rätt till ersättning ("a new, unwaivable remuneration right") för lagliga tillhandahållanden av utövande konstnärers prestationer på begäran. Den oeftergivliga rätten till ersättning ska kunna krävas in endast av kollektiva förvaltningsorganisationer.

Vid lanseringen förklarade organisationerna att utövande konstnärer i regel inte får någon ersättning alls, och i bästa fall en futtig engångsersättning, för samtliga rättigheter när deras prestationer används på internet. Bara några få artister lyckas enligt organisationerna förhandla till sig en royaltiersättning och avtalen ger för det mesta mycket lite betalt.

ALAI:s kongress år 2015

Sedan lanseringen av kampanjen "Fair Internet for Performers Campaign" har frågan om en oeftergivlig rätt till ersättning för tillgängliggöranden på begäran diskuterats i andra sammanhang. Ett av dessa var ALAI:s kongress år 2015 där temat var "ersättning för användningen av verk – ensamrätt kontra andra tillvägagångssätt". I flera av anförandena vid kongressen togs frågan upp om möjligheten att införa en oeftergivlig rätt till ersättning i linje med den rätt som hade efterfrågats i kampanjen.

Enligt de anföranden som förespråkade att en tvingande rätt till skälig ersättning övervägs skulle rätten ordnas så, att ersättningen ska betalas av den som tillgängliggör verket eller framförandet. Denna rätt till ersättning skulle gälla oavsett vad som har avtalats och den skulle ha en sorts sakrättslig dimension, dvs. kunna göras gällande även mot tredje man. Vidare framgick att rätten skulle vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Som skäl för en sådan rätt anfördes bland annat att utövande konstnärer i regel får en mycket liten andel av intäkterna från streamingtjänster. Det hänvisas särskilt till en undersökning bland 400 franska artister, där resultatet visar att deras andel av branschens totala intäkter från streaming uppgick till cirka 4,6 procent. Fördelen med den diskuterade rätten angavs vara att upphovsmän och utövande konstnärer kommer ifrån att behöva träffa individuella avtal. Av anförandena framgick att rätten till

ersättning är tänkt att motsvara den tvingande rätt till skälig ersättning som föreskrivs i uthyrnings- och utlåningsdirektivet.⁹

Det framfördes emellertid också invändningar mot en rätt till ersättning efter en sådan modell. Bland annat ifrågasattes om rättighetshavarna skulle välkomna att tvingas in i en ordning med obligatorisk kollektiv förvaltning. Vidare antogs att regleringen skulle få till följd att internetplattformar inte skulle vara beredda att betala lika höga ersättningar till producenter av rörlig bild. Plattformarna skulle ju behöva räkna med krav på ytterligare ersättning från kollektiva förvaltningsorganisationer. Det framhölls att regleringen således ytterst skulle kunna leda till att upphovsmän och utövande konstnärer fick lägre ersättningar i samband med överlåtelsen och ofta längre ersättningar totalt sett. I slutändan skulle detta gynna enbart de globala internetplattformarna.¹⁰

Behandling i den juridiska litteraturen

Frågan har även behandlats i den juridiska litteraturen.¹¹ Det som man då brukar diskutera är en lagstadgad rätt till ersättning som sägs kvarstå efter ensamrättens överlåtelse. Det rör sig om en rätt som inte får efterges eller överlätas, som är föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning och där ersättningen ska betalas av användaren även om denne är någon annan än den ursprunglige förvärvaren av ensamrätten.

Tanken enligt förespråkarna är att komma till rätta med situationer där den ursprunglige rättighetshavarens överlåtelse inte ger upphov till en skälig ersättning. Det sägs i det sammanhanget att obligationsrättsliga bestämmelser, t.ex. om att ett avtal ska ge rätt till en skälig ersättning, har en mera begränsad generell effekt. Särskilt framträdande sägs problemen vara på musikområdet och det audiovisuella området, där det drabbar främst utövande konstnärer.

⁹ Som utvecklas i avsnitt 4.3 är det enligt direktivet upp till varje medlemsstat att bestämma från vem ersättningen ska betalas eller inkasseras. I svensk rätt valdes en obligationsrättslig ordning men flera andra medlemsstater införde en sakrättslig reglering.

¹⁰ Se Silke von Lewinski (red.), *Remuneration for the use of works*, 2017, särskilt s. 237, 257, 324, 400 och 420.

¹¹ Se t.ex. Raquel Xalabarder, *The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive: Statutory residual remuneration rights for its effective national implementation* (2020) samt Christophe Geiger och Oleksandr Bulayenko, *Creating Statutory remuneration rights in copyright law: What policy options under the international legal framework* (2020).

En utomobligatorisk reglering antas mot den bakgrunden ha fördelen att kunna frigöra upphovsmän och utövande konstnärer från villkoren om ersättning vid den ursprungliga överlåtelsen. Regleringen antas på det sättet kunna säkerställa att upphovsmän och utövande konstnärer får en skälig ersättning för användningen.

Det anges samtidigt att det bästa sättet att maximera värdet av upphovsmäns ensamrättigheter i teorin är understödja deras möjligheter att förhandla, vilket dessutom antas ligga bäst i linje med ensamrättigheternas natur. Det konstateras att detta emellertid förutsätter att kollektiva förhandlingar kan föras på ett effektivt sätt. I det sammanhanget nämns förhållanden i Sverige särskilt. Det sägs att upphovsmän på det audiovisuella området i Sverige har möjlighet att dra nytta av avtalslicenser på många områden.

I litteraturen framhålls även att de engångsersättningar som kan avtalas ibland är att föredra och garanterar en skälig ersättning. Det sägs vara en tydlig nackdel med en oavvislig ersättningsrätt att en sådan kvarvarande rätt till betalning skulle frånta upphovsmän och utövande konstnärer möjligheten att överlåta sin ensamrätt mot en engångsersättning i situationer där man anser att en omedelbar betalning är bättre än en framtida betalning; man kanske hellre erhåller en bestämd och säker ersättning än en oviss ersättning. Ytterligare en nackdel sägs vara att kostnaden för att kräva in återkommande betalningar ibland inte står i rimlig proportion till ersättningen, t.ex. när bidraget är begränsat och ersättningen därför gäller mindre belopp.

I litteraturen konstateras också att den diskuterade rätten kan leda till att upphovsmän och utövande konstnärer får en ersättning som understiger den ersättning som annars hade kunnat avtalas vid överlåtelsen. Ytterligare en nackdel sägs vara att en kvarvarande ersättningsrättighet kan medför särskilda svårigheter i fråga om produktioner där många rättighetshavare medverkar, exempelvis på det audiovisuella området.

Förhandlingarna om DSM-direktivet

Som en del av strategin för en inre digital marknad i Europa presenterade kommissionen år 2016 ett förslag till direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden.¹² Förslaget angavs inkludera åtgärder för att åstadkomma bättre balanserade avtalsmässiga förhållanden mellan upphovsmän och utövande konstnärer och dem till vilka de överlåter sina rättigheter. Behovet av sådana åtgärder förklarades med att upphovsmän och utövande konstnärer ofta har en svag förhandlingsposition när de licensierar sina rättigheter. Förslaget innehöll bestämmelser om transparenskrav, om en mekanism för ”avtalsanpassning” och om ett frivilligt förfarande för alternativ tvistlösning. Förslaget innehöll däremot inte någon reglering i linje med den tvingande rätt till skäligen ersättning som hade diskuterats i grönboken år 2011.

År 2018 antog Europaparlamentet ändringar i kommissionens förslag. Bland annat skulle det införas en bestämmelse om lämplig och proportionerlig ersättning.¹³ Inför beslutet hade kommissionens förslag varit föremål för behandling i parlamentets utskott. Parlamentsutskotten ITRE¹⁴ och CULT¹⁵ föreslog (i egenskap av rådgivande utskott till det ansvariga utskottet JURI)¹⁶ att det skulle införas en oeftergivlig rätt till skäligen ersättning.

ITRE:s förslag var att medlemsstaterna skulle vara skyldiga att ”säkerställa att när upphovsmän och utövande konstnärer överför eller överlåter sina rättigheter för tillgängliggörande för allmänheten behåller de rätten att få en skäligen ersättning från utnyttjande av sina verk”. Rätten skulle enligt förslaget vara oeftergivlig och inte kunna frångås. Av förslaget framgår vidare att kollektiva förvaltningsorganisationer skulle ansvara för rättens förvaltning ”såvida det inte finns kollektivavtal, till exempel frivilliga avtal om kollektiv förvaltning, som garanterar sådan ersättning [...]”. Av förslaget framgick även att organisationerna skulle inkassera ersättningen från ”de informations-samhällets tjänster som gör verken tillgängliga för allmänheten”.¹⁷

¹² Se Europeiska kommissionens Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593 final av den 14 september 2016.

¹³ Se texten P8_TA(2018)0337.

¹⁴ Europaparlamentets utskott för industrifrågor, forskning och energi (ITRE).

¹⁵ Europaparlamentets utskott för kultur och utbildning (CULT).

¹⁶ Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor (JURI).

¹⁷ Se yttrande AD/2017/592363.

CULT:s förslag var utformat på ett liknande sätt men rätten avsåg tillgängliggöranden ”för användning på de informationssamhällets tjänster som tillgängliggör verk eller andra alster genom en licensierad katalog”. Dessutom skulle rätten inte gälla ”när en upphovsman eller utövande konstnär beviljar kostnadsfri icke-exklusiv rätt för alla användare att använda hans eller hennes verk”.¹⁸

Förslagen ingick inte bland de förslag som JURI lämnade och inte heller bland de ändringar som parlamentet sedermera beslutade.

Artikel 18 i DSM-direktivet

Den 12 april 2019 antogs DSM-direktivet. I artikel 18 finns bestämmelser om lämplig och proportionerlig ersättning. Artikeln anger att medlemsstaterna ska säkerställa att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt till en sådan ersättning när de licensierar eller överlåter sina rättigheter avseende utnyttjanden av deras verk eller andra alster. Det framgår också att det ska stå medlemsstaterna fritt att, när de införlivar dessa bestämmelser, använda olika ”mekanismer”, beakta principen om avtalsfrihet och göra en skäligen avvägning av rättigheter och intressen.

Enligt de skäl som ansluter till artikel 18 bör ersättningen till upphovsmän och utövande konstnärer vara lämplig och proportionerlig i förhållande till det faktiska eller potentiella ekonomiska värdet av de överlåtna rättigheterna. Det sägs att hänsyn i det sammanhanget ska tas till upphovsmannens eller den utövande konstnärens bidrag till verket eller alstret i sin helhet och till alla andra omständigheter i det enskilda fallet, exempelvis praxis på marknaden eller det faktiska utnyttjandet av verket. Av skälen framgår att ett engångsbelopp kan anses som proportionell ersättning men att detta inte bör vara huvudregeln. Vidare sägs att medlemsstaterna bör ha rätt att fastställa regler för när engångsbelopp får användas, med beaktande av särdragen i varje sektor. Som exempel på mekanismer som får användas för att tillämpa principen om lämplig och proportionerlig ersättning nämns kollektivavtalsförhandlingar, förutsatt att dessa är förenliga med unionsrätten (skäl 73).

¹⁸ Se yttrande AD/2017/595591.

Av skälen framgår också att direktivets bestämmelser inte bör tolkas så att en rättighetshavare hindras från att tillåta utnyttjande av deras verk eller andra alster kostnadsfritt (skäl 82).

Synpunkter i samband med DSM-direktivets genomförande

Justitiedepartementet hämtade in synpunkter om genomförandet av artikel 18 och andra artiklar i DSM-direktivet från en referensgrupp där flera myndigheter, organisationer och företag ingick. Många av intressenterna förde fram synpunkter på hur artikel 18 bör genomföras i svensk rätt.

Flera organisationer som företräder rättighetshavare, däribland SAMI och KLYS, framförde att en oavvislig ersättningsrätt bör införas i svensk rätt. Det som avses är en lagstadgad och tvingande rätt till ersättning som ska gälla i tillägg till den utövande konstnärens ensamrätt att förfoga över sina prestationer genom att tillhandahålla dessa på begäran av enskilda. Den lagstadgade rätten till ersättning ska gälla i situationer när en utövande konstnär till en producent har överlåtit de exklusiva rättigheterna till sitt framförande. Rätten ska inte kunna överlåtas och den ska vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Ersättningen ska betalas av den som tillhandahåller framförandet på begäran av enskilda.

Enligt SAMI skulle en sådan ersättningsrätt medföra en rimligare fördelning av de intäkter som genereras via de digitala plattformarna och på så sätt bidra till en mer skälig avvägning av berörda parter rättigheter och intressen. Organisationen menade att konstnärernas förhandlingsposition skulle stärkas eftersom organisationerna skulle förhandla ersättningsnivåerna för deras räkning.

SAMI förklarade att de utövande konstnärernas ställning i praktiken har försämrats till följd av att tillhandahållanden på begäran omfattas av deras ensamrätt, och inte som tidigare av deras lagstadgade rätt till ersättning (tvångslicens), eftersom ensamrätten regelmässigt överlåts. Som skäl för att en oavvislig rätt till ersättning behövs framförde SAMI att musiker och artister i dag inte får någon, eller endast en liten del, av de värden som streamingtjänsterna genererar. Det förhållandet att konsumtionen av musik och film på internet ökar, liksom att allt fler vill betala för musik- och filmtjänster, måste enligt SAMI speglas också i ersättningen till berörda rättighetshavare.

KLYS förklarade att det stora flertalet utövare på musikområdet inte får någon löpande ersättning, eller en mycket låg ersättning, när deras prestationer tillgängliggörs. Organisationen framhöll som exempel att en låt kan streamas miljontals gånger på Spotify utan att musikern får ta del av intäkterna. Enligt KLYS föreligger det liknande problem för utövande konstnärer och vissa (inte närmare angivna) upphovsmannakategorier på det audiovisuella området.

Flera företag och andra intressenter, däribland Film&TV-Producenterna, Spotify, Ifpi, TV4 och SVT, var negativa till tanken på en oavvislig ersättningsrätt. En åsikt som fördes fram var att rättighetshavare bör ha möjlighet att själva bestämma hur de vill förvalta sina rättigheter. Det framhölls även att en oavvislig ersättningsrätt skulle utgöra en ingripande begränsning i avtalsfriheten och vara främmande i ett svenskt sammanhang. Ytterligare en synpunkt var att den diskuterade rätten riskerar att leda till att rättighetshavarna får dubbla ersättningar. Det framhölls också att en sådan ersättningsrätt skulle vara ogynnsam för parterna i de kollektivt förhandlade överenskommelser som finns.

I avsnitt 3.8 redovisas de förslag som har lagts fram för att genomföra DSM-direktivet i svensk rätt.

8.3 Förhållandena i andra länder

Allmänt

I utredningens uppdrag ingår att göra internationella jämförelser och att i lämplig utsträckning redovisa och beakta gällande rätt och lagstiftningsarbete i Norden och i EU. I det följande lämnas en redogörelse för förhållandena i ett urval länder.

På upphovsrättens område har det ansetts värdefullt att ha en likartad lagstiftning i de nordiska länderna. I stor utsträckning har regleringen också tillkommit efter nordiskt samarbete. Den nordiska rättslikheten har praktisk betydelse bl.a. för det kulturella utbytet i Norden och handeln mellan länderna. Därför är det naturligt att i detta sammanhang behandla förhållandena i de nordiska länderna.

Dessutom redovisas situationen i Spanien, Tyskland och Nederländerna. Spanien är särskilt intressant eftersom den spanska lagstiftningen ofta förs fram som en förebild när en oavvislig ersätt-

ningsrätt diskuteras. Tyskland och Nederländerna hör till de länder där den upphovsrättsliga lagstiftningen ägnas stor uppmärksamhet.

Som framgår i avsnitt 4.3 har ensamrätten att tillhandahålla material på begäran sin bakgrund i infosoc-direktivet. Direktivet ingår i EES-avtalet och gäller därmed också för Norge och Island. En följd av detta är att upphovsmäns och utövande konstnärers ensamrätt att tillhandahålla sina verk och prestationer på begäran har i princip samma omfattning i de länder som behandlas.

Undersökningen av förhållandena i andra länder har i denna del av uppdraget varit inriktad på att ta reda på om det förekommer regler som innebär att upphovsmän och utövande konstnärer har en direkt mot användaren riktad rätt till ersättning. Fokus har därvid varit på användning som innebär att materialet tillhandahålls på begäran.

Man bör ha i åtanke att redogörelsen inte är uttömmande. Det ska även uppmärksammas att förhållandena ändras ganska kontinuerligt och att det därför inte kan garanteras att redovisningen i alla delar är aktuell. Slutligen måste hänsyn tas till att redogörelsen avser ett utsnitt av de olika ländernas upphovsrättsliga reglering. Det större lagstiftningsmässiga sammanhanget, liksom de särskilda sociala och ekonomiska hänsyn som präglar de olika ländernas lagstiftning, lämnas i huvudsak utanför redogörelsen. Trots de likheter som finns är det därför svårt att göra några tillförlitliga och direkta jämförelser av den reglering som olika länder har valt.

Övriga Norden

Upphovsrätten är ett rättsområde där det traditionellt har funnits en likartad lagstiftning i de nordiska länderna. Upphovsmän och utövande konstnärers ensamrätt enligt lagstiftningen i dessa länder har i huvudsak samma omfattning som enligt svensk rätt.¹⁹ Även regleringen om överlåtelser har stora likheter.²⁰ Ett par skillnader är värda att notera.

¹⁹ Se §§ 3 och 16 i norska lov om opphavsrett til åndsverk mv., §§ 2 och 65 i danska lov om ophavsret, 2 och 45 §§ i finska upphovsrättslagen samt artiklarna 2 och 45 i isländska höfundalög.

²⁰ Se §§ 67–77 i lov om opphavsrett til åndsverk mv., §§ 53–62 i lov om ophavsret, 27–42 §§ i finska upphovsrättslagen samt artiklarna 27–42 c i höfundalög.

I Norge har upphovsmän och utövande konstnärer en lagfäst rätt till skäligen ersättning ("rimelig vederlag").²¹ Regleringen gäller när den ursprungliga upphovsmannen eller utövande konstnären överlåter hela eller delar av sin ensamrätt, dvs. vid den första överlåtelsen. Bestämmelsen är tvingande till förmån för upphovsmannen eller den utövande konstnären men tillämpas inte när förvärvaren är en konsument. Vid bedömningen av vad som utgör en skäligen ersättning ska hänsyn tas till vilka rättigheter som överlåts, vad som är vanligt på området och omständigheterna i övrigt, inklusive parternas förhandlingsstyrka och syftet med den avtalade användningen. Om överföringen avser användning i affärsverksamhet, ska vikt även läggas vid det sannolika värdet av överföringen. Bedömningen ska grundas på förhållandena vid tidpunkten för avtalets ingående.

I Finland finns särskilda regler om jämkning av oskäliga avtalsvillkor som gäller överlåtelse av upphovsrätt. Ett villkor får jämkas eller lämnas obeaktat, om villkoret är oskäligt på ett sätt som strider mot rådande god avtalssed på området eller annars är oskäligt eller om en tillämpning av villkoret skulle leda till oskälighet. En förutsättning är att villkoret finns i ett avtal om överlåtelse av upphovsrätt som den ursprungliga upphovsmannen har ingått.²² Reglerna tillämpas även i fråga om utövande konstnärer.²³

De nämnda bestämmelserna gäller alltså mellan avtalets parter. Inte i något av de nordiska länderna finns det en oavvislig ersättningsrätt av det slag som diskuteras här och inte heller någon annan liknande rätt att få ersättning direkt från användaren.

Spanien

Vid genomförande av infosoc-direktivet i spansk rätt klargjordes att överföringsrätten omfattar tillhandahållanden på begäran av enskilda. Ensamrätten till sådana förfoganden tillkommer enligt spansk rätt såväl upphovsmän som utövande konstnärer.²⁴

I fråga om utövande konstnärers ensamrätt att tillhandahålla sina prestationer på begäran föreskrevs vid genomförandet att rätten, om inte annat har avtalats, överlåts till producenten när parterna ingår

²¹ Se §§ 16 och 69 i lov om opphavsrett til åndsverk mv.

²² Se 29 § i den finska upphovsrättslagen.

²³ Se 45 § i den finska upphovsrättslagen.

²⁴ Se artiklarna 20.2 i och 108.1 i den spanska upphovsrättslagen, Ley de Propiedad Intelectual.

avtal om en inspelning. I sådana situationer gäller alltså en presumption för att ensamrätten överläts.²⁵ I anslutning till detta infördes särskilda regler om upphovsmäns och utövande konstnärers rätt till ersättning som kan göras gällande mot den som tillhandahåller deras prestationer på begäran av enskilda.

Upphovsmäns rätt till ersättning gäller endast i fråga om audiovisuella verk (filmverk). När ett sådant verk tillhandahålls på begäran har upphovsmannen rätt till ersättning enligt en tariff som bestäms av en behörig kollektiv förvaltningsorganisation. Rätten till ersättning är tvingande, får inte överlåtas och är föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Från tillämpning av regleringen undantas audiovisuella verk av reklamkaraktär.²⁶

Utövande konstnärer har en någon annorlunda utformad rätt till ersättning när deras prestationer tillhandahålls på begäran. Om en utövande konstnär till en framställare av ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder överlåter sin rätt att tillhandahålla upptagningarna på begäran, behåller konstnären en oeftergivlig rätt att få en skälig ersättning ("una remuneración equitativa") från den som tillhandahåller upptagningen på det sättet. Rätten ska förvaltas av kollektiva förvaltningsorganisationer, som också bestämmer ersättningarnas storlek.²⁷

Den nu redovisade regleringen har sitt ursprung i de regler om offentliga visningar av filmverk som infördes år 1966.²⁸ Enligt dessa regler hade filmverkets upphovsman rätt att få en procentuell andel av nettointäkterna från sådana visningar. Ersättningen skulle betalas av den användare som visade filmverket. Användaren fick emellertid dra av beloppet från den ersättning som användaren skulle betala till sin avtalspart för förvärv av visningsrätten. Upphovsmannen skulle alltså på det sättet få en viss procentuell andel av biljettintäkterna från biografägaren, som kunde föra kostnaden vidare till producenten eller en filmdistributör.

År 1987 gjordes ett antal betydelsefulla ändringar i regleringen.²⁹ Det föreskrevs att den nämnda rätten till ersättning inte fick efterges eller överlåtas. Samtidigt gjordes ett tillägg som innebär att upphovs-

²⁵ Se artiklarna 88.1 och 108.1.

²⁶ Se artikel 90.4–90.7.

²⁷ Se artikel 108.3.

²⁸ Se Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas.

²⁹ Se Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual.

mannen skulle ha rätt till en viss ersättning även om det audiovisuella verket visades utan att enskilda behövde betala en inträdesavgift. Därigenom skulle såväl utsändningar som framföranden i exempelvis barer och restauranger omfattas av regleringen. Ersättningens storlek skulle både bestämmas och göras gällande av en behörig kollektiv förvaltningsorganisation.

Ytterligare en nyhet var att även utövande konstnärer fick en lagstadgad rätt till ersättning. Rätten avsåg tillgängliggöranden av ljudupptagningar av deras framföranden i kommersiella syften. De utövande konstnärerna hade rätt att få 50 procent av producentens intäkter från sådan användning.

Därefter genomfördes i spansk rätt den tvingande rätt till skäligen ersättning som föreskrivs i uthyrnings- och utlåningsdirektivet. Man valde i Spanien en lösning som innebär att det är användaren (t.ex. en videouthyrningsbutik), och inte rättighetshavarens avtalspart (t.ex. en filmproducent eller ett musikbolag), som är skyldig att betala ersättningen (jfr det som sägs i avsnitt 4.3 om genomförandet i svensk rätt). Rätten är föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Även i dessa situationer är det en behörig kollektiv förvaltningsorganisation som bestämmer ersättningarnas storlek.

Trots att det inte var nödvändigt för att genomföra direktivet, föreskrev man att utövande konstnärers lagstadgade rätt till ersättning skulle gälla inte endast i fråga om uthyrningsrätten utan i stället beträffande tillgängliggöranden för allmänheten av alla slag. Utövande konstnärer fick alltså en direkt mot användaren riktad rätt till skäligen ersättning när upptagningar av deras framföranden gjordes tillgängliga för allmänheten, förutsatt att den utövande konstnären till en framställare av ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder hade överlåtit sin rätt att göra upptagningen tillgänglig för allmänheten.³⁰

När infosc-direktivet därefter skulle genomföras, och rätten att tillhandahålla verk och framföranden på begäran förtydligas i spansk rätt, fanns det alltså redan flera bestämmelser om en lagstadgad rätt till ersättning som skulle göras gällande direkt mot användaren. Det låg nära till hands att även till den specifika rätten att tillhandahålla verk och framföranden på begäran knyta en lagstadgad och direkt

³⁰ Se artiklarna 2.3, 3, 73.3 och 4 i ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

mot användaren riktad rätt till ersättning och låta även den vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Med tanke på den historiska bakgrunden får det även anses naturligt att regleringen i fråga om upphovsmän gällde endast audiovisuella verk och beträffande utövande konstnärer ljudupptagningar och upptagningar av rörliga bilder.

Som skäl för den ordning som har valts i spansk rätt har det anförts att upphovsmän och artister i Spanien i förhållandevis begränsad utsträckning har anslutit sig till de fackliga organisationer som finns, vilket fått till följd att det har varit svårt träffa kollektiva överenskommelser om sekundärnyttjanden.

Som framgår ankommer det på en kollektiv förvaltningsorganisation att bestämma den ersättning som användare ska betala. I händelse av tvist ska ersättningen bestämmas av en särskild nämnd.³¹

Tyskland

Enligt tysk rätt har upphovsmän och utövande konstnärer en direkt mot användaren riktad rätt till ersättning i ett antal delvis skilda situationer.

Den första situationen anknyter till en bestämmelse som innebär att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt att få ytterligare lämplig ersättning ("weitere angemessene Beteiligung") när den avtalade ersättningen är oproportionerligt låg med hänsyn till de intäkter och förmåner som användningen har gett upphov till (en s.k. bästsäljarklausul). Hänsyn behöver inte tas till om parterna förutsåg eller kunde förutse intäkterna eller förmånerna. Rätten till ersättning gäller som utgångspunkt i förhållande till den ursprungliga förvärvaren och kan alltså leda till att förvärvaren blir skyldig att betala ytterligare ersättning. Men kravet får i stället riktas mot en senare förvärvare, om den oproportionerligt låga ersättningen är en följd av den senare förvärvarens intäkter och förmåner. I dessa fall är det alltså fråga om en direkt mot användaren riktad rätt till ersättning. Enligt vad som föreskrivs ska hänsyn i det sammanhanget tas till avtalsförhållandena inom licenskedjan.³²

Den ursprungliga rättighetshavaren får inte avstå från den rätt som följer av bestämmelsen men får ändå tillåta att var och en

³¹ Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.

³² Se § 32a i Urheberrechtsgesetz (UrhG).

använder materialet kostnadsfritt (t.ex. under en licens av det slag som organisationen Creative Commons tillhandahåller). Den lagstadgade rätten till ytterligare ersättning gäller dock inte om ersättningen har bestämts i enlighet med en viss kollektiv överenskommelse som ger rättighetshavaren rätt till ytterligare ersättning i de situationer som bestämmelsen avser.

Bestämmelsen tillämpas endast i fråga om användning som sker på avtalsbasis, men alltså oavsett om användaren är den ursprunglige eller en senare förvärvare. Däremot är den inte tillämplig när användningen är tillåten på grund av en inskränkning och inte heller när det gäller olovlig användning (intrång).

När man bedömer om den avtalade ersättningen är oproportionerligt låg ska en helhetsbedömning göras av den ursprunglige rättighetshavarens förhållande till användaren. En senare förvärvares ersättningskyldighet ska som sagt bestämmas med hänsyn till avtalsförhållandena inom licenskedjan. Det innebär att hänsyn i den situationen ska tas endast till de intäkter och förmåner som har uppburits av den användare som kravet riktas mot; i princip ska man alltså bortse från intäkter och förmåner som har uppburits av någon annan i ett tidigare förvärvsled. Vidare kan hänsyn, trots detta, behöva tas dels till den ersättning som den ursprunglige rättighetshavaren har mottagit från sin avtalspart, dels till den ersättning som användaren har betalat för sitt förvärv. Bedömningen kan leda till att den senare förvärvaren inte ska vara ersättningskyldig.

Det är en omdiskuterad fråga i den tyska litteraturen hur man rättsligt ska klassificera den ursprunglige rättighetshavarens rätt att rikta ersättningsanspråk direkt mot en användare som inte är rättighetshavarens avtalspart. Det har ansetts ligga nära till hands att betrakta den som en slags interventionsrätt som gör användaren ansvarig enligt samma principer som gäller för den ursprunglige förvärvarens ersättningskyldighet.

Övriga situationen där upphovsmän och utövande konstnärer har en direkt mot användaren riktad rätt till ersättning ansluter till genomförandet av artikel 17 i DSM-direktivet i tysk rätt.³³ Bestämmelserna, som trädde i kraft den 1 augusti 2021, ger upphovsmän och utövande konstnärer rätt att under vissa förutsättningar få ersättning direkt från ”onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll” så som dessa definieras i DSM-direktivet.

³³ Se Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG).

För att genomföra artikeln infördes särskilda regler som innebär att leverantörerna är ansvariga när enskilda tillgängliggör upphovsrättsligt skyddat material via deras tjänster. Till dessa anknävs regler om leverantörernas skyldighet att skaffa sig tillstånd från upphovsmän och utövande konstnärer för sådan användning. Om leverantören har fullgjort skyldigheten att skaffa sig tillstånd, är leverantören inte ansvarig för de uppladdningar som enskilda gör av verk som omfattas av tillståndet.

Därutöver föreskrivs, grundat på artikel 18 i DSM-direktivet, att leverantören är skyldig att betala en lämplig ersättning ("angemessene Vergütung") direkt till upphovsmannen eller den utövande konstnären för sådan användning. Ersättningsskyldigheten gäller även om leverantören har förvärvat en rätt till användning från någon annan än den ursprunglige rättighetshavaren, en kollektiv förvaltningsorganisation eller någon annan som företräder den ursprunglige rättighetshavaren. Den ursprunglige rättighetshavaren har alltså en direkt mot onlineleverantörer riktad rätt till ersättning, även om leverantören har förvärvat ett tillstånd från t.ex. ett musikbolag eller en producent. Rätten till ersättning får inte efterges och den får på förhand överlåtas endast till en kollektiv förvaltningsorganisation. Därtill gäller att rätten får göras gällande endast av en kollektiv förvaltningsorganisation. Ersättningens storlek ska bestämmas med utgångspunkt från ett fiktivt marknadspris. Vid bedömningen av detta tas hänsyn till användningens ekonomiska framgång eller bristen därav.³⁴ Det finns särskilda bestämmelser som reglerar ett förfarande för att bestämma ersättningen.

Som ett led i genomförandet av artikel 17 föreskrivs även att onlineleverantörer är skyldiga att på rättighetshavares begäran hindra att material görs tillgängligt för allmänheten. Skyldigheten gäller tillgängliggöranden som enskilda användare av tjänsten gör utan tillstånd. Leverantörer kan förhindra tillgängliggöranden med hjälp av automatiserad teknik men ska tillhandahålla en möjlighet för enskilda användare att invända mot leverantörens åtgärder. I syfte att tillåtna användningar inte ska förhindras av automatiserad teknik krävs enligt tysk rätt att användningen i vissa närmare angivna situationer ska tillåtas intill dess att en invändning har prövats. I vissa specifika syften har enskilda användare dessutom alltid rätt att tillgängliggöra upphovsrättsligt skyddat material, t.ex. i parodiska

³⁴ Se § 4 i UrhDaG.

syften. Trots dessa inskränkningar i skyddet kan leverantören vara skyldig att betala en lämplig ersättning ("angemessene Vergütung") till upphovsmannen eller den utövande konstnären. I sådana fall föreligger en ersättningsskyldighet såväl för vissa av de tillåtna användningar som för viss användning som sker medan en invändning prövas.³⁵

Nederländerna

Enligt nederländsk rätt har upphovsmän och utövande konstnärer en allmän rätt att få skälig ersättning ("billijke vergoeding") när de överlåter sina ensamrättigheter.³⁶ Dessutom finns det en bestämmelse som innebär att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt att få ytterligare skälig ersättning ("anvullende billijke vergoeding") när den avtalade ersättningen är oproportionerligt låg med hänsyn till de intäkter som användningen har gett upphov till.³⁷ Denna bestämmelse har stora likheter med motsvarande reglering i tysk rätt, se ovan. Liksom enligt den tyska regleringen kan upphovsmannen eller den utövande konstnären rikta kravet på ytterligare ersättning direkt mot en senare förvärvare. En förutsättning enligt den nederländska regleringen är att den bristande proportionaliteten har uppkommit efter det att den ursprungliga förvärvaren har överlåtit ensamrätten vidare. I likhet med vad som gäller enligt tysk rätt ska bedömningen göras utan hänsyn till vad parterna kunde förutse vid avtalstillfället.

I nederländsk rätt finns dessutom särskilda regler som gäller avtal om filmning. Huvudregissören och manusförfattaren har rätt att få en proportionerlig och skälig ersättning ("een proportionele billijke vergoeding"). Ersättningen ska betalas av den som antingen sänder ut filmen, ser till att den sänds ut eller tillgängliggör den på annat sätt. Den som tillgängliggör filmen genom att tillhandahålla den på begäran av enskilda omfattas dock inte av ersättningsskyldigheten. Rätten får inte efterges och ska göras gällande av en kollektiv förvaltningsorganisation.³⁸ En motsvarande rättighet gäller för utövande konstnärer som spelar en huvudroll.³⁹

³⁵ Se §§ 5 (2) och 12 i UrhDaG.

³⁶ Se artikel 25c i Auteurswet.

³⁷ Se artikel 25d.

³⁸ Se artikel 45d (2).

³⁹ Se artikel 4 (2) i Wet op de naburige rechten.

Dessa bestämmelser gäller som sagt inte beträffande rätten att tillhandahålla filmer på begäran. I fråga om sådan användning tillämpas i stället ett system för frivillig kollektiv förvaltning. Systemet bygger på en överenskommelse mellan förvaltningsorganisationer som företräder manusförfattare, regissörer och huvudrollsinnehavare på ena sidan och organisationer som företräder producenter, distributörer och sändarföretag på andra sidan. Enligt en nyligen gjord utvärdering har det frivilliga systemet inte fallit väl ut; det är administrativt mycket komplext och betungande, har en ofullständig omfattning och är problematiskt att verkställa. Som en konsekvens av dessa bedömningar har de ansvariga statsråden i den nederländska regeringen meddelat att de kommer att lägga fram ett förslag som innebär att den nämnda rätten att få en proportionerlig och skälig ersättning omfattar även förfoganden som innebär att en film tillhandahålls på begäran.

8.4 Överväganden om en s.k. oavvislig ersättningsrätt

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

En rätt av det slaget kan inte anses vara ägnad att i större utsträckning tillförsäkra att upphovsmän och utövande konstnärer får en ersättning som är skälig när verk och framföranden tillhandahålls på begäran av enskilda. I stället finns det tydliga risker för att förutsättningarna för många av dem sammantaget påverkas i negativ riktning.

Innebörden av en s.k. oavvislig ersättningsrätt

Enligt direktiven ska utredningen som sagt ta ställning till om det finns behov av och är lämpligt att för upphovsmän och utövande konstnärer införa en sådan rätt som har kommit att kallas oavvislig ersättningsrätt. Frågan är då till att börja med vad som avses med en ersättningsrätt som ”inte kan avvisas”.

Av direktiven framgår att det skulle handla om en rätt till ersättning som kan riktas mot den som på begäran tillgängliggör ett verk eller ett framförande för allmänheten. Detta skulle gälla oavsett om denne är upphovsmannens eller den utövande konstnärens avtalspart

eller om det i stället är någon som i ett senare led har förvärvat rättigheten. Vidare skulle ersättningen betalas av denne oberoende av vad avtalsparterna har kommit överens om vid överlåtelsen av rättigheten. Det skulle inte vara tillåtet att avstå från eller överlåta denna rätt till ersättning. Ersättningen skulle krävas in av en kollektiv förvaltningsorganisation, som i sin tur skulle betala ut vad som erhållits till den berörda upphovsmannen eller utövande konstnären.

Uppdraget gäller alltså en lagstadgad rätt till särskild ersättning. Som denna beskrivs i direktiven skulle den kunna gälla till förmån för alla upphovsmannakategorier och kategorier av utövande konstnärer. Det utesluter inte att begränsningar av olika slag kan övervägas men samtidigt ska det beaktas att de olika grupperna så långt som möjligt ska behandlas lika.

Vidare framgår av direktiven att den rättighet som utredningen ska överväga förutsätts gälla när verket eller framförandet tillhandahålls på begäran av enskilda. Inte heller i dessa avseenden anges några begränsningar. Den lagstadgade rätten till ersättning skulle alltså kunna gälla i alla situationer när materialet används på ett sätt som omfattas av ensamrätten i denna del. Den skulle inte heller behöva vara begränsad till vissa kategorier av verk och skyddade prestationer. Direktiven utesluter dock inte att begränsningar i dessa avseenden övervägs. Det ska samtidigt beaktas att även de nu angivna kategorierna i största möjliga mån bör behandlas lika. På motsvarande sätt är det en rimlig utgångspunkt att olika typer av förfoganden likabehandlas, bland annat för att det inte sällan kan vara närmast lagtekniska tillfälligheter som avgör vilken del av ensamrätten som ett förfogande ska hänföras till.

I direktiven sägs visserligen inte att den rättighet som utredningen ska överväga ska förutsätta att användningen sker med den ursprungliga rättighetshavarens tillstånd. Som framgår i avsnitt 7.1 är direktiven emellertid tydligt inriktade just på sådana situationer. Det förutsätts alltså att den betalningsskyldige på något sätt kan härleda sin rätt att tillhandahålla verket eller framförandet på begäran till en överlåtelse som den ursprungliga rättighetshavaren har gjort.

Det anförda innebär att den centrala beståndsdel i denna rätt är att betalningsskyldigheten ska föreligga inte bara för rättighetshavarens avtalspart utan även för den som i ett senare led, från någon annan, har förvärvat rätt att använda verket eller prestationen och som alltså inte står i något avtalsförhållande med rättighetshavaren.

Upphovsmannen eller den utövande konstnären ska alltså kunna rikta ett krav på betalning direkt mot denne. Det kan anmärkas att, eftersom en överlåtelse kan ske i flera led, frågan uppkommer om betalningskrav då ska kunna riktas mot samtliga de parter som förekommer i ledet eller bara den siste användaren.

Ytterligare grunddrag är att rätten ska vara tvingande och föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Ännu ett utmärkande inslag är att betalningsskyldigheten inte ska inverka på möjligheten att använda materialet. Det ska observeras att rätten alltså, till skillnad från exempelvis följerrätten eller privatkopieringsersättningen, ska föreligga jämsides med ensamrätten. Samtidigt som den aktuella rätten till ersättning ska vara oberoende av villkoren för förvärvet förutsätter den alltså att användaren har förvärvat en rätt att förfoga över materialet och tar sikte på just användning som förvärvet omfattar. Kännetecknande för denna rätt blir därmed att den är oberoende av villkoren för förvärvet på samma gång som man i praktiken inte kommer ifrån att den ändå måste förhållas till ensamrätten och de villkor som gäller för de enskilda överlåtelseerna. I sammanhanget ska även uppmärksammas att den diskuterade rätten skulle föreligga vid sidan av och i tillägg till den rätt till ersättning som följer av artiklarna 18 och 20 i DSM-direktivet (se avsnitt 3.8).⁴⁰

De yttre ramarna för den rättighet som utredningen ska överväga är på så sätt i och för sig ganska klara. Det finns samtidigt aspekter av den tänkta rättigheten som är mera svårångade.

Av den beskrivning som anges i direktiven framgår exempelvis inte hur ersättningen egentligen närmare ska bestämmas. Mot bakgrund av den diskussion som har förekommit kan dock slutsatsen dras att det ska handla om en ersättning som kan sägas komplettera den ersättning som rättighetshavaren har avtalat om vid rättighetens övergång; den ska gälla utöver den rätt till ersättning som finns enligt avtalet med exempelvis en producent eller ett förlag.

Vilka närmare omständigheter som bör läggas till grund för att bestämma ersättningen (framför allt beloppet) är i många avseenden en öppen fråga. En utgångspunkt får antas vara att ersättningen ska vara skälig med hänsyn till de intäkter som den aktuella användaren har haft till följd av rätten att utnyttja verket. Det förhållandet att

⁴⁰ Det ska erinras om att ensamrätten att tillhandahålla verk och upptagningar av framföranden på begäran följer av infosoc-direktivet, se artikel 3. Det är alltså inte aktuellt att överväga ändringar som innebär att en ersättningsrätt införs i ensamrättens ställe.

användningen kan föregås av flera överlåtelse, inklusive avtalsförhållanden mellan andra parter än de som skulle träffas av den lagstadgade rätten, ger upphov till flera frågor. Det är bland annat oklart om hänsyn ska tas till den ersättning som upphovsmannen eller den utövande konstnären har fått i ett tidigare förvärsled. Om en tidigare betalning ska beaktas, uppkommer därtill frågan vilken betydelsen den bör ges när man bestämmer den senare ersättningen.

Den uppfattning om en oavvislig ersättningsrätt som ligger närmast till hands är alltså att ersättningens huvudsakliga funktion är att kunna fylla ut, komplettera, den ersättning som parterna har avtalat om. En möjlighet är att den ursprunglige rättighetshavaren ska få ytterligare ersättning, utöver avtalet, under förutsättning att den avtalade ersättningen inte är skäligen med hänsyn till bl.a. de intäkter som användningen ger upphov till. Man kan exempelvis tänka sig att användningen har genererat större intäkter eller kommit till mer omfattande användning än vad som rimligen kunde förutsättas vid överlåtelsen. Men det är också möjligt att förhållandena vid avtals-tidpunkten bör sakna betydelse. Avgörande skulle i stället kunna vara om den samlade ersättningen över huvud taget står i rimlig proportion till den ekonomiska betydelse som materialet visar sig ha. Det kan alltså vara så att man tvingas bortse från vad rättighetshavaren rimligen kunde förutsätta vid avtalets ingående. Mot en sådan ordning kan invändas att det inte är rimligt att tredje man får bära risken för förutsättningar som rättighetshavaren hade anledning att ta med i beräkningen när överlåtelsen ägde rum.

En möjlighet som har nämnts är att i stället utforma regleringen på så sätt att rätten till ersättning tillkommer upphovsmän och utövande konstnärer som kollektiv.⁴¹ Rätten skulle då ta sikte på att säkerställa att kollektivet får en andel av användarnas intäkter. Och det skulle vara upp till kollektivet (i praktiken de kollektiva organisationernas medlemmar) att besluta om principer för den inbördes fördelningen.⁴² Det skulle alltså handla om en rätt som principiellt inte

⁴¹ Jfr den rätt till ersättning som ska tillkomma upphovsmän vars verk ingår i en presspublikation enligt vad som föreslås i promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30) s. 111–125.

⁴² Tanken är att ersättningens storlek ska avgöras i förhandlingar mellan, å ena sidan, de organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer och, å andra sidan, de användare som är betalningsskyldiga. När det gäller den inbördes fördelningen är tanken att rättighetshavare ska få en ersättning som varierar beroende på användningens omfattning, så att rättighetshavare till verk eller framföranden som streamas många gånger får en större del av ersättningen än innehavare av rättigheter till verk eller framföranden som inte streamas lika ofta.

innehas av de enskilda rättighetshavarna. Beaktansvärt är att rätten över huvud taget inte skulle knyta an till vare sig de enskilda överlåtelseerna eller villkoren för dessa. Det ska uppmärksammas att en sådan rätt inte främst syftar till att säkerställa en ersättning som är skälig med hänsyn till det ekonomiska värdet av det enskilda verket eller framförandet. I stället är tanken närmast att en relativt sett större mängd av de intäkter som användningen av materialet genererar ska komma kollektivet till godo, utan att betalningen har någon närmare koppling till omständigheter av det slag som normalt sett är förknippade med skälighetsprövningar i ett förmögenhetsrättsligt sammanhang. Ersättningen skulle exempelvis bestämmas oberoende av om det föreligger ett missförhållande mellan en avtalad ersättning och värdet av det överlåtna. Det skulle därmed helt sakna betydelse om den enskilda rättighetshavaren redan har rätt till en ersättning som är skälig enligt avtal med användaren eller någon tidigare förvärvare, eller om rättighetshavaren inte har en sådana rätt. Det skulle alltså inte handla om en rätt som säkerställer balansen i rättighetshavarnas avtalsrelationer i och för sig. Med en sådan utformning är rätten beskaffad snarare som en slags avgift grundad på omsättning än som ett egentligt vederlag eller honorar för en konkret prestation. Således skulle rätten, i synnerhet med den beskaffenhet som diskuteras här, sakna betydelse som förstärkning av upphovsmäns och utövande konstnärers ställning som avtalsparter.⁴³ En möjlig fördel är att upphovsmän och utövande konstnärer i princip garanteras åtminstone en viss ytterligare ersättning när materialet kommer till användning. Men inte heller med denna utformning får man rätt till en skälig ersättning i och för sig (t.ex. skulle överlåtelsens omfattning, värdet av det överlåtna och den avtalade ersättningen sakna betydelse).

Under utredningsarbetet har det talats om ytterligare en annan utformning. Enligt denna skulle rätten till ersättning visserligen tillkomma de enskilda rättighetshavarna men i övrigt skulle grundragen i den nyss redovisade kollektiva ordningen bestå. Därmed

⁴³ En rätt av detta snitt har vissa likheter med en särskild ordning som övervägdes av Auktoritetskommittén. Frågan var om utövande konstnärer i likhet med vad som gällde för upphovsmän skulle erhålla ett privaträttslig skydd för sina prestationer eller om man – i enlighet med vad som hade föreslagits i Norge – i stället borde införa en ordning där användare betalar en avgift till en fond, vilken i första hand används till stöd för utövande konstnärer och deras efterlevande. Enligt kommittén borde lagstiftningen i Sverige utformas så, att konstnärerna fick en subjektiv rätt av privaträttslig natur (ett synsätt som det nuvarande regelverket alltså bygger på). Det skyddsvärda bedömdes nämligen vara den enskilde konstnärens tolkning av verket, vilket ansågs innebära att de utövande konstnärerna hade en verklig rättsgrund för sina anspråk. Se SOU 1956:25 s. 369–371.

skulle ersättningen bestämmas utan att hänsyn tas till vad varje enskild rättighetshavare har fått i ersättning vid överlåtelsen. Efter förhandling mellan organisationen och användaren skulle ersättningen bestämmas till en viss andel av användarens intäkter. Ersättningens storlek skulle variera beroende på exempelvis mängden musik och värdet av denna i leverantörens verksamhet. Därefter skulle ersättningen fördelas mellan olika inspelningar beroende på den omfattning i vilka dessa har kommit till användning. Det skulle vara upp till kollektivet att besluta om principer för den inbördes fördelningen mellan de som medverkar vid en och samma inspelning.

Oavsett vilka närmare omständigheter som bör läggas till grund för att bestämma ersättningen kan det sägas att regleringens tillämpning i praktiken skulle kunna leda, om inte till en slags jämkning av de avtalade ersättningsvillkoren, närmast till en komplettering av de avtalade villkoren till förmån för den ursprungliga rättighetshavaren. I någon mån skulle regleringen därmed ha likheter med general-klausulen i 36 § avtalslagen, som anger att ett avtalsvillkor får jämkas om det är oskäligt med hänsyn till förhållanden som inträffar efter avtalets tillkomst. Men en helt avgörande skillnad blir naturligtvis att den diskuterade rätten inte knyter an till något avtalsförhållande (trots att den alltså förutsätts att ett sådant förhållande föreligger). Kompletteringen skulle inte principiellt ha sin utgångspunkt i några avtalsvillkor och den skulle inte heller kunna resultera i en justering av sådana villkor.

Hela idén med den diskuterade rätten är att den betalnings-skyldige är någon annan än avtalsparten, dvs. tredje man, någon som inte står i ett avtalsförhållande med den som har rätt till betalning. Tanken är att därmed åstadkomma en ordning som efterliknar, och kanske ytterst framtvingar, ett avtalsförhållande mellan de ursprungliga rättighetshavarna och de senare användare som i praktiken utnyttjar materialet och drar mera direkt nytta av användningen. Detta är också något som vissa av utredningens experter har betonat särskilt. På det sättet är det tänkt att rättighetshavarnas ersättningar ska kunna variera beroende på användningens omfattning, oavsett vad villkoren för överlåtelsen anger.

Samtidigt ska alltså de avtal om användningen som såväl rättighetshavaren som den tredje mannen faktiskt har ingått principiellt sett sakna betydelse för betalningsskyldigheten. Ersättningsrätten skulle alltså vara oberoende av de två praktiskt vanliga avtalsförhållanden

som föregår och avser användningen, dvs. dels avtalet mellan den ursprunglige rättighetshavaren och en producent (t.ex. ett musikbolag eller en filmproducent) eller ett förlag, dels avtalet mellan producenten eller förlaget och användaren (t.ex. en leverantör av streamingtjänster). En av flera följder är att rättighetshavaren kan ha avtalat om en rätt till ersättning som inte är skälig, utan att det förhållandet i och för sig ger rätt till ytterligare ersättning med stöd av den oavvisliga ersättningsrätten.⁴⁴

Som anges i det föregående är det inte självklart vilken betydelse man bör tillmäta en ersättning som har betalats i enlighet med den ursprungliga överlåtelsen. Men som framgår ligger det nära till hands att beakta den ersättningen på ett eller annat sätt (annat än om det som diskuteras är en rätt som tillkommer kollektivet). Det kan tilläggas att man i det sammanhanget behöver inordna inte bara den ersättning som faktiskt har betalats utan även andra aspekter av den avtalade ersättningen. Man bör exempelvis ta ställning till vilken betydelse – om någon alls – det ska ha att den ursprunglige rättighetshavaren inte har fått den avtalade ersättningen eller för lite betalt av den ursprunglige förvärvaren. Likaså bör övervägas betydelsen av att den avtalade ersättningen är oskälig och kan jämkas till förmån för den ursprunglige rättighetshavaren med stöd av generalklausulen i 36 § avtalslagen. På ett liknande sätt bör den diskuterade rätten ställas i förhållande till den rätt till ersättning som föreskrivs i artiklarna 18 och 20 i DSM-direktivet. Frågan är om rättighetshavaren kan avstå från att göra de angivna rättigheterna gällande för att i stället skaffa sig möjlighet till en högre ersättning med stöd av den diskuterade rätten. De skäl som anförs till stöd för att en oavvislig ersättningsrätt införs kan inte läggas till grund för någon säker slutsats om hur det är tänkt att den ska utformas i dessa avseenden. Det förhållandet att den ur-

⁴⁴ Det ligger nära till hands att jämföra rätten med en direktkravsrätt, närmare bestämt med en lagstadgad och självständig rätt till betalning från någon i ett senare led och oberoende av ett mellanliggande avtalsled. En ersättningsrätt av detta slag skulle ju innebära att en upphovsman eller en utövande konstnär, i egenskap av fordringsägare, har rätt att hoppa över ett avtalsled och vända sig direkt mot en senare förvärvare med ett krav på betalning som kan sägas ha sin grund i ett tidigare avtalsled. Rätten skulle alltså kunna sägas innebära en möjlighet att kräva betalning utan hänsyn till att fordringen har sin grund i ett specifikt avtalsförhållande. Man skulle visserligen kunna invända att fordringen inte har sin grund i den ursprungliga överlåtelsen och anse att den helt enkelt är oberoende därav. Men ett sådant synsätt är inte rättvisande. Nästan oavsett hur ersättningsrätten utformas skulle den stå i något samband med den ursprungliga överlåtelsen. För det första skulle det krävas att användaren kan härleda sin användning till överlåtelsen. För det andra skulle den ersättning som följer av överlåtelsen på ett eller annat sätt rimligen behöva påverka dels om det föreligger någon rätt till ytterligare ersättning, dels hur ersättningens storlek ska bestämmas.

sprungliga rättighetshavaren ska garanteras en viss ersättning kan anses tala för att rättighetshavaren bör få kräva ersättning av användaren oaktat vad en tidigare förvärvare är skyldig att betala. Mot en sådan utformning kan anses tala att det förutsätts att ersättningen står i proportion till användningen.

En annan fråga är hur man bör se på förhållandet mellan å ena sidan användarens ersättningsskyldighet enligt den lagstadgade rätten till ersättning och å andra sidan en eventuell ersättningsskyldighet som användaren har i förhållande till någon annan på grund av sitt förvärv. Det kan exempelvis tänkas att den senare förvärvarens betalning för förvärvet motsvarar vad som kan anses vara rimlig för de intäkter som användningen har genererat och att en skyldighet att betala ytterligare ersättning av det skälet skulle vara svår att försvara. Det kan på liknande sätt tänkas att användaren har gjort andra investeringar som varit avgörande för de intäkter som materialet har kunnat generera.⁴⁵

Sammanfattningsvis framgår av det föregående att en oavvislig ersättningsrätt skulle riskera att vara beskaffad så, att en senare förvärvare blir skyldig att erlagga ytterligare ersättning oaktat att denne redan har betalat en skälig ersättning för sin användning. Och detta samtidigt som rätten kan leda till att vissa upphovsmän och utövande konstnärer inte får rätt till en ersättning som sammantaget är skälig medan andra möjligen kan kräva ytterligare betalt trots att de redan har blivit ersatta med ett skäligt belopp.

Enligt utredningens mening är det svårt att acceptera en ordning som ger upphov till resultat av den karaktären. Följderna framstår inte som rimliga om man beaktar att ensamrätten tillkommer de enskilda rättighetshavarna och är av förmögenhetsrättsligt slag. Det gäller i princip oaktat om regleringen utformas som en rätt som tillkommer de enskilda rättighetshavarna eller kollektivet, även om förutsättningarna för att dämpa vissa av de negativa konsekvenserna generellt sett är något bättre med en individuell rätt.

Även bortsett från detta och på ett mera allmänt plan skulle en ersättningsrätt av detta slag vara, inte bara ganska främmande för det svenska immaterialrättsliga systemet, utan också svår att förena med allmänna förmögenhetsrättsliga tankegångar.

⁴⁵ Det finns ytterligare frågor som skulle behöva övervägas närmare. En är när betalning ska ske. En annan gäller möjligheten för upphovsmän och utövande konstnärer att ställa sig utanför den kollektiva förvaltningen. Ytterligare en fråga är vad som ska gälla i fråga om utnyttjanden som sker med stöd av en avtalslicens. En särskild fråga rör möjligheterna att bidra till s.k. öppet innehåll (t.ex. på Wikipedia eller enligt organisationen Creative Commons licenser).

Detta utesluter naturligtvis inte att en sådan ersättningsrätt ändå kan övervägas och införas, såvida behovet och nyttan av den väger tillräckligt tungt.

Behovet av en oavvislig ersättningsrätt

Som framgår av den föregående redogörelsen har frågan om det ska införas en oavvislig ersättningsrätt samband med upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få en skälig ersättning när de överlåter sin ensamrätt att tillhandahålla verk och framföranden på begäran. I sammanhanget har det framförts att upphovsmän och utövande konstnärer har en svag förhandlingsposition och att de därmed ofta inte får tillräckligt betalt. Direktiven är inriktade på frågan om en oavvislig ersättningsrätt behövs för att i tillräcklig utsträckning säkerställa att upphovsmän och utövande konstnärer får en skälig ersättning i dessa situationer.

I avsnitt 7.2 framgår att upphovsmän och utövande konstnärer har en ensamrätt och att denna är helt avgörande för deras möjligheter att ställa upp villkor som de anser är fördelaktiga när de tillåter att någon annan tillhandahåller deras verk och framföranden på begäran av enskilda. Enligt många av de avtal som förekommer, såväl branschavtal som individuella avtal, har de dessutom rätt till en ersättning som i stor utsträckning står i samband med den faktiska användningen när materialet tillhandahålls på begäran av enskilda (se avsnitt 7.3). Villkoren är inte sällan kollektivt förhandlade och kan generellt sett göra det lättare för rättighetshavare att avtala om en rimlig ersättning.

Det kan även erinras om att upphovsrättslagen innehåller flera bestämmelser som på olika sätt syftar till att skydda upphovsmän och utövande konstnärer mot mindre väl genomtänkta överlåtelser och otydligt formulerade villkor (se avsnitt 7.2). Även den s.k. specialitetsgrundsatsen, som något förenklat innebär att omfattningen av en överlåtelse ska tolkas restriktivt, har betydelse som skydd i vissa situationer. Härtill ska det framhållas att generalklausulen i 36 § avtalslagen är tillämplig på avtal om överlåtelser av upphovsrätt och närstående rättigheter. Det ska också erinras om de bestämmelser som har föreslagits för att genomföra ersättningskapitlet i DSM-direktivet (se avsnitt 3.8).

Samtidigt är verkligheten sådan att det stora flertalet upphovsmän och utövande konstnärer i regel får förhållandevis låga belopp

i ersättning när deras prestationer tillhandahålls på begäran, något som särskilt har lyfts fram i den allmänna debatten. För de allra flesta är det svårt att trygga sin försörjning endast med hjälp av intäkter från den delen av ensamrätten. Som framgår kan detta emellertid inte i sig läggas till grund för slutsatsen att de ersättningar som betalas inte är skäliga. Det kan allmänt sett vara så att ersättningarna på ett rimligt sätt speglar det ekonomiska värdet av de olika verk och framföranden som tillhandahålls på begäran. Förklaringen till ersättningsnivåernas storlek kan många gånger finnas i omständigheter som inte i första hand kan förebrås vare sig avtalens innehåll eller förhållanden vid avtalens tillkomst, exempelvis de mera allmänna marknadsförhållandena. Se mer i avsnitt 7.6. Det förhållandet att många upphovsmän och utövande konstnärer får låga ersättningar behöver alltså inte i och för sig betyda att det förekommer missbruk av avtalsfriheten.

Som framgår i avsnitt 7.3 finns det dock särskilda grupper som i regel överlåter sin ensamrätt i utbyte mot en engångsersättning. Under utredningsarbetet har förutsättningarna för studiomusiker framhållits särskilt. Här förtjänar även att nämnas översättare av allmänlitteratur, inläsare av ljudböcker och vissa illustratörer av böcker, som alla i regel får engångsersättningar. Villkoren har i dessa fall sällan varit föremål för kollektiva förhandlingar.⁴⁶ Många gånger är det dessutom fråga om förhållandevis låga ersättningsbelopp.

Orimligt låga ersättningsnivåer riskerar att underminera de ekonomiska incitament och villkor som krävs för att upphovsmän och utövande konstnärer alls ska ägna sig åt sina verksamheter. Ogynnsamma ekonomiska villkor skulle kunna medföra att musiker, översättare, inläsare av ljudböcker och illustratörer av böcker väljer att ägna sig åt annan verksamhet och att rekryteringen av sådana aktörer därmed försvåras. En sådan utveckling är knappast förenlig med det upphovsrättsliga regelverkets grundläggande syfte.

Samtidigt är det så att även avtal som innebär lägre ersättningsbelopp kan innebära en rättvis avvägning. När man bedömer betydelsen av de ersättningar som dessa aktörer får måste hänsyn tas till att deras insatser ofta tillkommer under medverkan av fler personer och att värdet av deras bidrag sällan är av mera överordnat slag.

Det ska framhållas att det naturligtvis lär förekomma avtal där ersättningsvillkoren även vid en totalbedömning av parternas rättig-

⁴⁶ Ett undantag är Författarförbundets och Storysides avtal om minimiersättningar för inläsare av ljudböcker.

heter och skyldigheter får anses ge uttryck för en snedbelastning till nackdel för upphovsmannen eller den utövande konstnären. Av olika skäl kan de inta en underlägsen ställning i förhållande till den som förvärvar rättigheterna, vilket kan leda till att de accepterar ett avtal med alltför ofördelaktiga villkor. Ibland kan villkoren vara mer eller mindre ensidigt dikterade av en förvärvare med förhandlingsmässigt överlägsen ställning, som i kraft därav kan dra ekonomiska fördelar av överlåtelsen på bekostnad av rättighetshavaren. Som framgår kan det även hända att avtalsvillkoren framstår som mindre fördelaktiga – eller rentav oskäliga – på grund av förhållanden som inträffar efter avtalets tillkomst. Risken är tydligast när en engångsersättning har avtalats samtidigt som avtalet gäller under praktisk taget obegränsad tid. Ibland har parterna haft rimliga möjligheter att räkna med de ekonomiska konsekvenserna av ersättningsvillkoren, medan förhållandena andra gånger är sådana att resultatet inte rimligen har kunnat förutses. 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. Utredningens experter ger också uttryck för erfarenheter som i viss mån skiljer sig åt och betonar ibland skilda aspekter. Enligt utredningens mening är det emellertid klart att risken för orimliga ersättningar eller utfall inte är obetydlig (se mer i avsnitt 7.7).

Vid en samlad bedömning av dessa förhållanden är det svårt att se att det skulle finnas något mera påtagligt och utbrett generellt behov av regler om en oavvislig ersättningsrätt för att säkerställa att upphovsmän och utövande konstnärer får en skälig ersättning när deras verk och framföranden tillhandahålls på begäran. Men samtidigt förekommer det alltså vissa svårigheter, som främst har att göra med att det finns en nära nog inneboende risk för att upphovsmän och utövande konstnärer – till följd av den underlägsna ställning som de ofta har – ingår avtal med ersättningsvillkor som kan ifrågasättas eller visar sig leda till resultat som inte kan godtas. De bestämmelser som har föreslagits för att genomföra ersättningskapitlet i DSM-direktivet kommer sannolikt att få betydelse i sådana situationer. Inte minst gäller det den föreslagna rätten till skälig ersättning och ytterligare skälig ersättning (se avsnitt 3.8 och 9.2).

Möjligen skulle även en oavvislig ersättningsrätt kunna ge ett visst skydd för upphovsmän och utövande konstnärer och göra att de vid-

känns bättre förutsättningar att få en rimlig ersättning. Frågan blir därmed vilken nytta som en reglering av detta slag kan antas föra med sig.

Nyttan av en oavvislig ersättningsrätt

Som framgår i avsnitt 7.8 kan de ekonomiska förutsättningar under vilka förvärvare av upphovsrättsligt skyddat material är verksamma vara avgörande för upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning. Producenter, förlag och andra intressenter gör ofta investeringar för att ta fram och distribuera upphovsrättsligt skyddat material. Dessa investeringar är många gånger nödvändiga för att materialet ska komma till användning på sätt som medför att rättighetshavarna kan få ersättning. Även förhållandena hos en senare förvärvare har betydelse för den ersättning som upphovsmannen eller den utövande konstnären kan räkna med vid en överlåtelse av sin ensamrätt. Helhetsbilden måste alltså beaktas när nyttan av en oavvislig ersättningsrätt bedöms.

En oavvislig ersättningsrätt skulle medföra att den som tillhandahåller det skyddade materialet på begäran av enskilda måste räkna med möjligheten att behöva betala ersättning till de ursprungliga rättighetshavarna, trots att användaren inte är rättighetshavarens avtalspart. Ersättningen skulle komma som ett tillägg till den ersättning som användaren redan själv har betalat för att få använda materialet.

Denna ytterligare betalningsskyldighet kan naturligtvis antas göra användaren mindre villig att betala för sitt förvärv av ensamrätten. Leverantörer av streamingtjänster skulle kunna bli benägna att betala lägre ersättningar – eller ingen ersättning alls – vid sina förvärv från musikbolag, bokförlag och producenter av rörlig bild – eller rent av helt avstå från förvärven. En konsekvens skulle alltså kunna bli att dessa musikbolag, bokförlag och producenter får mindre betalt. Man kan rimligen utgå från att dessa aktörer då i sin tur inte gärna betalar så mycket när de från upphovsmän och utövande konstnärer förvärvar rätten att tillhandahålla materialet på begäran.⁴⁷

En oavvislig ersättningsrätt skulle på detta sätt sannolikt leda till en försämring av upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning när de överlåter sina rättigheter. Över huvud

⁴⁷ För ett liknande resonemang på köprättens område, se Herre och Ramberg, Konsumentköplagen (JUNO, version 5), avsnitt 1.6 Rättspolitiska synpunkter på konsumentköpsregleringen och frågan om tillämpning av dispositiv rätt på det oreglerade området.

taget skulle regleringen kunna verka avhållande på viljan att investera i upphovsrättsligt skyddat material. Detta skulle drabba de upphovsmän och utövande konstnärer som samarbetar med musikbolag, bokförlag och producenter av rörlig bild men troligen även de upphovsmän som är anslutna till Stim och de artister som träffar avtal med leverantörer av streamingtjänster för egen räkning.⁴⁸

I stället skulle de ha en lagstadgad rätt att få ersättning direkt från användaren. Frågan blir om detta skulle kompensera för den nämnda försämringen.

Som framgår finns det vissa oklarheter i fråga om hur ersättningen egentligen närmare ska bestämmas. Om den ska bestämmas i förhandlingar mellan kollektiva förvaltningsorganisationer och användarna, måste det beaktas att organisationernas förhandlingsposition kan antas bli svag. Organisationerna har visserligen en generell sett starkare förhandlingsposition än de enskilda rättighetshavarna. Men som framgår skulle förvärvarens rätt att använda materialet inte påverkas av den betalningsskyldighet som kan följa av en oavvislig ersättningsrätt. En användare kan alltså mycket väl avstå från att träffa en överenskommelse om ersättningen och ändå utnyttja materialet. Det talar för att användarna inte skulle ha något större incitament att förhandla om ersättningen. 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.

Man kan tänka sig olika sätt att komma runt eller lindra dessa följder. Ett alternativ är att i författning bestämma en tariff. Ämnet är sådant att denna då torde få regleras i lag och inte i förordning. Det finns emellertid tydliga nackdelar med en sådan ordning. Vad som är en rimlig ersättning varierar i stor utsträckning, såväl mellan olika sektorer som mellan olika typer av prestationer, samtidigt som ett tariffsystem nästan oundvikligen blir stelbent. Tillämpningen riskerar att leda till mindre godtagbara resultat i många fall.

⁴⁸ Liknande synpunkter fördes fram vid de offentliga samråd som redovisas i den konsekvensanalys som föregick DSM-direktivet. Synpunkterna anges särskilt ha kommit från upphovsmän och utövande konstnärer i länder med en stark tradition av kollektiv förhandling, se Impact assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD(2016) 301 final, del 2, s. 30.

Även om man antar att kollektiva avtal kommer till stånd och att parterna kan förhandla på jämbördiga styrkevillkor (vilket alltså är svårt att tänka sig) kvarstår betydande tvivel om ersättningsrättens nytta. Möjligen skulle vissa grupper, exempelvis studiomusiker, översättare, inläsare av ljudböcker och vissa illustratörer av böcker, därigenom få en bättre förhandlingsposition. Men det är ändå inte säkert att detta skulle leda till att de får märkbart högre ersättningar annat än i vissa enskilda fall. Som framgår av den tidigare redogörelsen är värdet av deras bidrag sällan av mera överordnat slag. Och användarnas villighet att betala för deras medverkan, något som ytterst beror på konsumenternas betalningsvilja, skulle under alla förhållanden villkora och sannolikt begränsa ersättningarnas storlek. I sammanhanget kan nämnas att exempelvis musikers och artisters kollektivt förvaltade rätt till ersättning inte ger upphov till en intäktsnivå och fördelning på gruppnivå som på något avgörande sätt skiljer sig från gruppens individuellt förvaltade rättigheter (se närmare i avsnitt 7.6). Också detta talar för att en kollektiv förvaltning inte säkert leder till vare sig högre intäkter eller en jämnare intäktsfördelning. Värt att notera är även att rättighetshavarna och deras organisationer skulle behöva förhålla sig till leverantörer av streamingtjänster som inte sällan har en stark position. Härtill kommer att det inte kan antas att det stora antalet upphovsmän och utövande konstnärer som redan är verksamma under kollektivt förhandlade villkor – t.ex. låtskrivare, regissörer, manusförfattare och skådespelare – skulle gynnas i någon nämnvärd utsträckning.

Ytterligare en aspekt är att regleringen skulle gälla endast för användning som sker i Sverige och att svenska verk och framföranden många gånger har sin största användning i utlandet.

Vidare bör det beaktas att högre ersättningar för en grupp kan leda till att andra grupper får mindre betalt. I den mån som exempelvis studiomusiker får högre ersättningar skulle viljan att ersätta artisterna kunna minska. Och på motsvarande sätt skulle högre ersättningar till studiomusiker eller artister kunna leda till att ersättningarna till låtskrivare minskar.

Det är självfallet svårt att mera exakt bestämma konsekvenserna av en oavvislig ersättningsrätt för olika upphovsmannakategorier och grupper av utövande konstnärer. Bland utredningens experter finns också delvis skilda uppfattningar i frågan. Till viss del skulle konsekvenserna variera beroende på den närmare utformningen av

regleringen, särskilt när det gäller vilka omständigheter som bör läggas till grund för att bestämma ersättningen. Om rätten till ersättning bara ska gälla när den avtalade ersättning inte kan anses vara skälig, är konsekvenserna sannolikt mer begränsade än om den ska gälla oaktat detta. Som ytterligare exempel kan nämnas skillnaden mellan en ordning där det har betydelse vad som rimligen kunde förutsättas vid överlåtelsen och en reglering som inte tar hänsyn till förhållanden av det slaget.

Av betydelse är också det förhållandet att de olika grupperna, även inom ett och samma område, kan vara verksamma under vitt skilda villkor. Också inom en och samma grupp kan förhållandena variera i betydande mån mellan olika branscher, genre och andra fält. Till exempel lär förutsättningarna för den som ljudsätter ett datorspel skilja sig väsentligt från villkoren för en studiomusikant och den som medverkar i en podcast har i regel andra utgångspunkter än den som läser in en ljudbok. På motsvarande sätt lär exempelvis poeter och deckarförfattare, instrumentalister skolade med klassisk inriktning och popsångare eller rapartister ofta kunna ha skilda premisser för sina aktiviteter. Det måste därtill beaktas att många upphovsmän och utövande konstnärer är anställda och får lön medan andra engageras för begränsade uppdrag eller bekostar sin produktion för egen räkning och ytterligare andra knyts till en verksamhet för flera eller mera långvariga projekt.

I detta sammanhang är det tillräckligt att konstatera att en oavvislig ersättningsrätt, oavsett regleringens närmare utformning, inte kan antas leda till en generell förbättring av upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få en ersättning som är skälig när deras prestationer tillhandahålls på begäran. Det finns samtidigt tydliga risker för att åtminstone ett beaktansvärt antal upphovsmän och utövande konstnärer skulle missgynnas av en ersättningsrätt av detta slag. Det sagda gäller även om rätten begränsas så, att den blir tillämplig endast under särskilda förutsättningar, t.ex. bara i fråga om utövande konstnärer och endast när konstnären har överlåtit rätten att tillhandahålla en ljudupptagning av ett framförande, låt vara att de negativa effekterna då skulle kunna få ett något mindre omfattande genomslag.

Slutsatsen blir alltså att en oavvislig ersättningsrätt inte kan anses vara ägnad att åstadkomma det resultat som man vill uppnå, nämligen att i större utsträckning tillförsäkra att upphovsmän och utövande

konstnärer får en ersättning som är skälig när verk och framföranden tillhandahålls på begäran av enskilda. Det är en aspekt som med styrka talar emot att införa en oavvislig ersättningsrätt.

Till detta ska läggas att det finns ytterligare nackdelar med en ersättningsrätt av detta slag.

Andra intressen

Som noteras i det föregående är vissa aspekter av en oavvislig ersättningsrätt mer eller mindre obestämda. Generellt kan det ändå sägas att regleringens tillämpning i praktiken skulle kunna leda till en slags jämkning eller komplettering av de avtalade ersättningsvillkoren till förmån för den ursprunglige rättighetshavaren. Utfyllnaden skulle i princip ske utan hänsyn till de avtalsförhållanden som ligger till grund för användningen. Dessutom skulle det vara i det närmaste omöjligt att på förhand avgöra storleken av de ersättningsbelopp som ska betalas efter ett förvärv. Användarens möjligheter att förutse de ekonomiska konsekvenserna av att tillhandahålla upphovsrättsligt skyddat material på begäran skulle alltså begränsas. Möjligen skulle vissa riktlinjer i praktiken utvecklas men man kommer nog ändå inte ifrån att ett visst mått av förutsebarhet skulle gå förlorat. Det bör även framhållas att möjligheten att få ersättning med stöd av den diskuterade rätten rimligen skulle föreligga även om de avtalade ersättningsvillkoren inte är oskäliga och därmed ge upphov till anspråk i ett stort antal situationer. I någon mån skulle rättssäkerhetsintressen därmed kunna bli lidande och den fria omsättningen hämmas.

En särskild aspekt av detta är att benägenheten att investera i framställningen av produkter som innehåller upphovsrättsligt skyddat material skulle kunna påverkas i negativ riktning. Leverantörer av streamingtjänster skulle kunna bli mindre intresserade att investera i exempelvis vissa audiovisuella produktioner redan på grund av osäkerheten om de kostnader som regleringen kan medföra. Det kan också hända att leverantörer skulle dra sig för att tillhandahålla visst material eller material från vissa aktörer. Ytterst skulle detta kunna få till följd att upphovsmän och utövande konstnärer får sämre förutsättningar att försörja sig med hjälp av intäkter från rätten att tillhandahålla sina prestationer på begäran av enskilda. En sådan utveckling är svår att förena med upphovsrättens övergripande syfte.

Det måste därtill ifrågasättas om det är rimligt att en senare förvärvare ska kompensera rättighetshavaren för att den ersättning som någon annan har avtalat om och betalat är för låg. Detta är tveksamt på ett principiellt plan och öppnar dessutom för att de ursprungliga avtalsparterna kan spekulera i att det är bättre att avtala om en lägre ersättning för att låta en senare förvärvare fylla ut den.

I tillägg till detta bör beaktas att den diskuterade rätten i praktiken innebär ett ingrepp eller en slags inskränkning i den enskilde rättighetshavarens möjligheter att överlåta ensamrätten på det sätt som han eller hon själv vill. Som framgår är det tänkt att rätten ska vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Att frågan om ersättning ska skötas av en kollektiv förvaltningsorganisation kan sägas vara det övergripande syftet med den diskuterade rätten. Man tänker sig att användarna ska förhålla sig till en organisation och att det därmed ska säkerställas att ersättningen inte bestäms på ojämlika styrkevillkor. Som framgår av det föregående kan en oavvislig ersättningsrätt emellertid inte antas leda till någon egentlig förstärkning. Dessutom skulle alltså de enskilda rättighetshavarnas möjligheter att fritt bestämma villkoren för överlåtelsen i praktiken hämmas av den diskuterade rättens förekomst.

I sammanhanget bör även uppmärksammas att det i svensk upphovsrätt av tradition har lämnats öppet för rättighetshavarna att själva bestämma hur de vill förvalta sina rättigheter, om det ska ske individuellt eller genom någon form av kollektiv förvaltning. Den upphovsrättsliga regleringens utgångspunkt är att individuella avtal ger parterna störst möjlighet att påverka villkoren och utforma avtalen utifrån båda parternas önskemål.⁴⁹ Det måste därför finnas tungt vägande skäl för att enskilda rättighetshavare genom lagstiftning ska fråntas sin rätt att på egen hand förfoga över sina individuella ensamrättigheter.

Som framgår av det föregående kan det emellertid inte antas att en oavvislig ersättningsrätt leder till någon beaktansvärd förstärkning av upphovsmännens och de utövande konstnärernas möjligheter att få ersättning. Snarare bör beaktas den påtagliga möjligheten att en ersättningsrätt av detta slag medför nackdelar för dem. Slutsatsen blir därför att ett avsteg från den angivna utgångspunkten är svårt att godta.

⁴⁹ Det är delvis en annan sak att man ibland har övervägt, och emellanåt valt, en annan ordning av hänsyn till de ersättningskyldiga och för att bespara dem ett stort antal ersättningskrav eller med beaktande av de praktiska möjligheterna att alls kunna träffa individuella avtal, se t.ex. prop. 1960/17 s. 249, prop. 1994/94:151 s. 21 och prop. 2012/13:141 s. 54.

Sammantagen bedömning

Sammanfattningsvis är det svårt att förena en oavvislig ersättningsrätt med förmögenhetsrättsliga grundtankar. Den diskuterade rätten tar inte gärna hänsyn till de avtal som reglerar användningen och kan därmed medföra att vissa rättighetshavare överkompenseras samtidigt som andra förblir ersatta med för låga belopp.

Till det ska läggas att rätten inte heller kan antas leda till en generell förbättring av upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få en skäligen ersättning när deras prestationer tillhandahålls på begäran. I stället finns det tydliga risker för att förutsättningarna för många av dem sammantaget påverkas i negativ riktning.

Därmed är det svårt att motivera en ordning som innebär att man lagstiftningsvägen fråntar upphovsmän och utövande konstnärer möjligheten att själva förfoga över rätten att tillhandahålla verk och framföranden på begäran av enskilda.

Mot den bakgrunden är det utredningens slutsats att det inte finns tillräckliga skäl att införa en sådan rätt som brukar benämnas oavvislig ersättningsrätt.

Frågan blir då om några andra åtgärder bör vidtas för att begränsa de problem som kan finnas.

9 Andra åtgärder

9.1 Uppdraget enligt kommittédirektiven

I avsnitt 8.4 gör utredningen bedömningen att det inte finns tillräckliga skäl att införa en s.k. oavvislig ersättningsrätt för upphovsmän och utövande konstnärer. Enligt direktiven ska utredningen ta ställning till om det finns behov av andra åtgärder när det gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter till ersättning för utnyttjanden som innebär att deras verk och framföranden tillhandahålls på begäran av enskilda.

De frågor som uppdraget gäller har aktualiserats i anslutning till DSM-direktivet. För att genomföra direktivet i svensk rätt har förslag lagts fram i promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30), se mer i avsnitt 3.8. Särskilt de delar av förslaget som syftar till att genomföra det s.k. ersättningskapitlet i DSM-direktivet (artiklarna 18–23) knyter an till utredningens uppdrag. Utredningens uppdrag har alltså beröringspunkter med frågor som regleras i direktivet och behandlas i promemorian.

Kommittédirektiven omfattar inte ett uppdrag att mera allmänt överväga åtgärder som gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning för utnyttjanden som innebär att deras prestationer tillhandahålls på begäran. Uppdraget gäller inte heller DSM-direktivets genomförande i svensk rätt, även om utredningen naturligtvis bör beakta genomförandearbetet. Enligt direktiven är uppdraget i stället inriktat närmast på frågan om det, vid sidan av de åtgärder som direktivets genomförande ger anledning till, behövs regler av annat slag än vad som följer av direktivets ersättningskapitel. Även praktiska lämplighetsskäl påkallar att utredningen så långt som möjligt avstår från förslag som mera direkt griper in i de frågor som behandlas i promemorian.

Som framgår innehåller utredningens uppdrag dessutom ytterligare begränsningar. Uppdraget gäller för det första bara upphovsmän och utövande konstnärer (och alltså inte framställare av fotografier eller andra rättighetshavare). För det andra gäller det endast deras möjligheter att få ersättning för utnyttjanden som berör rätten att tillhandahålla material på begäran av enskilda (och inte förfoganden av annat slag).

9.2 Frågor med koppling till DSM-direktivet

Bedömning: I en departementspromemoria har det föreslagits att upphovsmän och utövande konstnärer ska ha rätt till ytterligare skäligen ersättning under vissa förutsättningar.

Utredningen gör bedömningen att det inte finns tillräckliga skäl att komplettera den nämnda rätten så, att rättighetshavaren kan kräva den ytterligare ersättningen av någon annan än sin avtalspart.

Obligationsrättsliga bestämmelser medför en rimlig förstärkning

Som framgår i avsnitt 4.2 är det huvudsakliga syftet med upphovsrätten att stimulera konstnärligt och litterärt skapande liksom andra konstnärliga prestationer. Tanken är att detta ska främjas huvudsakligen genom en ordning med ensamrättigheter som kan överlåtas. På det sättet ska rättigheternas ekonomiska potential kunna realiseras och komma upphovsmännen och de utövande konstnärerna till godo. De får därmed väsentligt bättre förutsättningar att försörja sig på sin konstnärliga verksamhet, vilket i sin tur kan bidra till fortsatt skapande. Ytterst lägger detta grunden för ett rikt och mångfacetterat utbud av litterära och konstnärliga uttryck. Och därigenom blir upphovsrätten till nytta för samhället i stort. Det finns alltså starka skäl för att upphovsmän och utövande konstnärer bör ha ett gott skydd i dessa avseenden.

Det förhållandet att deras ensamrätt omfattar förfoganden som innebär att verk och framföranden tillhandahålls på begäran av enskilda innebär inte att de alltid kan avtala om en rimlig ersättning när de överlåter sin rätt. Villkoren för en överlåtelse kan bero på en mångfald av omständigheter.

En betydelsefull omständighet i sammanhanget är att en upphovsman eller en utövande konstnär av olika skäl kan ha en underlägsen ställning i förhållande till det företag som vill förvärva rättigheterna. Inte sällan står man främmande för affärsmässiga och ekonomiska överväganden och saknar den erfarenhet som krävs för att bedöma det ekonomiska värdet av sin ensamrätt. Man kan därtill befinna sig i en position som gör att man är starkt beroende av förbindelserna med en producent eller ett bokförlag för sin verksamhet och försörjning och därmed mottaglig för att acceptera de villkor som motparten ställer upp. Under sådana förhållanden finns det en beaktansvärd risk för att rätten att tillhandahålla material på begäran av enskilda överläts i utbyte mot en ersättning där skäligheten av den kan ifrågasättas.

I tillägg till de regler som gäller ensamrätten innehåller upphovsrättslagen ett flertal bestämmelser som syftar till att främja upphovsmäns och utövande konstnärers ställning när de överläter sina ensamrättigheter. Bestämmelserna stärker deras position men tar inte specifikt sikte på frågan om ersättningens skälighet (förutom i vissa fall som gäller överlåtelse av uthyrningsrätten). Den allmänna regeln om jämkning av oskäligen avtalsvillkor (36 § avtalslagen) erbjuder ett grundläggande skydd också på upphovsrättsområdet men gäller bara i fråga om villkor som är rent ut oskäligen. Regeln ger således bara ett begränsat utrymme för en prövning av om en viss avtalad ersättning är skäligen med hänsyn till det överlätnas ekonomiska värde eller kommande utfall.

Betydelsen av detta blir påtaglig när man beaktar att det ekonomiska värdet av förfoganden, som innebär att upphovsrättsligt skyddat material tillhandahålls på begäran av enskilda, många gånger är stort och att det tenderar att bli allt större, se avsnitt 5.2–5.5.

Som framgår i avsnitt 7.8 är det utredningens uppfattning att det upphovsrättsliga regelverket i rimlig utsträckning bör garantera att upphovsmän och utövande konstnärer får en skäligen ersättning när de tillåter att andra tillhandahåller deras verk och framföranden på begäran av enskilda. Samtidigt är det alltså så, att upphovsmännen och konstnärerna inte alltid har rätt till en sådan ersättning ens om saken skulle prövas av en domstol.

I promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30) har förslag lagts fram som syftar till att stärka upphovsmän och utövande konstnärer som avtalsparter. För att genomföra

artikel 18 i DSM-direktivet (om rätt till lämplig och proportionerlig ersättning) föreslår promemorian att det ska införas en bestämmelse som anger att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt till skäligen ersättning när de, till någon som avser att utnyttja rätten i förvärvsverksamhet, överlåter upphovsrätt eller rätten till ett framförande. Bestämmelsen ska gälla generellt vid överlåtelser av det slaget. Om bestämmelsen införs, kommer den således att gälla även i fråga om överlåtelser av rätten att tillhandahålla material på begäran av enskilda. Den i promemorian föreslagna bestämmelsen ger alltså rätt till skäligen ersättning och går därmed väsentlig längre än 36 § avtalslagen.

Enligt utredningens uppfattning är det principiellt viktigt att det på något vis kommer till uttryck i lagstiftningen att upphovsmän och utövande konstnärer har rätt till en ersättning som är skäligen, oaktat vad DSM-direktivet föreskriver. Dessutom är det en åtgärd som i rimlig utsträckning kan antas komma till rätta med de redovisade problemen. En reglering av det slag som föreslås i promemorian gör att domstol kan pröva om den ersättning som föreskrivs i avtalet är skäligen eller om det finns rätt till en högre ersättning. Och på det sättet får upphovsmän och utövande konstnärer goda möjligheter att vid en efterhandsprövning kräva en ersättning som står i rimlig överensstämmelse med det ekonomiska värdet av det som överläts, även om den avtalade ersättningen inte ger dem en sådan rätt. Till detta kommer att redan förekomsten av en lagstadgad rätt till skäligen ersättning naturligtvis lär leda till en påtaglig minskning av risken för avtal med ersättningsvillkor som inte är skäligen. I förlängningen främjar man därigenom de upphovsrättsliga regelverkets syften.

Kollektiva avtal är ett effektivt sätt att reglera ersättningsvillkoren

Som framgår i avsnitt 7.4 och 8.4 har upphovsmän och utövande konstnärer generellt sett goda möjligheter att få en rimlig ersättning när villkoren för en överlåtelse följer av ett kollektivt förhandlat avtal. Sannolikt är det en följd av att styrkeförhållandet mellan marknadens parter i regel är jämnt; organisationer som företräder rättighetshavare har i allmänhet de resurser och det kunnande som krävs för att kunna tillvarata sina medlemmars intressen på ett effektivt sätt i förhandlingar med användare och kan samordna medlemmarnas intressen. Organisationerna har således goda förutsättningar att träffa

avtal om ersättningsvillkor som är skäliga. Generellt sett är det alltså till fördel för upphovsmän och utövande konstnärer att villkoren för deras överlåtelse regleras i kollektiva avtal. Förekomsten av sådana avtal kan även antas bidra till att skapa förutsebara ekonomiska förutsättningar för de aktörer som är verksamma på området. Också detta kan antas gynna upphovsmän och utövande konstnärer, som får goda möjligheter att omsätta sina rättigheter och i förlängningen bättre möjligheter att realisera den ekonomiska potentialen av sina prestationer.

De fördelar som kollektivt förhandlade avtal för med sig lär i och för sig många gånger främja tillkomsten av sådana avtal. Den breda förekomsten av branschavtal kan antas vara ett resultat av detta. Samtidigt finns det områden där kollektiva avtal trots detta inte förekommer, t.ex. när det gäller studiomusikers medverkan i inspelningar. Man kan därför diskutera om tillkomsten av kollektiva avtal behöver ytterligare stimulans.

Förslagen i den nämnda departementspromemorian kan enligt utredningens uppfattning antas främja tillkomsten av kollektiva avtal. Redan det förhållandet att det införs bestämmelser om rätt till skälig ersättning kan sannolikt uppmuntra användare och deras organisationer att reglera ersättningsvillkoren i centrala avtal. Användarnas intresse av att ingå kollektiva avtal gör i sin tur att organisationernas förhandlingsposition blir starkare.

Det kan här till noteras att förslaget i promemorian bygger på synsättet att det normalt torde finnas anledning att utgå från att den avtalade ersättningen är skälig, om den stämmer överens med vad som är praxis i en viss bransch. Och att detta gäller särskilt om ersättningarna i branschen följer av centrala avtal där upphovsmännen har förhandlat gemensamt, t.ex. genom en fackförening.

Det som kommer till uttryck i promemorian innebär alltså en slags presumtion för att de ersättningsvillkor som följer av ett kollektivt förhandlat avtal är skäliga. Det är en inställning som utredningen delar och som sannolikt kan ge marknadens parter ett påtagligt incitament att träffa kollektiva avtal. Presumtionen har visserligen inte något uttryckligt stöd i den lagtext som föreslås med kan ändå antas få ett tillräckligt genomslag i praktiken.

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

I den berörda departementspromemorian finns ytterligare ett förslag som gäller rätten till ersättning. Det föreslås där att upphovsmän och utövande konstnärer ska ha rätt till ytterligare skäligen ersättning, om det senare kan konstateras att den avtalade ersättningen är opropor-tionerligt låg i förhållande till förvärvarens intäkter från utnyttjande av verket eller framförandet. Bestämmelsen bör ses i samband med att avtalen på det upphovsrättsliga området ofta är långvariga och att det allmänt sett är svårt att överblicka vad dessa kan medföra för framtiden (se avsnitt 7.7).

Den i promemorian föreslagna bestämmelsen ska genomföra artikel 20 i DSM-direktivet och ger en slags möjlighet att jämka den avtalade ersättningen till förmån för rättighetshavaren. Det torde här handla om ersättningens skälighet i ljuset av förhållanden som har inträffat efter avtalets ingående. Det mesta talar för att de om-ständigheter som ska beaktas vid en bedömning av denna rätt till ytterligare skäligen ersättning i princip är desamma som ska beaktas när bedömningen avser den grundläggande rätten till skäligen ersättning. I båda fallen ska hänsyn tas till den överlåtna rättens ekonomiska värde, inbegripet rättighetshavarens bidrag till detta. Skillnaden är att en bedömning av den grundläggande rätten till skäligen ersättning ska göras med utgångspunkt från förhållandena vid avtalets ingående och vad parterna då kunde förutsätta om det ekonomiska värdet av den rätt som överlåtelsen avser medan rätten till ytterligare skäligen ersättning kräver att man fäster avseende även vid senare inträffade förhållanden, särskilt förvärvarens intäkter från användningen. En annan viktig skillnad är att rätten till ytterligare skäligen ersättning torde förutsätta att det föreligger mer kvalificerade avvikelser från vad som är skäligen.

Förslaget i promemorian är en obligationsrättslig bestämmelse. Det innebär att den medför en rätt för upphovsmannen eller den utövande konstnären gentemot dennes avtalspart.

Som framgår i avsnitt 8.3 finns en motsvarande reglering i tysk och nederländsk rätt. Till skillnad från förslagen i promemorian innebär regleringen i dessa länder att även en senare förvärvare, dvs. någon som inte står i avtalsförhållande med rättighetshavaren, kan vara skyldig att betala den ytterligare ersättningen. Det handlar alltså om en rätt som kan göras gällande också mot en viss tredje man.

Frågan är om man nu bör ta steget och införa en motsvarande rätt för svensk del.

En rätt av detta slag gentemot en viss tredje man har påtagliga likheter med en oavvislig ersättningsrätt (se avsnitt 8.4).¹ Liksom en oavvislig ersättningsrätt innebär den att upphovsmannen eller den utövande konstnären får en rätt till ersättning som i princip kan göras gällande direkt mot användaren. En skillnad är att rätten aktualiseras först om det föreligger en mer kvalificerad avvikelse från vad som är skäligt; det krävs att den avtalade ersättningen visar sig vara oproportionerligt låg. Ytterligare en skillnad är att rätten inte tvunget behöver vara föremål för obligatorisk kollektiv förvaltning. Det förhållandet att rättighetshavarna själva skulle kunna bestämma hur de vill förvalta rätten, om det ska ske individuellt eller genom någon form av kollektiv förvaltning, är en fördel i jämförelse med en oavvislig ersättningsrätt. På det sättet står den nu diskuterade rätten i bättre överensstämmelse med de principer som styr upphovsrätten.

I vissa situationer kan det vara en fördel om rättighetshavaren får möjlighet att rikta anspråk mot ytterligare en aktör. Så kan exempelvis vara fallet om den ursprungliga förvärvaren inte kan anträffas eller är försatt i en ekonomisk situation som medför att denne inte kan tillgodose anspråket. Under utredningsarbetet har det emellertid inte framkommit att svårigheter av det slaget förekommer i någon beaktansvärd utsträckning. Kanske kan det även anses vara en fördel i fall när rättighetshavaren inte vill äventyra relationen till sin avtalspart och därför hellre vänder sig mot någon annan med ett ersättningsanspråk. En annan tänkbar vinst är att betalningsskyldigheten kan ankomma på den som i praktiken utnyttjar materialet och drar mera direkt nytta av användningen.

I övrigt blir många av de tveksamheter som en oavvislig ersättningsrätt medför aktuella även med den diskuterade rätten. I likhet med en oavvislig ersättningsrätt skulle den vara mer eller mindre oberoende av de avtal som ligger till grund för användningen. Även i detta sammanhang är därför en fråga om och på vilket sätt hänsyn ska tas till den ersättning som en senare förvärvare har betalat till sin avtalspart. En annan fråga är om endast intäkter från upphovsrättsligt relevanta förfoganden bör beaktas eller om även intäkter från exempelvis vidareöverlåtelser bör tas med i beräkningen. I sammanhanget kan

¹ En oavvislig ersättningsrätt kan liknas vid en rätt att göra den grundläggande rätten till skälig ersättning gällande mot en viss tredje man.

vidare noteras att regleringen i Tyskland och Nederländerna har tillämpats bara i ett fåtal fall och att dessa har blottlagt flera frågor som lagstiftningen inte har förmått lösa, något som har vållat svårigheter i tillämpningen.²

Många av de skäl som talar emot att införa en oavvislig ersättningsrätt är i grunden giltiga även här. På ungefär samma sätt som med en oavvislig ersättningsrätt kan det tänkas att förvärvare blir benägna att betala mindre vid det ursprungliga förvärvet och att investeringsviljan även mera allmän kan hämmas i någon mån. I detta hänseende är det en relativ fördel att den aktuella rätten inte skulle gälla i lika många fall. De negativa konsekvenserna skulle alltså inte få ett lika stort genomslag. Samtidigt kan en sådan rätt tänkas medföra att användare ändå får motta ett stort antal enskilda krav, särskilt om den inte är föremål för kollektiv förvaltning (obligatorisk eller frivillig).

Också här uppkommer därtill frågan om endast intäkter och andra förhållanden som inte rimligen kunde förutses vid avtalets ingående bör ha betydelse för rätten. Om så inte är fallet, bör beaktas att det är svårt att försvara en ordning som innebär att någon annan får bära risken för förutsättningar som rättighetshavaren hade anledning att ta med i beräkningen när överlåtelsen ägde rum. Detta talar med styrka emot att införa en rätt av det slaget. Och även om hänsyn ska tas endast till omständigheter som rättighetshavaren inte kunde förutse, är det tveksamt om rättighetshavaren skulle kunna få ytterligare ersättning i fler fall. Också beträffande krav som rättighetshavaren riktar mot någon annan än sin avtalspart skulle den överlåtna rättens ekonomiska värde rimligen vara styrande för om ytterligare ersättning ska betalas eller inte och med hur mycket. Förutsättningarna för att få ytterligare ersättning skulle alltså i grunden vara desamma i olika led. I princip skulle rätten därmed inte leda till att rättighetshavaren kan få en högre ersättning än med den rätt till ytterligare ersättning som föreslås i promemorian.

Slutsatsen blir alltså att den nu diskuterade rätten inte medför några tydliga fördelar i förhållande till den obligationsrättsliga utformning som föreslås i departementspromemorian. På ett principiellt plan kan det dessutom sättas i fråga om det är rimligt att en senare förvärvare ska ansvara för att kompensera rättighetshavaren för att

² I fråga om regleringen i Nederländerna, se t.ex. van Gompel m.fl., *Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht – Eindrapport* (2020) s. 37–45. I fråga om regleringen i Tyskland, se Wandtke och Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht* (2019) – kommentaren till § 32a UrhG.

den ersättning som någon annan har avtalat om och betalat visar sig vara alltför låg. Att missförhållanden mellan den avtalade ersättningen och rättighetens ekonomiska värde kan träda fram som en följd av vad den senare förvärvarens intäkter visar om värdet motiverar inte i sig att denne ska göras ansvarig för en ändring av den ersättning som någon annan har avtalat. Vidare bör beaktas risken för att avtalsparterna (eller någon av dem) spekulerar på tredje mans bekostnad. Liksom när det gäller en oavvislig ersättningsrätt gör den nu diskuterade rätten att parterna kan dra otillbörlig nytta av senare förvärvare genom att avtala om en lägre ersättning i förlitan på att den fylls ut av någon i ett senare led.

Utredningen gör därmed bedömningen att det inte finns tillräckliga skäl att införa en rätt att kräva ytterligare ersättning av någon annan än rättighetshavarens avtalspart.

Det kan noteras att flera av den diskuterade rättens avigsidor i grunden är förknippade med att den saknar ett tydligt samband med det avtal som ligger till grund för rätten att förfoga över materialet. Det är ju i avtalet som villkoren för förfogandet regleras. Och dessutom är tanken att rätten ska vara kopplad till just den förfoganderätt som följer av avtalet. I ljuset av detta blir det tydligt att bestämmelser som knyter an till de konkreta avtalsrelationerna, så som enligt förslagen i den nämnda promemorian, allmänt sett har jämförelsevis bättre förutsättningar att kunna leda till en ordning som gynnar rättighetshavare i enskilda fall samtidigt som man på ett generellt plan skapar goda möjligheter för en fungerande och förutsebar avtalsmarknad.

9.3 Överlåtelsens längd och förvärvarens ensamrätt

Förslag: När en utövande konstnär överlåter sin rätt att överföra ett framförande till allmänheten eller att framföra det offentligt, ska överlåtelsen gälla för en tid av tre år och inte medföra ensamrätt.

Detta ska dock tillämpas endast i den utsträckning något annat inte har avtalats och ska inte gälla när överlåtelsen avser ett filmverk.

Nuvarande bestämmelser

I upphovsrättslagen finns bestämmelser som på olika sätt syftar till att skydda upphovsmän och utövande konstnärer mot mindre väl genomtänkta överlåtelse och otydligt formulerade villkor. En av de frågor som behandlas är upphovsmannens möjlighet att, efter en överlåtelse, själv använda ett verk eller låta någon annan göra det. En annan fråga avser den tid under vilken överlåtelsen är giltig. Bestämmelserna gäller i situationer där det som överläts är rätten att överföra ett verk till allmänheten eller att framföra det offentligt. Principiellt är bestämmelserna tillämpliga på alla avtal av det slaget men filmverk är undantagna. Vad bestämmelserna föreskriver är att överlåtelsen gäller för en tid av tre år och att den inte medför ensamrätt men att parterna får avtala om avvikelser från detta (se 30 § och 27 § andra stycket).

Som konstateras i avsnitt 7.2 skyddar dessa bestämmelser upphovsmannen. Bestämmelsen om överlåtelsestiden skyddar upphovsmannen från att överlåta sin överföringsrätt eller framföranderätt under hela skyddstiden utan att först ha närmare övervägt betydelsen av detta. Detta är av särskild vikt när överlåtelsen avser en exklusiv rätt. Eftersom parterna måste avtala om avvikelser, medför bestämmelsen att de får ett incitament att behandla frågan när de förhandlar om villkoren för överlåtelsen. Därmed får de en möjlighet att värdera saken, dess ekonomiska relevans och betydelse i övrigt.

Bestämmelsen om beskaflenheten av förvärvarens rätt erbjuder ett liknande skydd. Upphovsmannen ges möjlighet att värdera betydelsen av att inte själv under överlåtelsestiden kunna använda verket eller ge någon annan tillstånd att göra det. Liksom överlåtelsestiden kan förvärvets exklusiva beskaflenhet ha ett nog så stort ekonomiskt värde, särskilt när avtalet sträcker sig över en längre tid.

Bestämmelserna bör gälla även i förhållande till utövande konstnärer

De nu redovisade reglerna gäller inte i fråga om utövande konstnärers framföranden. Det är rimligt att de inte är tillämpliga vid överlåtelse av rätt till direktöverföringar och offentliga framföranden av ljudupptagningar. Förfoganden av det slaget omfattas ju inte av den utövande konstnärrens ensamrätt.

Enligt utredningens mening är det däremot svårt att motivera att utövande konstnärer nu för tiden ska ha en sämre ställning än upphovsmän i fråga om andra överlåtelse, däribland av rätten att tillhandahålla den utövande konstnärens framföranden på begäran av enskilda.

Lagens förarbeten anger inte några skäl för att bestämmelserna inte gäller i förhållande till utövande konstnärer. Det kan uppmärksammas att utövande konstnärer samtidigt omfattas av andra liknande bestämmelser, t.ex. om att förvärvaren inte får överlåta rätten vidare (se 45 § tredje stycket som hänvisar till 27–29 §§). Det är tveksamt om det finns några sakliga skäl för att utövande konstnärer omfattas endast av det skydd som dessa andra bestämmelser erbjuder. Den sannolika anledningen till särbehandlingen är att utövande konstnärer inte hade någon generell ensamrätt att offentligt framföra ett inspelat framförande när regleringen kom till och att bestämmelserna, till skillnad från andra liknande bestämmelser, gällde endast situationer när överlåtelsen avsåg just framföranderätten. Det kan därför antas att bestämmelserna, som alltså numera gäller framföranderätten och överföringsrätten i stort, på den tiden saknade någon egentlig praktisk betydelse för deras rättigheter.

Det kan noteras att Upphovsrättsutredningen föreslog att reglerna skulle göras tillämpliga också i fråga om de rättigheter som tillkommer utövande konstnärer, se betänkandet *Avtalad upphovsrätt* (SOU 2010:24) s. 128, och att inga invändningar framfördes vid remissbehandlingen av förslaget. Det har dock inte lett till lagstiftning.

Enligt utredningens bedömning kan det antas att en reglering i dessa frågor har betydelse som skydd för utövande konstnärer på motsvarande sätt som i fråga om upphovsmän. Av särskild vikt i detta sammanhang är att bestämmelsernas tillämpning i förhållande till utövande konstnärer kan få betydelse för att komma till rätta med förekomsten av överlåtelse som inte dokumenteras, t.ex. när studiomusiker anlitas (se avsnitt 7.7). Genom att parterna får ett incitament att reglera överlåtelsens längd och förvärvarens ensamrätt, får de anledning att över huvud taget tänka igenom överlåtelsens omfattning och att reglera villkoren i ett skriftligt avtal. Rent allmänt främjar man därigenom de utövande konstnärernas möjligheter att avtala om rimliga villkor. Genom att fästa uppmärksamhet vid överlåtelsestiden får konstnären bättre möjligheter att hantera en svåröverblickbar situation, t.ex. när det gäller vilket ekonomiskt värde som den överlåtna rätten kan ha i ett längre perspektiv. När parterna från början

vill avtala om en längre överlåtelseperiod, får de därmed en tydligare uppmuntran att reglera hur ersättningen ska bestämmas i händelse av att rättigheten visar sig representera ett högre ekonomiskt värde. Och ifall den utövande konstnären inte från början vill avtala om en längre överlåtelseperiod, kan han eller hon i stället bestämma villkoren för en ny överlåtelseperiod med beaktande av vad som kan ha framkommit om den överlåtna rättens ekonomiska värde, t.ex. utifrån de intäkter som användningen har genererat under den första överlåtelseperioden. På de angivna sätten får utövande konstnärer alltså bättre möjligheter att avtala om en ersättning som, också över tid, står i rimlig överensstämmelse med det ekonomiska värdet av det som överlåts.

Samtidigt ska det beaktas att regleringen får effekter som i vissa fall kan vara negativa för de som förvärvar rätt att tillgängliggöra framföranden och, i viss mån, även för andra som bidrar med verk och andra prestationer till exempelvis en inspelning. I sammanhanget ska hänsyn tas till att förvärvaren inte alltid är ett bolag med etablerade rutiner för avtalsskrivning; många gånger är det i stället enskilda artister som ordnar musikinspelningar och anlitar studiomusiker. En allmängiltig konsekvens är att den utövande konstnär som har överlåtit sin rätt är oförhindrad att själv använda framförandet eller låta någon annan använda det, om parterna inte har avtalat om en exklusiv rätt. Något större praktisk betydelse har detta emellertid inte, eftersom användningen ju normalt förutsätter att den utövande konstnären innehar även rätten till själva upptagningen. En annan och praktiskt mer betydelsefull följd är att förvärvaren går miste om rätten att använda framförandet på de angivna sätten efter tre år, om inte parterna har avtalat om att överlåtelsen gäller under en längre tid. Det innebär att den utövande konstnären kan motsätta sig att exempelvis en musikinspelning används, och detta oavsett hur andra medverkande ser på saken. I en sådan situation får den utövande konstnären alltså en märkbart stark ställning i förhållande till förvärvaren, som inte får fortsätta använda materialet utan den utövande konstnärens medgivande. Förvärvaren blir alltså tvungen att förhandla med konstnären om en ny överlåtelse och om villkoren för denna. Det torde vara av bland annat sådana skäl som regleringen i dag inte gäller för filmverk, där rättighetshavarna i regel är många och risken för splittring av de ingående rättigheterna är framträdande.

Mot detta står det förhållandet att utövande konstnärer som sagt får ett starkare skydd och att avtalets parter får ett konkret incitament att tydligt avtala om de frågor som bestämmelserna gäller. Regleringen står dessutom i bättre överensstämmelse med den principiella utgångspunkten att de olika grupperna på det upphovsrättsliga området så långt som möjligt ska behandlas lika och att de närstående rättighetshavarnas intressen inte är mindre skyddsvärda. Enligt utredningens mening finns det knappast några skillnader i skyddsbehov mellan upphovsmän och utövande konstnärer som motiverar den nuvarande särbehandlingen. Det gäller även med beaktande av de konsekvenser som det förstärkta skyddet medför för de utövande konstnärernas avtalsparter. Det kan visserligen vara så, att de utövande konstnärer som deltar i olika inspelningar ofta är något fler än upphovsmännen och att regleringen därför medför en större risk för att de rättigheter som ingår i en inspelning splittras. Men någon större skillnad är det knappast fråga om och en särbehandling framstår inte som motiverad av det skälet. Det ska vidare beaktas att det handlar om dispositiva regler och det alltså står parter fritt att avtala om avvikelser från dem.

Vid den samlade värderingen av skälen för och emot kommer utredningen fram till att det inte finns skäl för att upprätthålla den nuvarande ordningen. Enligt utredningens uppfattning talar övervägande skäl i stället för att bestämmelserna om överlåtelsens längd och förvärvarens ensamrätt bör göras tillämpliga även i förhållande till utövande konstnärer. Det innebär att en överlåtelse som en utövande konstnär gör bör gälla för en tid av tre år och inte medföra ensamrätt, när överlåtelsen avser rätten att överföra ett framförande till allmänheten eller att framföra det offentligt såvida inte parterna avtalar om något annat. Liksom i förhållande till upphovsmän bör bestämmelserna inte gälla filmverk.

Den närmare utformningen av regleringen

Utredningens uppdrag omfattar förfoganden som innebär att material tillhandahålls på begäran av enskilda. Uppdraget omfattar inte andra överföringar (direktöverföringar) och inte heller offentliga framföranden. När utredningen nu överväger möjligheten att göra de aktuella bestämmelserna tillämpliga även i förhållande till utövande

konstnärer får det anses lämpligt att ställning tas till om det ska gälla beträffande samtliga förfoganden som omfattas av regleringen.

Det kan i sammanhanget noteras att den föreslagna regleringen inte gäller filminspelningar. Det ska även erinras om att utövande konstnärers ensamrätt, när det gäller andra ljudupptagningar än ljudfilm, inte omfattar vare sig direktöverföringar eller offentliga framföranden. Regleringen har därmed sin främsta betydelse när den utövande konstnären överlåter sin rätt att tillhandahålla framförandet på begäran av enskilda och det som ska tillhandahållas är en ljudupptagning (t.ex. en musikinspelning eller en ljudbok). I princip berör förslaget inte heller de frågor som DSM-direktivet behandlar. Av dessa skäl bedömer utredningen att förslaget får anses ligga inom ramen för uppdraget.

Enligt utredningens mening är skyddet principiellt lika viktigt när en utövande konstnär överlåter en framföranderätt eller en direktöverföringsrätt som när överlåtelsen gäller rätten att tillhandahålla materialet på begäran av enskilda. Även om det är svårt att tänka sig några praktiskt betydelsefulla situationer när ett framförande som ska tillgängliggöras på något av de nämnda sätten varken ingår i en filminspelning eller i en ljudupptagning, är det inte uteslutet att sådana fall kan förekomma (t.ex. när ett fotografi där ett framförande kan sägas ingå ska göras tillgängligt på ett sådant sätt). Också i de fallen är det en fördel att parterna får ett incitament att tydligt reglera överlåtelsens längd och förvärvarens eventuella ensamrätt, liksom att de får anledning att över huvud taget överväga överlåtelsens omfattning och karaktär. Bestämmelserna bör alltså gälla i fråga om alla överlåtelser av det angivna slaget.

Lagteknisk bör bestämmelserna göras tillämpliga i förhållande till utövande konstnärer genom att en hänvisning till de redovisade bestämmelserna i 30 § tas in i 45 § tredje stycket, som hänvisar till bestämmelser som ska tillämpas i fråga om framföranden som avses i den paragrafen. Man skulle kunna överväga att uttryckligen ange att bestämmelserna i 30 § ska tillämpas endast i fråga om användning som omfattas av ensamrätten. Ett sådant förtydligande är emellertid inte nödvändigt; bestämmelserna ska ändå tillämpas bara i den mån som de är relevanta och 30 § gäller ju bara överlåtelser av ensamrättigheter. De behöver alltså inte sägas i lagtexten att bestämmelserna inte ska tillämpas i fråga om direktöverföringar och offentliga framföranden som avser ljudupptagningar av utövande konstnärers framföranden.

Något om framställare av fotografisk bild

Fotografiska verk har samma ställning som andra verk och skyddas av bestämmelserna om överlåtelsens längd och förvärvarens ensamrätt på samma sätt. I fråga om fotografer och fotografiska bilder gäller däremot särskilda regler (fotografirätt). Fotografirätten gäller oberoende av om bilden uppfyller kraven på verkshöjd och innebär att fotografen har en ensamrätt som, med avseende på själva bilden, helt och hållet svarar mot den ensamrätt som gäller för upphovsmän och deras verk. Skyddstiden är emellertid kortare; den gäller i femtio år.

Lagstiftarens avsikt har varit att fotografirätten ska erbjuda fotografer i princip samma skydd som upphovsrätten ger upphovsmän (särskilt när det gäller bildkonstverk). De flesta bestämmelser om överlåtelser är också tillämpliga i förhållande till bilder som omfattas av fotografirätten. Däremot gäller inte bestämmelserna om överlåtelsens längd och förvärvarens ensamrätt i förhållande till fotografiska bilder, jfr 49 a § fjärde stycket. Sannolikt beror detta på att det tidigare var oklart om fotografiska bilder alls kan framföras offentligt och att de nämnda bestämmelserna avsåg just framföranderätten. Numera är det emellertid klart att fotografiska bilder kan både framföras offentligt och överföras till allmänheten.

De rättigheter som anknyter till fotografiska bilder omfattas inte av utredningens uppdrag. Utredningen tar därför inte ställning till om de redovisade bestämmelserna i 30 § ska tillämpas även i förhållanden till framställare av fotografisk bild.

10 Alternativ tvistlösning

10.1 Uppdraget enligt kommittédirektiven

Utredningen har i uppdrag att överväga om det behövs ett nytt och frivilligt system för tvistlösning utom domstol mellan, å ena sidan, en upphovsman eller utövande konstnär och, å andra sidan, den som har förvärvat en rättighet. Uppdraget tar här sikte på tvister med anledning av de bestämmelser som i svensk rätt genomför artiklarna 18–20 och 22 i DSM-direktivet.

Utgångspunkten är att det inte behöver inrättas något nytt förfarande på grund av direktivets krav. Frågan är alltså om det behövs av andra skäl.

Tanken enligt utredningsdirektiven är att undersökningen ska avse behovet av en efter omständigheterna anpassad form som tillgodoser exempelvis intresset av särskild branschkunskap hos den som ska lösa tvisten. Enligt direktiven ska förfarandet vara enkelt, snabbt och billigt.

Om utredningen gör bedömningen att det behövs ett nytt system för tvistlösning utom domstol för de aktuella tvisterna, ska utredningen i första hand undersöka om det finns möjlighet till branschintern lösning, t.ex. i form av privata nämnder eller särskilda medlingsförfaranden.

Enligt utredningsdirektiven går det även att föreställa sig komplement till dagens tvistlösningsmöjligheter inom ramen för befintlig myndighetsstruktur, till exempel genom ansvar för ett medlarregister eller annan administrativ hjälp. Om utredningen bedömer att det är lämpligt, ska den föreslå ett sådant system.

Det ingår inte i uppdraget att överväga ett kostnadsfritt förfarande inom ramen för en statlig nämnd. I uppdraget ingår inte heller att föreslå ett utvidgat tillämpningsområde för lagen (2017:322) om medling i vissa upphovsrättstvister.

10.2 Skiljeförfarande och medling

Allmänt om alternativ tvistlösning

Den form för tvistlösning som det allmänna tillhandahåller för att slita tvister på privaträttens område är i första hand den rättskipning som domstolar utövar. Med alternativ tvistlösning avses sådan tvistlösning som i stället sker utom domstol.

Om parterna i en privaträttslig tvist vill lösa tvisten utom domstol, är de i princip fria att göra detta och de kan därvid själva komma överens om villkoren för förfarandet. Parterna kan avtala om att tvister dem emellan ska avgöras av en eller flera skiljemän (skiljeavtal). De kan även bestämma sig för att anlita en neutral part för att få hjälp att träffa en förlikning (medling) eller enas om att inleda egna förlikningsförhandlingar. Parterna kan alltså i stor utsträckning gemensamt bestämma hur de ska gå till väga för att lösa en tvist.

Detta gäller i alla tvister i frågor som parterna kan träffa förlikning om och således även i tvister i anledning av avtal på det upphovsrättsliga området. I det följande lämnas en kort redogörelse för några av de alternativ som finns.

Allmänt om skiljeförfaranden

Skiljeförfarandet är en vanlig form av alternativ tvistlösning, inte minst i kommersiella frågor. I stor utsträckning har parterna rätt att själva bestämma villkoren för processen. Tanken är att förfarandet ska präglas av snabbhet, säkerhet och smidighet.

En viktig del av parternas bestämmanderätt är att de måste ha avtalat om att tvisten får avgöras på det sättet. Skiljenämndens behörighet att ta upp en tvist förutsätter att det finns ett skiljeavtal.¹ Skiljeförfarandet skiljer sig på det sättet från vad som gäller i domstol.

Skiljeförfarandet skiljer sig från andra alternativa tvistlösningsförfaranden i två betydelsefulla avseenden. För det första får en domstol inte mot någon av parternas bestridande pröva en fråga som enligt ett skiljeavtal ska prövas av skiljemän. Skiljeavtalet har alltså

¹ Det förekommer emellertid författningsbestämmelser som i vissa fall innebär att en tvist ska avgöras av skiljemän, s.k. legalt skiljeförfarande. Se till exempel 2 § lagen (1982:1004) om skyldighet för näringsidkare, arbetsmarknadsorganisationer m.fl. att delta i totalförsvarsplaneringen, 11 § lagen (1975:417) om sambruksföreningar, 17 § lagen (1963:583) om avveckling av fideikommiss och 2 kap. 21 § lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag.

verkan som processhinder. För det andra är en skiljedom verkställbar på huvudsakligen samma sätt som en domstols dom.²

Det finns institut som erbjuder sig att administrera skiljeförfaranden och som tillhandahåller regler för förfarandet. Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut (SCC) och Västsvenska Handelskammaren hör till dessa.

Allmänt om medling

En annan vanlig form av alternativ tvistlösning är medling. Med medling avses i allmänhet ett strukturerat förfarande genom vilket parterna söker lösa den uppkomna tvisten på frivillig väg med hjälp av en utomstående part, en medlare. Tanken är normalt att förfarandet ska leda till att parterna träffar en förlikning. Det vanliga är att ett medlingsförfarande inleds för att parterna har enats om att söka lösa den uppkomna tvisten på det sättet och anlitar en medlare gemensamt.

I lagen (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister anges att medlingsöverenskommelser i privaträttsliga tvister där förlikning om saken är tillåten kan förklaras verkställbara av domstol. En verkställbarhetsförklaring förutsätter att parterna gemensamt ansöker om det eller att någon eller några av dem gör det med övriga parter samtycke. Lagen innehåller därutöver bestämmelser om tystnadsplikt för medlare och medlares biträden och om medlingens inverkan på talefrister och preskriptionstider. Lagen reglerar emellertid inte medlingsförfarandet som sådant.

Såväl SCC som Västsvenska Handelskammaren har tagit fram regler även för medling och administrerar ansökningar om medling bland annat genom att utse medlare. Förfarandet förutsätter att parterna är överens om att hänskjuta tvisten till medling. Organisationerna tillhandahåller även utbildning av medlare.

Det kan även nämnas att Domstolsverket har sammanställt en förteckning över personer som har förklarat sig villiga att medla vid domstol i dispositiva tvistemål. Förteckningen kan vara till nytta också för användare av privat medling. I förteckningen, som hålls

² Enligt lagen (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister kan även en medlingsöverenskommelse, om den avser en privaträttslig tvist där förlikning om saken är tillåten, förklaras verkställbar. Det förutsätter emellertid att parterna gör en ansökan om det hos domstol. Se mer i det följande.

tillgänglig på Sveriges Domstolars webbplats, finns fler än 300 medlare registrerade. Det framgår av förteckningen att 23 av medlarna har angett att de har immaterialrätt eller upphovsrätt som sitt specialistområde.³

Här kan dessutom nämnas att en domstol, inom ramen för ett dispositivt tvistemål, får förelägga parterna att inställa sig till ett sammanträde inför medlare som förordnas av rätten. Det förutsätter dock att parterna samtycker.

Egna förlikningsförhandlingar och privatdomare

Parterna i en tvist kan välja att föra förlikningsförhandlingar också utan att anlita en medlare. Till skillnad från en medlingsöverenskommelse kan ett eventuellt förlikningsavtal inte bli föremål för en verkställbarhetsförklaring.

Även inom ramen för en domstolsprocess kan parter föra förlikningsförhandlingar och träffa en förlikning. Domstolen är under vissa förutsättningar skyldig att verka för att parterna hittar en samförståndslösning. Om parterna då träffar en förlikning, kan de begära att rätten stadfäster den. På det sättet blir förlikningen verkställbar.

Det händer även att parter anlitar en ”privat domare” för att lösa en tvist utan att det sker i formen av ett skiljeförfarande. Det kan ske genom att de kommer överens om att anlita en person som får i uppgift att avgöra hur tvisten ska lösas och att sedan följa vad denne kommer fram till.⁴

Vissa särskilda tvistlösningsorgan på upphovsrättsområdet

Som framgår i avsnitt 6.3 har Fackförbundet Scen & Film träffat avtal med såväl SVT som Medieföretagen om förbundsmedlemmars medverkan i olika produktioner. Enligt avtalen ska ett gemensamt förtroenderåd inrättas. Detta ska ha till uppgift att följa tolkningen och tillämpningen av respektive avtal. Förtroenderådet ska också avge rekommendationer till parter som hänskjuter frågor till rådet. Under utredningsarbetet har det sagts att förtroenderåden aldrig har anlitats.

³ Se prop. 2010/11:128 Medling och förlikning – ökade möjligheter att komma överens s. 78 och regleringsbrev för budgetåret 2012 avseende Sveriges Domstolar.

⁴ Avtalet betecknas ibland godmansavtal och förfarandet för godmansförfarande. Avtalsvillkor om s.k. tillträdebokslut har emellanåt en sådan utformning.

Lagen om medling i vissa upphovsrättstvister

På upphovsrättens område finns i lagen (2017:322) om medling i vissa upphovsrättstvister bestämmelser som innebär att parterna kan sägas kunna tvinga fram ett medlingsförfarande. Lagen är inte tillämplig på tvister om ingångna avtal. Den gäller i stället när det uppkommer tvist om ingåendet av ett avtal som är en förutsättning för avtalslicens eller om ingåendet av vissa andra avtal.⁵

Förfarandet är således inte något egentligt alternativ till en domstolsprocess och inte heller frivilligt. Det är alltså inte fråga om alternativ tvistlösning i den form som nu behandlas.

10.3 Andra alternativa tvistlösningsformer

Allmänt

På vissa området har speciella tvistlösningsformer inrättats. Det finns även särskilda bestämmelser som gäller medling och annan tvistlösning i vissa fall. I det följande redovisas några av de särskilda tvistlösningsformerna som finns.

Vissa etablerade skiljenämnder

På vissa områden finns det skiljenämnder som är mer eller mindre etablerade.

Som exempel kan nämnas Idrottens skiljenämnd, som enligt regler som Riksidrottsförbundets styrelse har beslutat avgör vissa tvister mellan förbundets medlemmar. Även inom de enskilda specialidrottsförbunden finns det särskilda skiljenämnder, till exempel Svenska Ishockeyförbundets skiljenämnd, Svenska fotbollförbundets skiljenämnd och Svenska Handbollförbundets skiljenämnd.

⁵ Det kan här till nämnas att det på ett visst område inom upphovsrätten dessutom finns en skyldighet att förhandla i syfte att ingå ett avtal. Det handlar om fall när någon vill företa en vidareutskickning genom kabel av verk som ingår i en trådlös ljudradio- eller televisionsutskickning. Det kan hända att den som vill företa en sådan vidareutskickning begär att få ett avtal om det med en organisation som företräder svenska rättighetshavare eller hos ett radio- eller televisionsföretag som verkställer utskickningar inom EES. Och om ett avtal inte kommer till stånd på önskade villkor har han eller hon på begäran rätt till förhandling med organisationen eller företaget. Den förhandlingsskyldige ska själv eller genom ombud inställa sig vid ett förhandlingssammanträde och, om det behövs, lägga fram ett motiverat förslag till lösning av den fråga som förhandlingen avser. Den som bryter mot detta ska ersätta den uppkomna skadan. Se 52 a § upphovsrättslagen.

Ett annat exempel på en fast inrättad skiljenämnd är skiljenämnden i uppfinnar- och konkurrensklausultvister, som enligt ett avtal mellan Svenskt Näringsliv och Förhandlings- och samverkansrådet (PTK) ska avgöra tvister om konkurrensklausuler i anställningsavtal och om anställdas uppfinningar. Referat av nämndens skiljedomar publiceras i syfte att kunna ge vägledning i framtida tvister.

Ytterligare ett exempel är skiljenämnden för arbetsmarknadsförsäkringar, som har sin grund i ett kollektivavtal mellan Svenskt Näringsliv, LO och PTK.

Bestämmelser om medling på andra områden

På arbetsrättens område finns Medlingsinstitutet, som är en myndighet under regeringen med ansvar för den statliga medlingsverksamheten och uppgift att verka för en väl fungerande lönebildning. Medlingsinstitutet får utse medlare när parter förhandlar om kollektivavtal och vidta vissa andra åtgärder inom ramen för en sådan tvist.

Som ytterligare exempel på författningsbestämmelser om medling kan nämnas att hyres- och arrendenämnderna är skyldiga att medla i vissa arrende-, bostadsrätts- och hyrestvister. Dessutom finns bestämmelser om medling i begravningslagen (1990:1144), föräldrabalken och lagen (2002:445) om medling i anledning av brott.

Andra tvistlösningsorgan

Ytterligare ett sätt att slita tvister mellan enskilda erbjuds av de särskilda tvistlösningsorgan som finns på vissa områden. På konsumentområdet finns regler om detta i lagen (2015:671) om alternativ tvistlösning i konsumentförhållanden. I sammanhanget kan nämnas den verksamhet som Allmänna reklamationsnämnden (ARN) bedriver.⁶

Utanför konsumentområdet finns det inte några särskilda bestämmelser om nämnder för tvistlösning (annat än i fråga om skiljenämnder). Det är emellertid inte ovanligt att privata nämnder sliter tvister mellan enskilda. Det förekommer exempelvis att parter

⁶ ARN är en av de nämnder som har ansetts uppfylla kraven för att vara en nämnd för alternativ tvistlösning enligt lagen om alternativ tvistlösning i konsumentförhållanden. De andra nämnderna är Fastighetsmarknaden reklamationsnämnd, Nämnden för Rättsskyddsfrågor, Personförsäkringsnämnden, Sveriges advokatsamfundets Konsumenttvistnämnd, Sveriges Begravningsbyråers Förbunds Reklamationsnämnd och Trafikskadenämnden.

i kommersiella förhållanden kommer överens om att inrätta en särskild nämnd i anslutning till ett specifikt projekt och åtar sig följa nämndens slutsatser under de förutsättningar som följer av deras överenskommelse. Internationella Handelskammaren tillhandahåller regler för sådana förfaranden och kan även erbjuda administrativ hjälp i anslutning till tvister.

Härutöver kan som exempel på särskilda tvistlösningsorgan nämnas Internetstiftelsen i Sverige (IIS), som är en oberoende allmännyttig organisation med ansvar för administrationen och den tekniska driften av det svenska domännamnsregistret. IIS anlitar personer med särskilda kunskaper för att lösa tvister mellan enskilda om vem som har bäst rätt till ett domännamn med toppdomänen .se. IIS har utsett WIPO:s center för skiljeförfarande och medling att administrera tvister om domännamn med toppdomänen .se. För handläggningen gäller särskilda regler.

Organ inom ramen för näringslivets självreglering

Det finns även ett stort antal organ som, inom ramen för den självreglering som gäller i vissa av näringslivets sektorer, bedömer klagomål eller tar upp företeelser inom sina områden för bedömning. Dessa organ sliter i allmänhet inte privaträttsliga tvister mellan enskilda i egentlig mening, men ibland avgör de likväl klagomål som enskilda riktar mot olika aktörer.

Som exempel på organ med den här typen av uppgifter kan nämnas Reklamombudsmannen (RO) och Reklamombudsmannens opinionsnämnd (RON), Medicombudsmannen (MO) och Mediernas etiknämnd⁷ samt Inkassonämnden.⁸

⁷ Tidigare Pressombudsmannen och Pressens opinionsnämnd.

⁸ Det finns många fler. Som ytterligare exempel kan nämnas Bostadsrättsnämnden, FAR:s disciplinnämnd, Fastighetsmarknadens Reklamationsnämnd, Nämnden för Rättsskyddsfrågor, Sveriges advokatsamfunds disciplinnämnd och Aktiemarknadsnämnden och Disciplinnämnden vid Nasdaq Stockholm.

10.4 Tidigare invändningar mot de nuvarande formerna för tvistlösning på upphovsrättsområdet

Om det uppkommer en tvist i anledning av ett avtal där en upphovsmans eller en utövande konstnärs rättigheter överläts, kan tvisten avgöras i domstol. Ett alternativ för parterna är – om de har avtalat om detta – att tvisten avgörs av en eller flera skiljemän. Parterna kan även komma överens om att anlita någon utomstående för att avgöra tvisten utanför ett skiljeförfarande i vanlig mening. Ytterligare ett sätt är att de kommer överens om att söka lösa tvisten genom att träffa en förlikning, om inte på egen hand så med hjälp av en medlare.

Flera organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer har, i samband med genomförandet av DSM-direktivet, gjort gällande att det kan behövas ett nytt förfarande för alternativ tvistlösning.

Enligt dessa organisationer skulle ett sådant förfarande behöva vara billigare för parterna än befintliga skiljeförfaranden och domstolsprocesser. En av invändningarna mot den nuvarande ordningen är att skiljeförfaranden och domstolsprocesser många gånger är för dyra. Enligt organisationerna bör ett nytt förfarande dessutom vara transparent på så sätt att kulturområdet har insyn i och kan dra lärdomar av fallen för att en god branschpraxis ska kunna utvecklas. Man har även påpekat att det kan vara motiverat att förfarandet är obligatoriskt på så sätt att upphovsmän och utövande konstnärer kan tvinga fram det men att det däremot ska vara frivilligt för upphovsmän och utövande konstnärer att delta. En annan synpunkt i sammanhanget är att den som handlägger tvisten bör ha kunskap om kultur- och mediebranschen och om hur den upphovsrättsliga avtalsmarknaden fungerar.

10.5 Närmare om vissa aspekter på en ny alternativ tvistlösningsform på upphovsrättsområdet

Ett billigare förfarande

Den som är part i ett skiljeförfarande kan vilja anlita ett ombud och får normalt ersätta ombudet för uppdraget. Kostnaden för ett ombud kan vara betydande, särskilt om tvisten är komplicerad och ombudets uppdrag omfattande. Till detta kommer kostnader för skiljemännens

arvoden. Om förfarandet ska administreras av ett institut, tillkommer dessutom institutets administrativa avgift.

Den administrativa avgiften enligt SCC:s regler är som lägst 3 000 euro och som högst 70 000 euro, beroende på tvisteföremålets värde. Den lägsta avgiften gäller för tvister som avser upp till 25 000 euro. I tvister som hör till den kategorin har en ensam skiljeman rätt till ett arvode om minst 4 000 och högst 12 000 euro. SCC:s styrelse fastställer de slutliga kostnaderna och ska därvid beakta i vilken utsträckning skiljenämnden har handlagt målet effektivt och skyndsamt, målets svårighetsgrad och övriga relevanta omständigheter. I förhållande till skiljenämnden och SCC är parterna solidariskt ansvariga för kostnaderna men skiljenämnden ska, om inte parterna har kommit överens om annat, på begäran av en part fördela kostnaderna för skiljeförfarandet mellan parterna med beaktande av målets utgång, i vilken utsträckning parterna har bidragit till ett effektivt och skyndsamt förfarande och övriga relevanta omständigheter. Skiljenämnden får på motsvarande sätt förplikta en part att betala skäliga kostnader som en annan part har haft, inklusive ombudskostnader.

SCC har särskilda regler för s.k. förenklade skiljeförfaranden. Detta är tänkt att vara ett snabbare och enklare förfarande än ett skiljeförfarande enligt SCC:s vanliga regler. Reglerna för ett förenklat skiljeförfarande innebär bland annat att en ensam skiljeman avgör tvisten och att parterna får ge in ett begränsat antal inlagor (som utgångspunkt två inlagor var). Skiljemannens arvode är något lägre vid ett förenklat förfarande. I allmänhet kan också kostnaden för ombud hållas nere vid ett sådant förfarande.

Utifrån dessa uppgifter kan det konstateras att kostnaden för avgift och arvode i ett skiljeförfarande enligt SCC:s skiljedomsregler där tvisteföremålets värde inte överstiger 25 000 euro (cirka 250 000 kronor) uppgår till cirka 7 000–15 000 euro (cirka 70 000–150 000 kronor), om förfarandet ska avgöras av en ensamdomare. Till det ska läggas eventuella ombudskostnader och andra omkostnader. Det slutliga kostnadsansvaret kommer att bero på bland annat utgången i målet.

Utredningen har inte tillgång till några närmare uppgifter som kan läggas till grund för att bedöma vad det kan kosta för en upphovsman eller en utövande konstnär att få sin sak prövad i ett skiljeförfarande i anledning av en tvist som gäller överlåtelse av en ensamrätt. Det kan ändå konstateras att det många gånger kan röra sig om kostnader som för en enskild person är beaktansvärda.

Den administrativa avgiften för ett medlingsförfarande enligt SCC:s regler är något lägre. Om tvisteföremålet inte överstiger 25 000 euro uppgår avgiften till 1 500 euro. Medlarens arvode är 4 000 euro för förberedelse och 4 000 euro för en dags medlingssammanträde. Kostnaderna kommer därmed normalt att uppgå till lägst 9 500 euro (cirka 95 000 kr). Som utgångspunkt ska kostnaderna bäras av parterna med hälften vardera. I ett medlingsförfarande finns det inte någon möjlighet att förplikta någon part att ersätta motpartens kostnader. Även i ett medlingsförfarande kan parterna ha kostnader för ombud.

Den som inleder ett tvistemål vid allmän domstol är skyldig att betala en ansökningsavgift. Avgiften är 2 800 kronor.⁹ Även vid en domstolsprocess kan parterna ha kostnader för ombud men någon motsvarighet till ansvaret för skiljenämndens arvoden gäller inte. En part kan därtill förpliktas att ersätta motparten för rättegångskostnader, inklusive ombudskostnader, beroende bland annat på utgången i målet.

Utredningen har gått igenom Patent- och marknadsdomstolens avgöranden i 95 tvistemål som har gällt upphovsrättsliga frågor. Dessa bedöms vara nästan samtliga sådana avgöranden, med undantag för avgöranden i förenklade tvistemål, som domstolen har avgjort sedan den inrättades den 1 september 2016 fram till den 20 maj 2021. En prövning av saken gjordes i 25 av dessa avgöranden. Domstolens beslut i fråga om rättegångskostnader kan ge en indikation om parternas kostnader för ombud i en domstolsprocess. De angivna besluten – som alltså i förekommande fall enligt domstolens bedömning har varit skäliga för att tillvarata partens rätt – uppgår till i genomsnitt cirka 575 000 kronor medan medianen är cirka 300 000 kronor. För de tvister som utredningens överväganden avser ger mediankostnaden sannolikt en bättre antydning om vad partens egna ombudskostnader i allmänhet kan tänkas uppgå till. Det kan möjligen ge en anvisning också om kostnaden för ombud i ett skiljeförfarande.

En slutsats som kan dras är att kostnaderna för ombud många gånger är betydande och utgör en stor del av de samlade kostnaderna när en tvist ska lösas. Det gäller oavsett tvistlösningsform, även om ombudskostnaderna i normalfallet troligen är lägre i ett medlingsförfarande än i en domstolsprocess eller ett skiljeförfarande. Det är en följd av att ett medlingsförfarande brukar vara en mer begränsad process.

⁹ Om tvisteföremålet understiger ett halvt prisbasbelopp, dvs. 23 800 kronor år 2021, är avgiften normalt lägre.

I många hemförsäkringar ingår en s.k. rättsskyddsförsäkring, som under vissa förutsättningar ersätter den försäkrades ombudskostnader i tvistemål och hans eller hennes kostnader för att ersätta motpartens rättegångskostnader. Det vanliga är att såväl domstolsprocesser som skiljeförfaranden omfattas. Ofta innebär villkoren emellertid att rättsskyddet inte omfattar tvister som har samband med den försäkrades förvärvsverksamhet. Dessutom brukar upphovsrättsliga tvister uttryckligen undantas.

Om den angelägenhet som en tvist avser inte omfattas av en rättsskyddsförsäkring, kan rättshjälp utgå under vissa förutsättningar. När rättshjälp har beviljats betalar staten vissa kostnader i den rättsliga angelägenheten. Enligt huvudregeln får rättshjälp emellertid inte beviljas den som är eller har varit näringsidkare i en angelägenhet som har uppkommit i näringsverksamheten. Detta torde innebära att många av de tvister som här är aktuella inte ger rätt till rättshjälp.¹⁰

Vissa fackförbund och andra organisationer för upphovsmän och utövande konstnärer erbjuder sina medlemmar rättshjälp och kan ibland lämna kostnadsfri rådgivning i samband med tvister. Organisationerna erbjuder ofta också försäkringar som omfattar rättsskydd. I regel gäller villkoren emellertid inte för tvister i upphovsrättsliga frågor, även om det finns tecken från senare tid på att marknaden kan vara i förändring.¹¹

I sammanhanget bör noteras att det inte ingår i utredningens uppdrag att överväga exempelvis möjligheten att arrangera ett kostnadsfritt alternativt tvistlösningsförfarande inom ramen för en statlig nämnd.

¹⁰ Det kan för övrigt noteras att det på konsumenträttsområdet finns särskilda regler som innebär att Konsumentombudsmannen, i tvister mellan en konsument och en näringsidkare, får biträda konsumenten som ombud vid allmän domstol under vissa förutsättningar. Om Konsumentombudsmannen beslutar att biträda konsumenten, innebär reglerna i princip att staten svarar såväl för konsumentens egen kostnad som för konsumentens eventuella skyldighet att ersätta motpartens rättegångskostnad. Syftet är främst till att få till stånd vägledande domstolsavgöranden inom det konsumenträttsliga området. Se lagen (2011:1211) om Konsumentombudsmannens medverkan i vissa tvister.

¹¹ Exempelvis har arbetsgivarorganisationen Trä- och Möbelföretagen nyligen tagit fram och presenterat en särskild försäkring som gäller vid immaterialrättsliga tvister.

Ett enkelt förfarande

I diskussionen framhålls ofta att ett nytt förfarande för alternativ tvistlösning på området måste vara enkelt. Vad som är ett enkelt förfarande kan naturligtvis ses på olika sätt. I stor utsträckning handlar det om förfarandets omfång, däribland hur mycket skriftväxling som ska ske, hur omfattande bevisningen är, om muntlig bevisning behöver tas upp och om förfarandet inbegriper komplicerade processuella ställningstaganden. Hit hör också den tid som förfarandet kräver.

Det rör sig alltså om förhållanden som till stor del avgörs av hur parterna för sin talan och annars agerar. Det gäller för såväl skiljeförfaranden som domstolsprocesser. I ett skiljeförfarande kan parterna på förhand påverka processen exempelvis genom att avtala om tillämpning av de regler som finns för förenklade skiljeförfaranden. Det kan antas att ett medlingsförfarande generellt sett är enklare än såväl ett förenklat skiljeförfarande som en domstolsprocess. Även parternas egna förhandlingar lär kunna ordnas på ett sätt som är enkelt.

Det brukar vidare sägas vara en fördel med alternativa tvistlösningsförfaranden att de erbjuder ett sätt att förhållandevis snabbt lösa en tvist. Det har till viss del att göra med att de är eninstansförfaranden. Det kan i sammanhanget noteras att parterna i ett dispositivt tvistemål i domstol kan avtala om att inte överklaga domen. På det sättet kan de alltså även i domstol begränsa prövningen till en instans.

Ett offentligt förfarande

Förfaranden i allmän domstol är i allmänhet offentliga. Domstolens avgöranden är normalt offentliga handlingar och får också ofta publicitet på olika sätt. Ett skiljeförfarande är däremot inte offentligt, vilket innebär att allmänheten inte har någon rätt till insyn genom att närvara vid förhandlingar eller ta del av handlingar i ärendet. Det finns emellertid i princip inte någon rättsligt reglerad skyldighet för parterna att inte offentliggöra exempelvis innehållet i en skiljedom. Det är en annan sak att parterna kan avtala om att tystnadsplikt ska gälla för förfarandet och skiljedomen. Vidare är skiljenämnden många gånger skyldig att inte röja någon information om skiljeförfarandet

och skiljedomen.¹² På motsvarande sätt förhåller det sig med medlingsförfaranden.

Här bör även beaktas behovet av avgöranden som kan ge ledning i hur liknade frågor ska avgöras. De högsta domstolarna har ett särskilt ansvar för rättsutvecklingen. Genom sina avgöranden ska de bidra till rättsbildningen. Högsta domstolens huvudsakliga uppgift är just att skapa vägledning för rättstillämpningen genom prejudikatbildning. Hovrätterna har ett ansvar för den allmänna praxisbildningen. På upphovsrättens område spelar Patent- och marknadsöverdomstolen en särskilt viktig roll.

Det går inte att komma ifrån att behovet av vägledande praxis i allmänhet blir svårare att tillgodose när tvister avgörs utom domstol. I frågor om tolkning av bestämmelser i EU-rätten har möjligheten att hämta in förhandsavgöranden från EU-domstolen också en viktig betydelse.

Ett obligatoriskt förfarande

Som har framgått i föregående avsnitt ska utredningen överväga om det behövs ett nytt och frivilligt förfarande för alternativ tvistlösning. Att det ska vara ett frivilligt förfarande innebär att det inte ska gälla någon rättslig skyldighet för någon av parterna att delta. I utredningens uppdrag ingår alltså inte att överväga ett obligatoriskt förfarande.

I det ligger att utredningen inte ska överväga ett förfarande som en part kan tvingas in i utan att parten först har samtyckt till det. En sådan ordning riskerar att inte vara förenlig med de krav på rätt till domstolsprövning som ska ställas. Om ett alternativt förfarande är obligatoriskt, till exempel för att det föreskrivs i lag att tvister av ett visst slag ska avgöras i ett sådant förfarande, kan det aktualisera en bedömning av om förfarandet lever upp till kraven på en rättvis rättegång.

Frivilligheten av ett förfarande kan ses från olika perspektiv. Ett skiljeförfarande är exempelvis frivilligt på det sättet att det förutsätter att parterna har träffat ett skiljeavtal. Det står varje part fritt att välja om ett sådant avtal ska ingås. När parterna väl har träffat ett skiljeavtal, kan den ena parten emellertid tvinga in den andra parten

¹² Se till exempel SCC:s skiljedomsregler, som anger att detta gäller om inte parterna har kommit överens om något annat.

i förfarandet. På ett liknande sätt står det parterna fritt att göra tvisten till föremål för ett medlingsförfarande eller egna förlikningsförhandlingar. Dessa förfaranden är dessutom mindre förpliktande än ett skiljeförfarande på det sättet att en parts underlåtenhet att delta i förfarandet normalt inte i sig får några rättsliga konsekvenser.

Ytterligare en annan aspekt har att göra med i vilken utsträckning resultatet av ett förfarande är bindande för parterna. En medlare kan naturligtvis föreslå en lösning på tvisten utan att parterna behöver vara bundna av det. Såväl en dom som en skiljedom är däremot verkställbara.

I sammanhanget ska beaktas att utredningens överväganden som utgångspunkt ska avse tvister i anledning av de bestämmelser som genomför artiklarna 18–20 och 22 i DSM-direktivet i svensk rätt. Det handlar bland annat om ett krav på transparens, som innebär att upphovsmän och utövande konstnärer regelbundet ska få relevant och uttömmande information om utnyttjandet av verken och framföranden. Det rör sig även om en mekanism för avtalsanpassning som innebär att upphovsmän och utövande konstnärer eller deras representanter i vissa fall ska ha rätt att göra anspråk på ytterligare skälig ersättning, se mer i avsnitt 3.8.

I allmänhet kan tvister av det slaget tjäna på en allsidig belysning under en mera strikt förfarandeform. Mot den bakgrunden kan det ifrågasättas om tvisterna normalt är särskilt väl lämpade för att lösas i sådana mera summariska förfaranden som vissa alternativa tvistlösningssformer erbjuder. Men det utesluter inte att parterna många gånger kan vara intresserade av att lösa tvisten genom exempelvis medling. Det bör samtidigt noteras att alternativa tvistlösningssformer inte alltid garanterar parterna samma rättssäkerhetsnivå som en domstolsprocess, något som tenderar att gå ut över den svagare parten.

Ett förfarande där det finns särskild sakkunskap

En av fördelarna med alternativa förfaranden för tvistlösning är att parterna har goda möjligheter att välja vem som ska anlitas för ett uppdrag. Det gäller såväl i privata medlingsförfaranden som i skiljeförfaranden. Parterna har inte samma valmöjligheter i en domstolsprocess. Inom domstolsväsendet finns det emellertid domare med särskild kompetens på många områden. I patent- och marknadsdom-

stolarna finns det särskild kompetens på immaterialrättens område. Det är ju inte heller alltid så att specialkunskap på ett visst område har betydelse, t.ex. om tvisten aktualiserar vidare principiella frågor.

Vissa ytterligare aspekter

I skälen till DSM-direktivet anges att upphovsmän och utövande konstnärer ofta är motvilliga att hävda sina rättigheter gentemot sina avtalsparter vid domstol (skäl 79). Det är bakgrunden till den artikel som föreskriver att tvister om transparenskravet och avtalsanpassningsmekanismen ska kunna bli föremål för ett frivilligt förfarande för alternativ tvistlösning.

Det framstår inte som givet exakt vad som ligger bakom det förhållandet, att upphovsmän och utövande konstnärer är motvilliga att hävda sina rättigheter. Man kan även fråga sig vilken betydelse tillgången till ett alternativt tvistlösningsförfarande har för deras villighet 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.¹³ 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. Mot den bakgrunden är det osäkert om ytterligare en alternativ tvistlösningsform kan antas få någon större betydelse för deras villighet att hävda sina rättigheter. Möjligen kan det ändå antas att tvister som får sin lösning utom domstol i allmänhet ger bättre förutsättningar för att parternas relation inte ska skada. Men ytterst lär många andra faktorer än tvistlösningsformen vara avgörande. Frågan blir då om inte nuvarande möjligheter till skiljeförfarande och medling är tillräckliga alternativ i de fall där en alternativ tvistlösningsform behövs.

¹³ Se Aguilar, 'We want Artists to be Fully and Fairly Paid for their Work': Discourses on Fairness in the Neoliberal European Copyright Reform, JIPITEC nr 9 år 2018 och AEPO-ARTIS rapport Performers' Rights in International and European Legislation: Situation and Elements for Improvement (2018).

10.6 Förhållandena i andra länder

Övriga Norden

I Norge finns inga regler om särskilda tvistlösningsmekanismer som gäller tvister i anledning av avtal mellan upphovsmän eller utövande konstnärer och förvärvare av deras rättigheter. Det kan emellertid noteras att Vederlagsnemnda har mandat att bestämma den ersättning som ska betalas när användning av materialet grundas på en tvångslicens eller en avtalslicens.¹⁴

Som anges i avsnitt 8.3 finns det i Norge en lagfäst rätt till skälig ersättning som gäller när den ursprungliga upphovsmannen eller utövande konstnären överlåter hela eller delar av sin ensamrätt. I det lagstiftningsärende som föregick bestämmelsen övervägdes om det även borde införas särskilda regler om tvistlösning för den nya bestämmelsen. Regeringen ansåg att några särskilda regler inte behövde införas. I ett senare lagstiftningsärende anmodade Stortinget regeringen att utreda en sådan särskild tvistlösningsmöjlighet. Regeringen har där efter förklarat att frågan kommer att utredas.

I Danmark finns Ophavsretslicensnævnet. Liksom norska Vederlagsnemnda får den danska nämnden besluta i frågor som gäller avtals- och tvångslicenser.¹⁵ I Island finns en liknanden ordning.¹⁶

Därutöver finns det inte några särskilda regler om tvistlösning på upphovsrättsområdet i vare sig dansk eller isländsk rätt. Inte heller i Finland finns det några särskilda tvistlösningsregler.

Spanien

I Spanien finns la Comisión de Propiedad Intelectual (ungefär Immaterialrättskommissionen), som är ett organ knutet till det spanska kulturdepartementet. Kommissionen har i uppgift att medla, anordna skiljeförfaranden, fastställa avgifter och utöva viss tillsyn på upphovsrättsområdet. Som medlare ska kommissionen verka för att parter träffar frivilliga överenskommelser i frågor som är föremål kollektiv förvaltning. Kommissionen fungerar därtill som skiljenämnd på parternas gemensamma begäran i sådana frågor.¹⁷

¹⁴ Se §§ 62 och 65 i lov om opphavsrett til åndsverk mv.

¹⁵ Se § 47 i lov om ophavsret.

¹⁶ Se artikel 57 i höfundalög.

¹⁷ Se artikel 194 i Ley de Propiedad Intelectual.

Tyskland

I tysk rätt föreskrivs att upphovsmän, utövande konstnärer och användare får inleda medling eller annat frivilligt förfarande för tvistlösning utom domstol, särskilt vid tvister enligt de bestämmelser som gäller upphovsmäns och utövande konstnärers rätt till ersättning. Det föreskrivs att avtalsvillkor som till nackdel för upphovsmannen eller den utövande konstnären avviker från detta inte får åberopas.¹⁸

Nederländerna

Som anges i avsnitt 8.3 innehåller nederländsk rätt särskilda bestämmelser som gäller till förmån för upphovsmän och utövande konstnärer när de överlåter sina rättigheter. I anslutning till dessa bestämmelser föreskrivs att justitieministern har mandat att utse en tvistlösningskommitté. Det rör sig om ett frivilligt förfarande som det har varit upp till organisationerna på upphovsrättsområdet att anordna. Organisationerna har kommit överens om att inrätta en viss tvistlösningskommitté och justitieministern har pekat ut denna med stöd av sitt mandat. Enligt vad som föreskrivs i lag är kommitténs avgöranden bindande, om inte parterna inleder en domstolsprocess inom tre månader från tidpunkten för kommitténs avgörande.

Arrangemanget har nyligen utvärderats. Det konstateras att systemet inte på något sätt har levt upp till förväntningarna. Endast ett mycket litet antal tvister har hänskjutits till kommittén. Av utvärderingen framgår att detta beror på att upphovsmän och utövande konstnärer är rädda för att svartlistas. En annan förklaring är att användare har varit skeptiska till inrättandet av en kommitté och att tvivlen har förstärkts efter de två avgöranden som kommittén har meddelat. Det noteras även att endast ett fåtal organisationer som företräder användare och en handfull enskilda användare har anslutit sig till kommittén.¹⁹

¹⁸ Se § 32f i UrhG.

¹⁹ Se van Gompel m.fl., *Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht – Eindrapport* (2020).

10.7 Förutsättningarna för en branschintern lösning

Bedömning: Det finns i dag inte tillräckliga förutsättningar för att inrätta en privat nämnd eller något annat liknande branschinternt förfarande för alternativ tvistlösning.

Uppdraget enligt kommittédirektiven

Utredningen ska enligt direktiven undersöka möjligheterna till branschintern lösningar för alternativ tvistlösning, t.ex. i form av privata nämnder eller särskilda medlingsförfaranden. Uppdraget innebär att detta blir aktuellt endast om utredningen gör bedömningen att det behövs ett nytt och frivilligt system för tvistlösning utom domstol. Samtidigt är det svårt att ta ställning till behovet utan att samtidigt ha en uppfattning om de möjligheter som står till buds. Det finns därför skäl att först överväga om det över huvud taget finns förutsättningar för att inrätta en privat nämnd eller något annat liknande branschinternt förfarande för alternativ tvistlösning.

Förutsättningarna för en branschintern lösning

För att få till stånd en branschintern lösning för alternativ tvistlösning krävs i princip att de organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer och de organisationer som företräder deras avtalsparter verkar för en sådan lösning. Under utredningsarbetet har det framkommit att vissa organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer är positiva till att överväga möjligheten att etablera ett branschinternt system för att lösa tvister. Det har däremot inte framkommit något motsvarande intresse bland de organisationer som företräder upphovsmäns och utövande konstnärers avtalsparter. Under dessa förhållanden bedömer utredningen att det i dag inte finns tillräckliga förutsättningar för att inrätta en privat nämnd eller något annat liknande branschinternt förfarande för alternativ tvistlösning.

Man skulle i och för sig kunna överväga att lagstifta om en skyldighet för organisationerna att anordna en branschintern lösning för alternativ tvistlösning. Enligt utredningens mening saknas det emellertid skäl för en sådan ordning. Organisationerna skulle ändå

behöva ansvara även för att gemensamt bestämma förfarandets former, inklusive den praktiska förvaltningen av arrangemanget och de förfaranderegler som ska tillämpas. Och för att det ska kunna ske på ett effektivt sätt och leda till ett ändamålsenligt arrangemang krävs i praktiken att organisationerna har ett gemensamt intresse av saken. Utredningen gör bedömningen att det för närvarande saknas förutsättningar för detta.

10.8 En medlarförteckning och information om medling

Förslag: Patent- och registreringsverket ska tillhandahålla en förteckning över personer som har förklarat sig villiga att medla i tvister om tillämpning av de bestämmelser som genomför ersättningskapitlet i DSM-direktivet i svensk rätt. Verket ska även tillhandahålla information om medling som tvistlösningsform i sådana tvister.

Uppdraget enligt kommittédirektiven

Enligt direktiven ska utredningen, om det bedöms lämpligt, föreslå ett system inom ramen för befintlig myndighetsstruktur för alternativ tvistlösning utom domstol på området. Som exempel nämns att en myndighet skulle kunna ansvara för ett medlarregister eller annan administrativ hjälp till parterna som komplement till dagens tvistlösningsmöjligheter.

Behovet av åtgärder

I många fall finns det tydliga fördelar med att lösa en tvist på frivillig väg inom ramen för ett medlingsförfarande. Som framgår av det föregående är ett medlingsförfarande generellt sett både billigare och enklare än en domstolsprocess eller ett skiljeförfarande. En annan fördel är att parterna normalt sett kan välja vem de vill anlita som medlare och genom valet tillse att personen besitter de egenskaper och har de erfarenheter som parterna önskar. Användningen av medling som tvistlösningsform har även den fördelen att den syftar till att parterna frivilligt och gemensamt söker en lösning. Inte sällan

kan lösningar av det slaget bidra till att öka parternas möjligheter att fortsätta ett samarbete efter tvistens slut.

Parterna i avtal genom vilka upphovsmäns och utövande konstnärers ensamrätt övergår har redan i dag möjlighet att lösa tvister genom medling. Under utredningsarbetet har det emellertid framkommit att man ändå sällan använder medling som tvistlösningsform. En anledning är sannolikt att tvistlösningsformen är förhållandevis okänd. Det kan även bero på att det upplevs som svårt att hitta medlare med särskild branschkunskap.

Enligt utredningens mening finns det alltså tydliga fördelar med medling i många situationer. För att ta vara på dessa fördelar i tvister som gäller de bestämmelser som genomför artiklarna 18–20 och 22 i DSM-direktivet behöver användningen av medling öka. Detta kräver åtgärder för att förbättra tillgången till medlare med särskild branschkunskap. Dessutom behöver kunskapen om medling på området öka bland de som ingår avtalen.

Patent- och registreringsverket bör tillhandahålla en förteckning över medlare och informera om medling

Patent- och registreringsverkets (PRV) uppdrag omfattar flera frågor på upphovsrättens område. Verket ansvarar till exempel för att vidarebefordra uppgifter om herrelösa verk till Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet och utövar tillsyn enligt lagen (2016:977) om kollektiv förvaltning av upphovsrätt. I verkets uppdrag ingår även att informera om och bidra till ökad förståelse för immateriella tillgångar och rättigheter. Enligt ett förslag som behandlas inom Regeringskansliet ska PRV dessutom tillhandahålla en förteckning över personer som förklarat sig villiga att medla i tvister om tillämpning av vissa bestämmelser som föreslås för att genomföra artikel 17 i DSM-direktivet.²⁰ Det ligger alltså nära till hands att låta PRV ansvara för de åtgärder som krävs för att förbättra medlingens attraktionskraft och användbarhet på upphovsrättens område.

Enligt utredningens mening bör PRV ges i uppdrag att tillhandahålla en förteckning över personer som kan tänka sig att ställa upp som medlare på det upphovsrättsliga området. En sådan förteckning gör det lättare för parterna i en tvist att få tillgång till medlare med

²⁰ Se promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30) s. 169–175.

särskild kompetens i de frågor som är aktuella för dem. Med tiden kommer de medlare som finns upptagna på denna förteckning dessutom kunna fördjupa sitt kunnande.

I förteckningen bör anges personer som har förklarat sig villiga att åta sig medlingsuppdrag i tvister om tillämpning av de bestämmelser som genomför ersättningskapitlet i DSM-direktivet i svensk rätt. Det bör lämpligen ankomma på PRV att ta ställning till vilken närmare information som förteckningen ska innehålla och hur förteckningen ska utformas, struktureras och tillhandahållas samt hur den ska hållas uppdaterad och förvaltas.

I sammanhanget ska noteras att det inte finns bestämmelser om auktorisation eller tillsyn av medlare.²¹ Och att det inte heller är tänkt att PRV ska ställa upp några särskilda utbildningskrav eller liknande på de som personer som tas upp i förteckningen. Mot den bakgrunden framstår det som ändamålsenligt att man i förteckningen anger de kunskaper och erfarenheter som medlaren själv åberopar, t.ex. särskild kunskap om upphovsrätt och erfarenhet från branscher där upphovsmän och utövande konstnärer är verksamma och kanske kurser och annan utbildning och liknande. Medlaren kan då också ange om intresset är begränsat till tvister inom ett visst särskilt branschområde eller gäller vissa särskilda frågor. På det sättet får parterna ett gott underlag att bedöma vem som kan vara lämplig för uppdraget.

PRV bör dessutom ta fram och på lämpligt sätt göra tillgänglig relevant information om medling som tvistlösningssform på det angivna området. Syftet bör vara att nå ut med information om möjligheten till medling till de parter som ingår avtal genom vilka upphovsmäns och utövande konstnärers ensamrätt övergår. Det kan exempelvis handla om att förmedla kunskap om att man kan lösa tvister genom medling och att sprida generella upplysningar om vad medling är och om hur man kan gå till väga för att lösa en tvist genom medling. Inom ramen för uppdraget i denna del bör verket ta ställning till hur det närmare ska genomföras.

PRV:s ansvar i dessa avseenden bör anges i myndighetens instruktion (förordningen [2007:1111] med instruktion för Patent- och registreringsverket). Lagtekniskt bör de aktuella tvisterna preciseras genom att det anges att de gäller tillämpning av 29–29 e §§

²¹ Jämför t.ex. vad som gäller i fråga om patentombud enligt lagen (2010:1052) om auktorisation av patentombud samt i fråga om tolkar och översättare enligt förordningen (1985:613) om auktorisation av tolkar och översättare.

upphovsrättslagen, som ska genomföra artiklarna 18–20 och 22 enligt förslaget i promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30). Därmed omfattas tvister beträffande de frågor som dessa bestämmelser reglerar.

Det kan noteras att de angivna bestämmelserna ska tillämpas inte bara i förhållande till upphovsmän och utövande konstnärer utan även på bilder som omfattas av fotografirätten. Genom hänvisningen till bestämmelserna i upphovsrättslagen kommer PRV:s uppdrag således att gälla också tvister mellan framställare av fotografier och förvärvare av deras rättigheter, något som inte omfattas av utredningens uppdrag. Enligt utredningens mening saknas det emellertid skäl för att särskilt undanta sådana tvister från verkets uppdrag.

I tillägg härtill skulle man kunna överväga att låta PRV ansvara för att lämna administrativ hjälp i anslutning till tvister på upphovsrättsområdet som är föremål för medling, t.ex. genom att tillhandahålla särskilda regler för medling som parterna kan hänvisa till i sina avtal. I dessa regler skulle man exempelvis kunna överlåta till PRV att utse en medlare, om parterna underlåter att gemensamt göra det inom en föreskriven tid. PRV skulle även kunna fastställa de ersättningar som parterna ska betala för medlingen. Man kan även tänka sig att PRV tillhandahåller egna medlare och utbildar anställda personer för det ändamålet. Verket får redan i dag bedriva uppdragsverksamhet av visst slag (se 3 § förordningen med instruktion för Patent- och registreringsverket).

Att inrätta en ordning av det slaget kräver emellertid förhållandevis stora insatser samtidigt som det är osäkert i vilken omfattning som medling kommer att komma till användning efter att verket har genomfört de nu föreslagna uppdragen. Enligt utredningens bedömning används medling på upphovsrättens område för närvarande inte i en omfattning som motiverar att verket ges i uppgift att ansvara för sådan administrativ hjälp eller för att tillhandahålla egna medlare. Det återstår att se i vilken omfattning medling kommer att användas för att lösa tvister som gäller de bestämmelser som genomför artiklarna 18–20 och 22 i DSM-direktivet. Frågan får i stället övervägas när det finns erfarenheter av detta. I det sammanhanget bör beaktas om ett sådant uppdrag riskerar att konkurrera med verksamhet som bedrivs på den privata sektorn och vad det har för betydelse. Hänsyn bör även tas till behovet av sekretessbestämmelser (jfr 36 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen [2009:400]).

Däremot framstår det som naturligt att PRV, när en medlare från förteckningen anlitas, så långt som möjligt hjälper till med en del praktiska saker som aktualiseras. Det kan t.ex. inte sällan vara av stort värde för medlingen om verket kan ställa upp med lokal och liknande. Beroende på hur uppdraget utvecklas, kan verket med tiden också intressera sig för att arrangera utbildning av medlare på upphovsrättsområdet, såväl för egna anställda som för andra.

11 Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Förslag: Lagändringen ska träda i kraft den 1 juli 2023.

Äldre bestämmelser ska gälla för avtal som har ingåtts före ikraftträdandet.

Ikraftträdande

Lagändringen bör träda i kraft så snart som möjligt. Med beaktande av den tid som kan beräknas gå åt för remittering av förslagen, beredning i Regeringskansliet och behandling i riksdagen, är en lämplig tidpunkt för ikraftträdande den 1 juli 2023. Utredningen föreslår därför att lagändringen träder i kraft den dagen.

Övergångsbestämmelser

Genom den föreslagna lagstiftningen kommer förutsättningarna att ändras för tolkning av vissa villkor i avtal varigenom utövande konstnärer överlåter viss rätt att tillgängliggöra ett framförande.

På förmögenhetsrättens område gäller huvudprincipen att ny lag ska tillämpas bara på avtal ingångna efter lagens ikraftträdande.¹ När man väljer att träffa ett avtal är det naturligtvis rimligt att utgå från den lagstiftning som föreligger vid avtalstillfället. Principen kan i linje med detta förklaras av att enskilda bör kunna lita på att förutsättningarna för ett avtal som de ingår inte kommer att rubbas av lagändringar annat än i undantagsfall. Denna princip kan ses som ett

¹ Jfr t.ex. prop. 2003/04:150 Ny försäkringsavtalslag s. 358, prop. 2013/14:242 Ett stärkt konsumentskydd vid automatisk avtalsförlängning s. 11 och prop. 2017/18:62 Ny järnvägs- trafiklag s. 69, se även Konstitutionsutskottets betänkande KÜ 1974:60.

utflöde av den allmänna rättsgrundsats som anger att retroaktiv tillämpning av lagstiftning i möjligaste mån ska undvikas, en grundsats som bygger på tanken att det är ett viktigt allmänt intresse att man ska kunna förutse de rättsliga konsekvenserna av en handling när den vidtas. Såväl grundsatsen som den angivna principen är alltså angelägna från rättssäkerhetssynpunkt.²

Det brukar anses att avsteg från den redovisade principen bör göras endast om det finns tungt vägande skäl. Ytterst handlar det om att göra en avvägning mellan, å ena sidan, det samhällsintresse som kan vara skäl för att de nya reglerna får fullt genomslag så snart som möjligt och, å andra sidan, de rättssäkerhetssynpunkter som motiverar huvudprincipen. Vid avvägningen bör enskildas intresse av att kunna överblicka konsekvenserna av ett avtal när det ingås ges stor betydelse. Inte minst gäller detta när de nya föreskrifterna på ett tydligt sätt ändrar förutsättningarna för de avtal som har ingåtts. Så är i regel fallet när det kan antas att avtal med huvudsakligen samma innehåll inte skulle ha ingåtts om de nya föreskrifterna hade varit gällande.

Som skäl för en retroaktiv tillämpning i detta fall skulle det kunna anföras att utövande konstnärer som redan har överlåtit en rätt under hela skyddstiden eller avtalat om ensamrätt bör erbjudas samma skydd som de som ingår avtal efter ikraftträdandet. Mot detta står förvärvarnas berättigade intresse av att förutsättningarna för ingångna avtal inte rubbas, liksom de mera allmänna rättssäkerhetshänsyn som ligger till grund för den nämnda huvudprincipen. Vidare bör beaktas att den föreslagna lagstiftningen är av sådant slag att många av de avtal som har ingåtts sannolikt skulle ha fått ett annat innehåll om lagen hade gällt med den föreslagna ändringen vid avtalstillfället. Som framgår är en grundtanke att de nya reglerna ska få betydelse just när avtal ingås. Det finns således betydande nackdelar med en retroaktiv tillämpning i detta fall.

Enligt utredningens bedömning finns det därmed inte skäl att frångå huvudprincipen att ny lagstiftning av detta slag ska tillämpas bara på avtal ingångna efter lagens ikraftträdande. I fråga om avtal som har ingåtts före ikraftträdandet bör i stället äldre bestämmelser fortsätta att gälla.

² I svensk rätt finns det emellertid inte något allmänt förbud mot retroaktiv lagstiftning annat än på de straffrättsliga och skatterättsliga områdena, se 2 kap. 10 § regeringsformen.

Det finns olika synsätt på om det behövs en uttrycklig övergångsreglering om detta eller inte. Om någon övergångsbestämmelse inte förs in, följer det normalt ändå av allmänna principer att de nya reglerna inte gäller för äldre avtal. I allmänhet blir lagsiftningen emellertid klarare och man hindrar missuppfattningar genom uttryckliga övergångsbestämmelser. Det förhållandet att det här rör sig om lagsiftning som ska skydda rättighetshavaren talar för att det av tydlighetsskäl behövs en uttrycklig bestämmelse; principen om att ny lag inte tillämpas på gamla avtal brukar ju då inte vara lika stark. Utredningen anser alltså att en övergångsbestämmelse med den angivna innebörden bör tas in i lagen.

12 Konsekvenser

Bedömning: 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. De samhällsekonomiska konsekvenserna bedöms sammantaget vara mycket begränsade.

De uppdrag som Patent- och registreringsverket föreslås få kommer att leda till en viss kostnadsökning som ryms inom ramen för verkets nuvarande förvaltningsanslag.

Inledning

I 14–15 a §§ kommittéförordningen (1998:1474) finns bestämmelser om vilka konsekvenser av en särskild utredares förslag som ska redovisas.

Utredningens förslag saknar nämnvärd betydelse för många av de förhållanden som förordningen nämner. Det gäller exempelvis brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet, jämställdheten mellan kvinnor och män och möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen. Utredningens förslag är heller inte av sådan beskaffenhet att de kan sägas påverka kostnaderna eller intäkterna för kommuner och regioner på något beaktansvärt sätt. Förslagen har inte heller betydelse för den kommunala självstyrelsen.

I det följande finns en närmare beskrivning de konsekvenser som förslagen kan antas få.

Samhällsekonomiska konsekvenser

Utredningen föreslår att nya bestämmelser ska gälla i fråga om vissa överlåtelser som utövande konstnärer gör. Regeln leder till att en utövande konstnär får en starkare ställning i förhållande till den som förvärvar rättigheterna. Som sägs i avsnitt 9.3 resulterar detta i att utövande konstnärer får generellt sett bättre förutsättningar att avtala om rimliga villkor när de överlåter sina rättigheter. I enskilda fall kan det därmed hända att en högre ersättning avtalas, men några betydande kostnadsökningar för förvärvare i stort lär det knappast vara fråga om.

Som framgår i avsnitt 9.3 kommer avtalsparterna att få ett tydligt incitament att reglera de frågor som bestämmelserna gäller. 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.

Med beaktande av kostnadernas begränsade omfattning kan det inte antas att förvärvare kommer att behöva övervältra dessa på förvarare i senare led. Det kan därmed inte heller antas att konsumenter kommer att drabbas av några kostnadsökningar.

Enligt utredningens bedömning är de samhällsekonomiska följderna alltså sammantaget mycket begränsade.

Statsfinansiella konsekvenser

I avsnitt 10.8 föreslås att Patent- och registreringsverket (PRV) ska få i uppdrag att tillhandahålla en förteckning över medlare. För att få in anmälningar från personer som är villiga att åta sig medlingsuppdrag, kommer verket att behöva nå ut med information om förteckningen bland lämpliga yrkespersoner. Arbete kommer även att krävas för att utforma förteckningen på ett lämpligt sätt och administrera de anmälningar som verket får in. De kostnader som detta medför kommer att vara tydligast under ett inledande skede.

PRV ska även tillhandahålla information om medling som tvistlösningsform på området. I samband med detta lär verket behöva ta fram en plan för hur man bäst når ut med upplysningarna. Informationen ska dessutom tas fram, sammanställas och göras tillgänglig på

lämpligt sätt. Även här handlar det om kostnader, i form av arbetstid, som främst ligger i inledningskedet.

Det är svårt att mera exakt bedöma den arbetstid som uppdragen kommer att kräva. I viss utsträckning beror det på hur verket väljer att genomföra dem. Enligt utredningens bedömning handlar det under alla förhållanden om ett för verkets del förhållandevis begränsat arbete där kostnaderna blir marginella. Verkets nuvarande förvaltningsanslag, som uppgår till drygt 335 miljoner kronor, kan enligt utredningens bedömning rymma denna kostnadsökning.

Som sägs i avsnitt 10.8 kan PRV hjälpa till med en del praktiska saker som aktualiseras i samband med medlingsförfaranden. Detta kan bli aktuellt i enskilda fall men är inte en följd av förslaget som sådant. Inte heller verkets möjligheter att arrangera utbildning av medlare är en följd av förslaget.

13 Författningskommentar

13.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

45 § En utövande konstnär har, med de inskränkningar som föreskrivs i denna lag, en uteslutande rätt att förfoga över sitt framförande av ett litterärt eller konstnärligt verk eller ett uttryck av folklöre genom att

1. ta upp framförandet på en grammofonskiva, en film eller en annan anordning, genom vilken det kan återges,
2. framställa exemplar av en upptagning av framförandet, och
3. göra framförandet eller en upptagning av det tillgängligt för allmänheten.

De rättigheter som avses i första stycket 2 och 3 gäller till utgången av femtionde året efter det år då framförandet gjordes. Om upptagningen har getts ut eller offentliggjorts inom femtio år från framförandet, gäller rättigheterna i stället till utgången av det femtionde eller, för ljudupptagningar, sjuttionde året efter det år då upptagningen först gavs ut eller offentliggjordes.

Bestämmelserna i 2 § andra–fjärde styckena, 3, 6–9, 11–13 och 15 a–16 §§, 16 a § tredje stycket, 16 e–17 c, 17 e, 21, 22, 25–26 b, 26 e, 26 k–26 m och 27–30 §§, 39 § första meningen samt i 41–42 j §§ ska tillämpas i fråga om framföranden som avses i denna paragraf. När det gäller rätt till en ljudupptagning som en utövande konstnär har överlåtit till en framställare av ljudupptagningar ska dock 29 d § inte tillämpas efter det femtionde året efter det år då upptagningen först gavs ut eller, om den inte getts ut, det år då den först offentliggjordes.

När ett exemplar av en upptagning enligt denna paragraf med den utövande konstnärens samtycke har överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet får exemplaret spridas vidare.

Fjärde stycket ger inte rätt att tillhandahålla allmänheten

1. exemplar av en upptagning genom uthyrning eller andra jämförliga rättshandlingar, eller
2. exemplar av en film eller annan anordning på vilken rörliga bilder tagits upp genom utlåning.

Paragrafen innehåller regler om den ensamrätt som en utövande konstnär har med avseende på sina framföranden. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.

I *tredje stycket* finns hänvisningar till vissa bestämmelser i den egentliga upphovsrätten som ska tillämpas även i fråga om en utövande konstnärs framföranden. Hänvisningarna har utökats till att avse också 30 §.

Hänvisningen till 30 § innebär att när en utövande konstnär överlåter sin rätt att överföra ett framförande till allmänheten eller att framföra det offentligt, ska överlåtelsen gälla för en tid av tre år och inte medföra ensamrätt. En utövande konstnär har i det angivna avseendet alltså samma förutsättningar som en upphovsman.

Bestämmelserna i 30 § gäller inte när överlåtelsen avser ett filmverk. Det innebär att de inte ska tillämpas när överlåtelsen avser ett framförande som ingår i ett sådant verk. Ytterligare en förutsättning framgår av 27 §, där det anges att 30 § tillämpas i den utsträckning som något annat inte har avtalats. Rättsförhållandet ska regleras enligt vad parterna har avsett, inte bara när de tagit in uttryckliga villkor i avtalet utan även när det av omständigheterna framgår vad deras avsikt har varit (se prop. 1960:17 s. 177 och 178). En tolkning av parternas avtal ska således göras. Det kan då framgå att överlåtelsen ska gälla under hela skyddstiden eller vara av exklusiv beskaffenhet, och detta fastän parterna inte uttryckligen har reglerat frågan. Men om parterna inte kan anses ha avtalat om något annat, ska det som sägs i 30 § alltså gälla.

Vidare är 30 § tillämplig endast när det som överlåts är en ensamrätt. Som framgår av 47 § gäller i stället särskilda bestämmelser i fråga om vissa förfoganden med ljudupptagningar av utövande konstnärers framföranden. Om den rätt som överlåts omfattas av de bestämmelserna, blir 30 § alltså inte tillämplig. Som exempel på förfoganden som även i fråga om ljudupptagningar faller utanför tillämpningsområdet för 47 §, och som utövande konstnärers ensamrätt alltså omfattar, kan nämnas överföringar till allmänheten i fall då överföringen sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till

upptagningen från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer (se 47 § första stycket 2). När överlåtelsen avser en sådan rätt ska således 30 § tillämpas.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2023.

2. För avtal som har ingåtts före ikraftträdandet gäller 45 § i den äldre lydelsen.

Enligt *punkt 1* träder lagen i kraft den 1 juli 2023. Lagen tillämpas alltså från och med den dagen (men med de begränsningar som följer av övergångsbestämmelsen).

I *punkt 2* anges att 45 § i den äldre lydelsen gäller för avtal som har ingåtts före ikraftträdandet. Det innebär att de nya bestämmelserna ska tillämpas endast i förhållande till avtal som ingås efter ikraftträdandet.

Övervägandena finns i avsnitt 11.

Kommittédirektiv 2021:31

Ersättning vid tillgänglighöranden på begäran och alternativ tvistlösning på upphovsrättsområdet

Beslut vid regeringssammanträde den 12 maj 2021

Sammanfattning

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. Den ena frågan gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få ersättning vid tillgänglighöranden på begäran av verk och framföranden (t.ex. när strömningstjänster på internet ger tillgång till musik eller film på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till den från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer). Den andra frågan gäller ytterligare möjligheter till alternativ tvistlösning på upphovsrättsområdet.

Utredaren ska bl.a.

- ta ställning till om det finns behov av och är lämpligt att införa en s.k. oavvislig ersättningsrätt för upphovsmän och utövande konstnärer, eller om det finns behov av andra åtgärder när det gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter till ersättning för utnyttjanden som innebär tillgänglighöranden på begäran av verk och framföranden,
- ta ställning till om det finns behov av ett nytt, frivilligt system för tvistlösning utom domstol mellan upphovsmän eller utövande konstnärer och de som förvärvat rättigheter till utnyttjandet av deras

verk eller framföranden, för tvister som gäller frågor som regleras i det s.k. ersättningskapitlet i det nya upphovsrättsdirektivet,

- om ett behov av ett sådant nytt system för tvistlösning konstateras, undersöka möjligheterna till branschinterna lösningar för alternativ tvistlösning och redovisa slutsatserna,
- om det bedöms lämpligt, föreslå ett system inom ramen för befintlig myndighetsstruktur för alternativ tvistlösning utom domstol på området, och
- vid behov föreslå nödvändiga författningsändringar.

Uppdraget ska redovisas senast den 12 maj 2022.

Behovet av en utredning

Upphovsrätten ger författare, kompositörer, bildkonstnärer och andra upphovsmän ensamrätt att förfoga över sina verk genom att framställa exemplar av dem och tillgängliggöra dem för allmänheten. Ett verk kan göras tillgängligt för allmänheten genom att exemplar av verket sprids eller genom att det framförs eller visas offentligt. Det kan också tillgängliggöras genom att verket överförs till allmänheten. Det senare sker när ett verk på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Det gäller även överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer, vilket brukar kallas ”tillgängliggörande på begäran” (i praktiken främst ”on demand” på internet).

Nationellt finns bestämmelserna om upphovsrätt främst i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen). Upphovsmännen är inte den enda rättighetshavarkategorin i upphovsrättslagen. En annan grupp är de utövande konstnärerna (musiker, skådespelare, dansare och andra artister). De utövande konstnärerna har ensamrätt att förfoga över sina framföranden genom att ta upp dem på anordningar genom vilka de kan återges. De har också rätt att framställa exemplar av upptagningarna och göra framförandena eller upptagningarna tillgängliga för allmänheten. Användning av upphovsrättsligt skyddat material förutsätter alltså i regel tillstånd från upphovsmän och andra rättighetshavare, och på om-

rådet råder som utgångspunkt avtalsfrihet, vilket innebär att rättighets-havarna fritt kan överlåta sina rättigheter.

Det finns ett antal EU-direktiv på upphovsrättsområdet som påverkar den nationella lagstiftningen. Under våren 2019 antog medlemsstaterna och Europaparlamentet ett nytt, omfattande direktiv som ska vara genomfört senast den 7 juni 2021 (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). Direktivet innehåller bland annat åtgärder för att uppnå en välfungerande marknad för upphovsrätt. Enligt direktivets skäl är upphovsmän och utövande konstnärer oftast i en svag förhandlingsposition när de i egenskap av fysiska personer, men även genom sina egna företag, licensierar eller överlåter sina rättigheter för utnyttjande mot ersättning. I den del av direktivet som ibland kallas ersättningskapitlet (artiklarna 18–23) finns därför krav på att medlemsstaterna ska ha vissa regler till skydd för upphovsmännen och de utövande konstnärerna.

I ersättningskapitlet finns bestämmelser om rätt till lämplig och proportionerlig ersättning till upphovsmän och utövande konstnärer när de överlåter sina verk och framföranden (artikel 18), rätt till information om hur de överlåtna verken och framförandena utnyttjas (artikel 19), rätt för upphovsmännen och de utövande konstnärerna att göra anspråk på ytterligare ersättning om den ursprungligen överenskomna ersättningen visar sig vara oproportionerligt låg (artikel 20), krav på alternativ tvistlösning (artikel 21) och rätt för upphovsmän och utövande konstnärer att återkalla överlåtna rättigheter vid utebliven användning av ett verk eller framförande (artikel 22). Hur ersättningskapitlet och resten av direktivet bör genomföras nationellt övervägs för närvarande inom Regeringskansliet.

Diskussionen om upphovsmännen och de utövande konstnärernas situation när det gäller möjligheten att få betalt för sina prestationer i takt med den digitala och tekniska utvecklingen, har dock pågått under en längre tid. Flera aktörer har i olika sammanhang framhållit att det finns anledning att se över om kulturskaparnas möjligheter att få betalt för den användning som sker på olika digitala tjänster kan förbättras.

Mot bakgrund av vad som nu sagts finns det anledning att låta en särskild utredare närmare analysera två frågor som aktualiserats i anslutning till det nya upphovsrättsdirektivet.

Uppdraget om ersättning vid tillgängliggöranden på begäran av upphovsrättsligt skyddat innehåll

Ersättningskapitlet i det nya direktivet om upphovsrätt på den digitala inre marknaden tar sikte på att stärka upphovsmäns och utövande konstnärers ställning som avtalspart.

Flera organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer har dock under lång tid gjort gällande att det för tillgängliggöranden på begäran av verk och framföranden bör införas en lagstadgad rätt till särskild ersättning. Ersättningen ska inte vara bunden till de avtal om utnyttjande av verk och framföranden som upphovsmän och utövande konstnärer ingår. Som skäl för detta anges att musiker och andra utövande konstnärer, men även vissa upphovsmannagrupper (särskilt på det audiovisuella området), har en svag förhandlingsposition. Det medför att de har svårt att få till stånd avtal som berättigar till ersättning specifikt för denna typ av användning (särskilt inte löpande ersättning) eller att ersättning utgår endast i begränsad omfattning. Organisationerna menar vidare att det i dagsläget ofta är i de reklam- eller abonnemangsavgiftsfinansierade strömningstjänsterna som de stora intäkterna genereras och att upphovsmännen och de utövande konstnärerna inte får del av dessa intäkter, eftersom det normalt sett inte är de som ingår avtal med tillhandahållarna av tjänsterna. Det pekas också på att nya typer av distributionstjänster och olika upplägg där strömningstjänsterna erbjuds till kunderna som del i ett paket med andra tjänster medför särskilda svårigheter att avgöra vilka värden verken genererar.

Den typ av ersättning som i första hand förespråkas av organisationerna är en ersättning som ska utges av den som på begäran tillgängliggör verket eller framförandet för allmänheten, oavsett om det är upphovsmannens eller den utövande konstnärers avtalsmotpart eller någon som i ett senare led förvärvat rättigheten. Ersättningen ska enligt vad organisationerna föreslår utgå oberoende av vad parterna har kommit överens om vid överlåtelsen av rättigheten, och det ska inte gå att avstå från eller överlåta rätten till ersättning. Den ska enligt förslaget betalas till berörda kollektiva förvaltningsorganisationer som i sin tur ska betala ut ersättningen till upphovsmännen och de utövande konstnärerna. Denna variant av garanterad rätt till ersättning har kommit att benämnas oavvislig ersättningsrätt och skulle innebära en nyordning på upphovsrättsområdet i Sverige.

Den ersättningsordning som organisationerna föreslår har stött på kritik från intressenter på bland annat producentsidan och de som tillgängliggör verk och framföranden på begäran. De synpunkter som har framförts är t.ex. att en oavvislig ersättningsrätt innebär ett ingrepp i avtalsfriheten och att systemet riskerar att snedvrیدا marknaden och leda till dubbel ersättning.

Samtidigt slår Konstnärspolitiska utredningen i sitt betänkande ”Konstnär – oavsett villkor?” (SOU 2018:23) fast att den digitala utvecklingen medför att möjligheterna för konstnärer (dvs. utövare och upphovsmän inom alla konstformer) att göra sina rättigheter gällande har försämrats och att det har blivit svårare för dem att ta betalt för sina konstnärliga verk. Dessutom pekar utredningen på att obalansen mellan aktörerna på den kulturella och kreativa marknaden har ökat. Utredningen framhåller att upphovsrätten är central för att upphovsmän och utövande konstnärer ska kunna leva på sitt skapande, och gör bedömningen att reglerna behöver ses över i syfte att stärka konstnärernas ställning och minska risken för obalans mellan parterna.

Mot bakgrund av vad som framkommit anser regeringen att det finns anledning att utreda behovet och lämpligheten av att införa en oavvislig ersättningsrätt, eller någon annan åtgärd, när det gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter till ersättning för utnyttjanden som innebär tillgängliggöranden på begäran av verk och framföranden.

Utgångspunkten för utredningsuppdraget är en välfungerande upphovsrättsmarknad. Det måste därför göras en avvägning mellan motstående intressen där det beaktas hur en oavvislig ersättningsrätt (och varje annan åtgärd som övervägs) påverkar de berörda aktörerna på marknaden. I uppdraget ingår att analysera i vilken utsträckning behoven av åtgärder skiljer sig åt mellan olika branscher och kategorier av rättighetshavare. Lagstiftningen på området måste också vara anpassad till Sveriges åtaganden inom EU och internationellt.

Utredaren ska därför

- analysera och redogöra för upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter att få lämplig och proportionerlig ersättning för tillgängliggöranden på begäran av deras verk och framföranden,
- ta ställning till om det finns behov av och är lämpligt att införa en s.k. oavvislig ersättningsrätt för upphovsmän och utövande konst-

närer, eller om det finns behov av andra åtgärder när det gäller upphovsmäns och utövande konstnärers möjligheter till ersättning för utnyttjanden som innebär tillgängliggöranden på begäran av deras verk och framföranden, och

- vid behov föreslå nödvändiga författningsändringar.

Uppdraget om alternativ tvistlösning på upphovsrättsområdet

Enligt artikel 21 i det nya direktivet om upphovsrätt på den digitala inre marknaden ska tvister som gäller rätten till information om hur verk och framföranden utnyttjas (transparenskravet i artikel 19) och rätten att omförhandla avtal (avtalsanpassningsmekanismen i artikel 20) kunna bli föremål för ett frivilligt förfarande för alternativ tvistlösning. Bestämmelsen motiveras av att upphovsmän och utövande konstnärer ofta är obenägna att hävda sina rättigheter gentemot sina avtalsparter vid domstol (se skäl 79). I skälen anges att medlemsstaterna antingen kan inrätta nya organ eller mekanismer eller använda sig av befintliga organ eller mekanismer, oberoende av om de är bransch-interna eller offentliga eller ingår i det nationella rättsväsendet.

Frivilliga förfaranden för tvistlösning finns redan i Sverige i form av skiljeförfarande och privat medling. Även om direktivet inte kräver att det ska finnas ytterligare möjligheter till alternativ tvistlösning har det i samband med genomförandet – främst från organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer – framförts att det finns ett behov av detta. Enligt organisationerna bör ett sådant förfarande vara billigare och enklare för parterna än de befintliga skiljeförfarandena och det bör finnas tillgång till särskild bransch-kunskap.

En effektiv tvistlösning torde i förlängningen kunna bidra till en väl fungerande marknad och stärka upphovsmännens och de utövande konstnärernas ställning. Även om direktivet förutser att befintliga organ och mekanismer för alternativ tvistlösning (såsom skiljeförfarande och privat medling) ska kunna användas för att uppfylla kraven enligt direktivet, finns det enligt regeringen skäl att låta en särskild utredare undersöka behovet av alternativ tvistlösning i en efter omständigheterna anpassad form.

För att ett alternativt tvistlösningsförfarande ska utgöra ett relevant alternativ krävs att det är enkelt, snabbt och billigt samt att rele-

vant branschkunskap finns representerad. Eftersom det handlar om kommersiella tvister är ett kostnadsfritt alternativt tvistlösningsförfarande inom ramen för en statlig nämnd – på det sätt som förekommer på konsumentområdet – inte ett alternativ enligt regeringen. Det som i stället i första hand bör undersökas är om det finns möjlighet till branschinterna lösningar, t.ex. i form av privata nämnder eller särskilda medlingsförfaranden. Sådana branschinterna organ eller mekanismer ses också som ett alternativ enligt det nya upphovsrättsdirektivet (se skäl 79). Det går även att föreställa sig ordningar inom ramen för befintlig myndighetsstruktur, där en myndighet t.ex. ansvarar för ett medlarregister eller annan administrativ hjälp till parterna som komplement till dagens tvistlösningsmöjligheter.

När det gäller den särskilda medlingen som i dag finns på upphovsrättsområdet enligt lagen (2017:322) om medling i vissa upphovsrättstvister kan det konstateras att den är tillämplig på tvister om ingående av vissa specifika typer av avtal. Det handlar alltså inte om att lösa tvister inom ramen för ett redan ingånget avtal. Att utsträcka lagens tillämpningsområde till att även omfatta de nu aktuella situationerna i EU-direktivet framstår enligt regeringen inte som lämpligt och bör därför inte utgöra en del av utredarens uppdrag.

Om inte utredaren kommer fram till att övervägande skäl talar emot det bör en eventuell ny form av alternativ tvistlösning kunna tillämpas inte bara på tvister om transparenskravet och avtalsanpassningsmekanismen, såsom föreskrivs i direktivet, utan även på tvister som kan uppkomma i anledning av de bestämmelser som genomför övriga artiklar i ersättningskapitlet.

Utredaren ska därför

- utvärdera och ta ställning till behovet av ett nytt, frivilligt system för tvistlösning utom domstol mellan upphovsmän eller utövande konstnärer och de som förvärvat rättigheter till utnyttjandet av deras verk eller framföranden, för tvister i anledning av de bestämmelser som genomför artiklarna 18–20 och 22 i det nya upphovsrättsdirektivet,
- om ett sådant behov konstateras, undersöka möjligheterna till branschinterna lösningar för alternativ tvistlösning och redovisa slutsatserna,

- om det bedöms lämpligt, föreslå ett system inom ramen för befintlig myndighetsstruktur för alternativ tvistlösning utom domstol på området, och
- vid behov föreslå nödvändiga författningsändringar.

Konsekvensbeskrivningar

Utredaren ska beakta de krav på konsekvensbeskrivningar som finns i 14–15 a §§ kommittéförordningen (1998:1474). I detta ingår att bedöma och redovisa de ekonomiska konsekvenserna av förslagen för staten, företag och andra enskilda. Om förslagen kan förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna ska utredaren föreslå hur dessa ska finansieras. Utredaren ska också ange om förslagen får några konsekvenser ur ett jämställdhetsperspektiv.

Kontakter och redovisning av uppdraget

I den omfattning utredaren behöver det ska synpunkter inhämtas från berörda branscher, myndigheter och organisationer. Utredaren ska beakta det arbete som bedrivs inom Regeringskansliet med anknytning till uppdraget, särskilt när det gäller genomförandet av det nya direktivet om upphovsrätt på den digitala inre marknaden.

Utredaren ska göra de internationella jämförelser som bedöms befogade och i den utsträckning som det anses lämpligt redovisa och beakta gällande rätt och lagstiftningsarbete i Norden och i EU.

Uppdraget ska redovisas senast den 12 maj 2022.

(Justitiedepartementet)

Statens offentliga utredningar 2022

Kronologisk förteckning

1. Förbättrade åtgärder när barn misstänks för brott. Ju.
2. En skärpt syn på brott mot journalister och utövare av vissa samhällsnyttiga funktioner. Ju.
3. Sveriges tillgång till vaccin mot covid-19 – framgång genom samarbete och helgardering. S.
4. Minska gapet. Åtgärder för jämställda livsinkomster. A.
5. Innehållsvillkor för public service på internet – och ordningen för beslut vid förhandsprövning. Ku.
6. Hälso- och sjukvårdens beredskap – struktur för ökad förmåga. Del 1 och 2. S.
7. Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2022. Samhället, tekniken och etiken. M.
8. Rätt och rimligt för statligt anställda. Fi.
9. Avfallsbeskattning – En fråga om undantag? Fi.
10. Sverige under pandemin. Volym 1 Samhällets, företagens och enskildas ekonomi. Volym 2 Förutsättningar, vägval och utvärdering. S.
11. Handlingsplan för en långsiktig utveckling av tolktjänsten för döva, hörselskadade och personer med dövblindhet. S.
12. Startlån till förstagångsköpare av bostad. Fi.
13. Godstransporter på väg – vissa frågeställningar kring ett nytt miljöstyrande system. Fi.
14. Sänk tröskeln till en god bostad. Fi.
15. Sveriges globala klimatavtryck. M.
16. Ett förstärkt lagstöd för utlämnande av sekretesskyddade uppgifter till utlandet. Fö.
17. En modell för att mäta och belöna progression inom sfi. U.
18. EU:s förordning om terrorism-innehåll på internet – kompletteringar och ändringar i svensk rätt. Ju.
19. Utökade möjligheter att använda hemliga tvångsmedel. Ju.
20. Privatkopieringsersättningen i framtiden. Ju.
21. Rätt för klimatet. M.
22. Vägen till ökad tillgänglighet – delaktighet, tidiga insatser och inom lagens ram. S.
23. En oavvislig ersättningsrätt? Ju.

Statens offentliga utredningar 2022

Systematisk förteckning

Arbetsmarknadsdepartementet

Minska gapet. Åtgärder för minskade livsinkomster. [4]

Finansdepartementet

Rätt och rimligt för statligt anställda. [8]

Avfallsbeskattning – En fråga om undantag? [9]

Startlån till förstagångsköpare av bostad. [12]

Godstransporter på väg – vissa frågeställningar kring ett nytt miljöstyrande system. [13]

Sänk tröskeln till en god bostad. [14]

Försvarsdepartementet

Ett förstärkt lagstöd för utlämnande av sekretesskyddade uppgifter till utlandet [16]

Justitiedepartementet

Förbättrade åtgärder när barn misstänks för brott. [1]

En skärpt syn på brott mot journalister och utövare av vissa samhällsnyttiga funktioner. [2]

EU:s förordning om terrorisminnehåll på internet – kompletteringar och ändringar i svensk rätt. [18]

Utökade möjligheter att använda hemliga tvångsmedel. [19]

Privatkopieringsersättningen i framtiden. [20]

En oavvislig ersättningsrätt? [23]

Kulturdepartementet

Innehållsvillkor för public service på internet – och ordningen för beslut vid förhandsprövning. [5]

Miljödepartementet

Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2022. Samhället, tekniken och etiken. [7]

Sveriges globala klimatavtryck. [15]

Rätt för klimatet. [21]

Socialdepartementet

Sveriges tillgång till vaccin mot covid-19 – framgång genom samarbete och helgardering. [3]

Hälso- och sjukvårdens beredskap – struktur för ökad förmåga. Del 1 och 2. [6]

Sverige under pandemin. Volym 1 Samhällets, företagens och enskildas ekonomi. Volym 2 Förutsättningar, vägval och utvärdering. [10]

Handlingsplan för en långsiktig utveckling av tolktjänsten för döva, hörselskadade och personer med dövblindhet. [11]

Vägen till ökad tillgänglighet – delaktighet, tidiga insatser och inom lagens ram. [22]

Utbildningsdepartementet

En modell för att mäta och belöna progression inom sfi. [17]