

SVENSKA
MUSIKERFÖRBUNDET

YTTRANDE
2021-12-13

Ju2021/03517

Per e-post till:

ju.remissvar@regeringskansliet.se, och

ju.L3@regeringskansliet.se

Svenska Musikerförbundets yttrande av promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30)

Upphovsrätten på den digitala inre marknaden, Ds 2021:30

Svenska Musikerförbundet har inbjudits att yttra sig över promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30).

Yttrande

Svenska Musikerförbundet kommer inte att yttra sig över hela promemorian utan kommer begränsa sitt yttrande till de förslag till ändringar i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk som är av särskild betydelse för våra medlemmar och för utövande musiker och artister i stort. I synnerhet kommer vårt fokus i yttrandet att ligga på avsnitt 13, dvs. artiklarna 18-23 i DSM-direktivet.

Svenska Musikerförbundet ställer sig generellt ifrågasättande till flera delar av de förslag som läggs fram i promemorian då vi befarar att den svenska staten inte kommer uppnå vissa av de krav som direktivet ställer upp med dessa förslag. Framförallt ställer vi oss skeptiska till att den svenska staten kommer uppnå det krav som artikel 18 ställer upp, dvs. att säkerställa att upphovspersoner och utövande konstnärer ska erhålla en lämplig och proportionerlig ersättning vid överlåtelser av sina rättigheter. Denna bestämmelse bör ses som en allmän princip som ska uppnås genom olika ”mekanismer” och som är beroende av en tillräckligt god implementering av artiklarna 19-21. Enbart genom att implementera samtliga dessa artiklar på

ett adekvat sätt i enlighet med direktivets syfte kommer den svenska staten att uppfylla direktivets krav. Vi kommer att utveckla detta närmare i det följande.

Avsnitt 13.1 – Inledande överväganden om upphovsrättsliga avtal

Svenska Musikerförbundet vill inledningsvis konstatera att det i avsnitt 13.1 saknas en närmare beskrivning av syftet med artikel 18-23 i DSM- direktivet, och således vad den svenska staten ska försöka uppnå genom implementeringen av dessa artiklar. Svenska Musikerförbundets uppfattning och ställningstagande är att dessa artiklar skall ha till syfte att skapa en bättre balans på den upphovsrättsliga marknaden där balansen ska jämnas ut till upphovspersoner och utövande konstnärers fördel. Fokus ska särskilt ligga på den digitala marknaden där det sedan flera år tillbaka nu har skett en förskjutning av såväl makt som kapital som varit förödande i förhållande till upphovspersoner och utövande konstnärers nackdel. Enskilda upphovspersoner och utövande konstnärer är oftast, om inte alltid, i en svagare förhandlingsposition när de ska överlåta eller licensiera sina rättigheter.

Svenska Musikerförbundet vill härvid kommentera att ett viktigt steg i att jämna ut balansen på den digitala upphovsrättsmarknaden är att förskjuta skyldigheterna som DSM-direktivets artiklar ställer upp till att omfatta även senare förvärvare i värdekedjan. Det är i senare led de stora intäkterna görs och där upphovspersonerna saknar både insikt och möjlighet att påverka de villkor som ställs upp där. Ser man bara till dagens aktuella nyhetsläge (per den 2021-12-02) används obegripligt stora summor pengar som genererats tack vare musikaliska upphovspersoners verk och prestationer till att investeras i AI-krigsföringsbolag. Självklart bör en grundare av en sådan innovativ plattform som Spotify få plocka ut vinst och investera dessa pengar i företag som denna själv väljer, men när detta enbart är en bråkdel av den första andelen vinst som tas ut på upphovspersonernas bekostnad så måste en förändring ske! Det görs stora vinster och nya utdelningar längst hela värdekedjan tills enbart smulorna kommer ner till den enskilde musikern eller artisten där den absoluta majoriteten idag inte längre kan försörja sig på försäljning av sin musik. Svenska Musikerförbundet menar på att den svenska staten misslyckas i att balansera ut dessa maktförhållanden genom att inte föreslå tvingande regler som gäller även för senare förvärvare i värdekedjan. Att föreslå obligationsrättsliga bestämmelser som gäller gentemot första förvärvaren är absolut ett steg i rätt riktning, men Svenska Musikerförbundet menar på att detta inte kommer vara tillräckligt för att uppnå kravet om att upphovspersoner ska erhålla en lämplig och proportionerlig ersättning vid överlåtelser av upphovsrätt.

Avsnitt 13.2 - Rätt till skälig ersättning, (art. 18)

Enligt förslaget ska upphovsmannen ha rätt till ”*skälig*” ersättning *när denna överlåter upphovsrätt* till någon som avser att nyttja rätten ”*i förvärvsverksamhet*”.

Angående begreppet ”skälig”

I direktivet framgår det tydligt att en upphovsman ska ha rätt till ”lämplig och proportionerlig” ersättning när denne överlåter sin rätt till annan. Svenska Musikerförbundet anser att hela syftet med att direktivet uppger såväl ”lämplig” som ”proportionerlig” som rekvisit är att åtgärda ett problem som varat under lång tid på marknaden, dvs. att upphovsmän och utövande konstnärer, i stort, inte erhåller en skälig ersättning idag när de överlåter sina rättigheter till annan. Lämplig och proportionerlig bör således tolkas som något som är utöver ”skälig” där hela syftet är att de nya reglerna ska leda till generella höjningar av vissa ersättningar.

Promemorian har lagt fram förslaget om att implementera regeln med ordet ”skälig”. Motiveringen till detta går att utläsa på sid. 190-192, där det bl.a. framgår att medlemsstaterna ges stort handlingsutrymme för implementeringen av artikel 18, samt att ledning ska kunna tas ifrån bestämmelserna i § 29 och § 54 Upphovsrättslagen. Motiveringen som vi utläser det är inte att själva begreppet i sig ska vara avgörande, utan snarare att den skäliga ersättningen ska belysas utifrån olika aspekter av betydelse. Vi instämmer visserligen i argumentet att det redan vid överlåtelsens initiering ska det beaktas sådana omständigheter som ska beaktas vid intrång (54 §). Emellertid skall som ovan angivits ”lämplig och proportionerlig” förstås som en ersättning som går något utöver vad som föreskrivs idag. Praxis på marknaden ska inte vara utgångspunkten, utan den måste korrigeras.

Svenska Musikerförbundet anser således att för att den svenska staten ska uppnå kravet enligt direktivet måste det i lagen framgå att uphovspersonerna ska ha rätt till en lämplig, skälig och proportionerlig ersättning då denne överlåter sina rättigheter. Promemorian verkar med det nuvarande förslaget mer ta ledning ifrån en rubrik ovanför artiklarna än de faktiska artiklarna som stipulerar dessa ord.

Angående ”när en upphovsman överlåter upphovsrätt”

Svenska Musikerförbundet anser att förslaget träffar fel när det begränsar bedömningen av vad som ska anses vara lämplig och proportionerlig ersättning i förhållande till de omständigheter som råder vid *tillfället för överlåtelsen*. Svenska Musikerförbundets tolkning av artikel 18 är att en upphovsperson eller en utövande konstnär ska ha rätt till en lämplig och proportionerlig ersättning under hela den tid som avtalet löper. Stöd för detta går bl.a. att dra utifrån syftet med direktivet, dels utifrån det engelska begreppet ”where” som förekommer i den engelska versionen av direktivet. Detta begrepp ska inte översättas till en begränsning av avtalstillfället, utan snarare i betydelsen ”om” eller ”i det fall” en upphovsperson överlåter sina rättigheter. Svenska Musikerförbundet menar således att bestämmelsen inte är avsedd att begränsas i tid till att enbart omfatta de omständigheter som råder vid avtalstillfället, utan att upphovspersonen ska ha rätt till en lämplig, skälig och proportionerlig ersättning under hela den period som överlåtelsen gäller.

Angående ”förvärvsverksamhet”

Svenska Musikerförbundet anser att förslaget om att begränsa omfånget av artikel 18-23 till ”någon som avser att nyttja rättigheterna i förvärvsverksamhet” behöver ses över och utvecklas ytterligare. Svenska Musikerförbundet instämmer dock i att ”förvärvsverksamhet” är att föredra framför ”kommersiell”. En brist är emellertid att det inte tydligt framgår i promemorian vad som avses med ”förvärvsverksamhet” varför det inte heller tydligt går att kommentera vad den faktiska innebörden av begreppet kommer medföra i praktiken. Svenska Musikerförbundet menar härvid att begreppet måste ges en bred träffyta som även omfattar överlåtelser som inte sker i vinstsyfte, vilket t.ex. ofta sker hos ideella och offentliga verksamheter.

Angående ”mekanismer”

Ser man till skäl 73 i det antagna DSM-direktivet så framgår det att:

”Medlemsstaterna bör vara fria att tillämpa principen om lämplig och proportionell ersättning genom olika existerande eller nya mekanismer, till exempel kollektivavtalsförhandlingar och andra mekanismer, på villkor att mekanismerna är förenliga med tillämplig unionsrätt.”

Svenska Musikerförbundet har tidigare varit tydliga med att en sådan mekanism som skulle vara nödvändig att införa i syfte om att uppnå en lämplig och proportionerlig ersättning för

utövande musiker och artister skulle vara en s.k. ”oavvislig ersättningsrätt”, (som nämns på sid 189-190 i promemorian). Denna fråga fick en särskild utredare den 12 maj 2021 att utreda lämpligheten och behovet av särskilt. Det går i detta läge att konstatera att denna utredning inte har gått i rätt riktning och att den särskilda utredaren inte verkar beakta de erfarenheter, underlag eller de synpunkter som lämnats över till den särskilda utredaren. Flera organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer delar denna uppfattning och menar på att denna utredning inte tar ansvar för att upphovspersoner och utövande konstnärer får skälig ersättning i senare led i överlåtelse-kedjan. **Svenska Musikerförbundet vidhåller att det enda sättet att säkerställa att utövande musiker och artister erhåller en lämplig och proportionerlig ersättning när de överlåter sina rättigheter avseende on-demand- nyttjande är att det inrättas en mekanism som berättigar dem till ersättning för detta nyttjande, (en oavvislig ersättningsrätt).**

Avsnitt 13.3 - Rätt till ytterligare skälig ersättning, (art. 20)

Enligt förslaget ska en upphovsman ha rätt till *ytterligare skälig ersättning* ifall det efter ett avtal har ingåtts kan konstateras att den avtalade ersättningen är *oproportionerligt* låg i förhållande till *förvärvarens intäkter* från utnyttjandet av verket.

Likt artikel 18 tar artikel 20 sikte på att upphovspersonen eller den utövande konstnären ska erhålla en lämplig och proportionerlig ersättning för den överlåtna rätten. Trots detta verkar förslaget inte mena på att ersättningen inte ska gå ett erhållas retroaktivt, utan att man enbart ska kunna ”jämka” ersättningsregleringen inför framtiden efter det att man åberopat, och vunnit rätt enligt artikel 20.

Musikerförbundet anser att förslaget om att inte bevilja rätt till *retroaktiv* ersättning från avtalets ingående är ett grovt åsidosättande av syftet med artikel 18 och 20. Att enbart föreslå jämkning av ersättningen för framtiden kommer innebära att upphovspersonen eller den utövande konstnären inte erhåller en lämplig och proportionerlig ersättning under alla de år som gått fram tills dess man vunnit framgång med åberopande av artikel 20.

För att försöka förklara detta närmare ska vi försöka exemplifiera detta med ett exempel:

1. En sessionsmusiker medverkar på en ljudinspelning av ett musikalskt verk och erhåller en engångsersättning om 3000 kr (inkl. moms, sociala avgifter etc). Överlåtelsen är total, (dvs. samtliga närstående rättigheter överläts under hela inspelningen skyddstid). Vid avtalets ingående ansågs detta vara en ”skälig” ersättning, men efter några år får inspelningen internationell spridning och spelas frekvent över hela världen. Sessionsmusikern uppmärksammar inte detta med en gång, utan det dröjer ytterligare ett år innan hen upptäcker att låten som denne medverkat i har uppnått flera miljoner streams och att musikbolaget tjänat miljontals kronor genom streams, synkroniseringar till bild och liknande nyttjanden. Dvs. först efter att låten har haft sin största spridning och genomslagskraft åberopar sessionsmusikern att hen bör ha rätt till ytterligare ersättning. Sessionsmusikern genomgår ett ”medlingsförfarande” i enlighet med den särskilda utredarens förslag som tar 6 månader som inte ger något resultat och sessionsmusikern har härtill fått lov att bekosta ombudskostnader och medlingsarvode. Sessionsmusikern måste därför ta processen vidare genom domstol och stämmer musikbolaget med åberopande av 29 § 2 st. URL. Efter 1,5 år i domstol får sessionsmusikern rätt till 5 % royalty på samtliga framtida intäkter. Eftersom förslaget inte innefattar någon rätt till retroaktiv ersättning skall alltså sessionsmusikern inte ha någon rätt till lämplig och proportionerlig ersättning från alla de miljontals kronor som verket dragit in under åren som gått och under de år som hen drivit processen i domstol. Vid denna tidpunkt har nya inspelningar tagit över topplistorna och låten spelas inte längre i lika stor utsträckning varför dessa 5 % royalty slutligen inte genererar så mycket pengar. Har sessionsmusikern tur kan hen i vart fall efter några år erhålla täckning för de utgifter hen ådragit sig från medlingsförfarandet.

Genom att inte införa att rätt till ytterligare *retroaktiv* ersättning anser Musikerförbundet att den svenska staten kommer misslyckas med att garantera upphovspersoner och utövande konstnärer en lämplig och proportionerlig ersättning när denna överlåter sina rättigheter. Det framgår visserligen inte tydligt i promemorian ifall rätten till ytterligare skälig ersättning ska beräknas ifrån det att man åberopat rätten eller från det man vunnit rätt i en domstol. Med detta exempel hoppas vi i vart fall att det framgår att det är av stor vikt att detta tydliggörs att rätten till ytterligare skälig ersättning som lägsta nivå ska erhållas från den tidpunkt upphovspersonen eller den utövande konstnären åberopat sin rätt enl. § 29 st. 2 upphovsrättslagen.

Ang. ”förvärvarens intäkter”

Enligt förslaget skall det enbart gå att rikta krav mot den första förvärvaren, eller den som trätt in i avtalet med upphovspersonen i förvärvarens ställe. Musikerförbundet vill uppmärksamma fyra stora problem med detta förslag:

- 1. De största intäkterna görs oftast av senare förvärvare som behåller en stor del av intäkterna vilket rättighetshavarna inte har någon möjlighet att förutse eller påverka vid ingången av avtalet med den första förvärvaren.**

Ser man till musikbranschen är det ofta en rättighetskedja fram till musiken tillgängliggörs på plattformar som t.ex. Spotify, Apple Music el. liknande. Det finns många olika variationer och olika upplägg/längd på kedjorna, (olika antal förvärvare), men en av de vanligaste är ”Artist → ”Indiebolag” (mindre musikbolag) → ”Majorbolag” (Warner/SONY/Universal) → Spotify/Apple Music etc. I detta exempel är Indiebolaget artistens avtalspart (förvärvaren).

Avtalsvillkoren med förvärvaren går att granska/förhandla och förutse i viss begränsad utsträckning. För att tydliggöra hur ett ersättningsvillkor ofta ser ut i dessa exempel så är nedan exempel hämtat från ett sådant avtal:

”Vid försäljning/streaming i digitala format av ljud- och/eller bildbärare utgår en royalty till Artisten med 15 % av Bolagets nettointäkt. Med nettointäkt menas de intäkter som de facto utbetalas till Bolaget av Bolagets digitala distributör.”

Det som ett Indiebolag inte berättar i denna situation för artisten är att de har ett masterlicensavtal med ett majorbolag där Artisten inte har någon insikt i hur denna överenskommelse ser ut (eller möjlighet att påverka). Majorbolag har särskilda överenskommelser med digitala plattformar som vi inte har någon insikt i, varför det kan vara förmånligt för indiebolag att gå genom dessa. Vad vi däremot vet är att majorbolagen behåller ca 50-70 % av intäkterna (efter att plattformen såklart först har tagit sin del om 30 %). Det vi har att göra med är således en rättighetskedja som ser ut på följande sätt:

Spotify, erhåller 100 % av intäkterna (behåller 30 % av dessa 100 %) → Majorbolag erhåller 70 %, (behåller 50 % av dessa 70 %) → Indiebolag, erhåller 35 %, (behåller 85 % av dessa 35 %) → Artist, som erhåller **5, 25 %** i slutändan. Vidare ska denna artist ofta dela denna andel med andra musiker och får inte heller ut sin andel förens produktionskostnader kvittats hos förvärvaren. Ifall vi tar samma exempel med genererade intäkter om 100 000 kr ser det ut på följande sätt:

Spotify, 100 000 kr → Majorbolag, 70 000 kr → Indiebolag, 35 000 kr → Artist, 5 250 kr.

Ovan exempel är beräknat utifrån hur en verklig rättighetskedja kan se ut avseende utgivning av musik. Notera att redan innan förvärvaren erhållit sin andel i detta exempel har 65 % av intäkterna redan försvunnit längst kedjan.

Det som dock ska poängteras i detta exempel är att även om upphovspersonens avtal med den första förvärvaren ger upphovspersonen rätt till 99 % av förvärvarens nettointäkter, så kan inte upphovspersonen kontrollera eller påverka ifall den senare förvärvaren behåller 99 % av intäkterna innan upphovspersonens andel beräknas, (dvs. ifall upphovspersonen erhåller 99 % av 1 % av intäkterna). Detta är ett extremt exempel, men det **påvisar orimligheten i att inte kunna göra anspråk på ersättning från senare förvärvare.** Svenska Musikerförbundet menar på att detta förslag måste revideras till att även omfatta senare förvärvare för att det ska ha någon effekt och för att den svenska staten ska kunna uppnå direktivets krav om att upphovspersoner ska erhålla en rimlig och proportionerlig ersättning när de överlåter sin upphovsrätt. För det fall promemorian inte vill föreslå att även senare förvärvare ska omfattas av reglerna är det enda alternativet som Svenska Musikerförbundet kan se (för att åtgärda orimligheten i att upphovspersonerna enbart erhåller smulor av det värde de är med och skapar), att införa en oavvislig ersättningsrätt.

2. Förslaget riskerar att hämma kulturen.

Den första förvärvaren är ofta en producent som varken har stor budget eller vinstmarginal i sin verksamhet. Detta gäller för såväl musikproduktioner som för t.ex. tv/film-produktioner etc. De stora vinsterna gör ”beställaren” dvs. musikbolaget eller filmbolaget som betalar producenten en klumpsumma för att skapa produktionen samt därigenom ingå avtal med upphovspersoner och utövande konstnärer och förvärva deras rättigheter. Med förslagets

utformning kommer det bli dessa producenter som ytterst kommer bära det stora ansvaret för att i framtiden eventuellt komma att behöva betala ytterligare lämplig och proportionerlig ersättning till upphovspersonerna och de utövande konstnärerna. Problemet med detta är för det första att den stora vinstmarginalen inte ligger hos producenten som är den första förvärvaren, dvs. upphovspersonerna kommer inte kunna erhålla så mycket mer ersättning i förhållande till förvärvarens intäkter. För det andra finns det en överhängande risk för att producenterna inte kommer vilja ta sig an uppdrag och produktioner i lika stor utsträckning i framtiden då förslaget kommer innebära att de tar en större risk i förhållande till den ersättning de erhåller för att skapa produktionen. Svenska Musikerförbundet anser att det finns en överhängande risk med att förslagets nuvarande utformning kan leda till att produktionerna minskar i framtiden till följd av detta. Det nuvarande förslaget uppnår inte heller det syfte som samtliga kulturorganisationer har drivit igenom att få till DSM- direktivet från början, dvs. att upphovspersonerna och de utövande konstnärerna ska kunna ta det av det värde som de är med och skapar. Som redovisats ovan görs ofta det största värdet i senare led i rättighetskedjan, varför förslaget måste revideras till att även omfatta dessa aktörer.

3. Det är inte ovanligt att artister köper tillbaka sin master och kan då bli ersättningskyldig mot andra rättighetshavare.

Inte sällan erbjuds artister att ”köpa tillbaka” masterninspelningar som denna medverkat i efter att ett tag har gått. Detta öppnar upp för en risk att artisten potentiellt skulle kunna erhålla ett krav om ytterligare skälig ersättning från de medverkande musikerna snart efter att artisten förvärvat rättigheterna. Det blir problematiskt om man enbart kan rikta krav mot den person som träder in i avtalet medan aktören som tidigare var den första förvärvaren gjort den största vinsten innan denna överlåter rättigheterna vidare. Denna problematik gäller förstås oavsett vem den nya förvärvaren är av rättigheterna. Snart efter att en ny aktör förvärvat rättigheterna till inspelningen kan ett krav riktas mot denna om ytterligare skälig ersättning. Svenska Musikerförbundet anser att det uppstår en risk avseende att kravet enbart kan riktas mot den som träder in som förvärvare i avtalet (då detta kan innebära större ekonomisk risk för den nya förvärvaren). Denna risk är särskilt stor när denna i sin tur inte har någon möjlighet att regressa kravet mot senare förvärvare i rättighetskedjan som troligen gjort de största intäkterna.

4. Förslaget banar väg för företagsstrukturer som kringgår reglerna.

Genom att upphovspersoner och utövande konstnärer enbart kommer kunna rikta krav mot den första förvärvaren menar Svenska Musikerförbundet på att det finns en överhängande risk för att förvärvare kommer upprätta flera företag till vilka de kan överlåta rättigheterna vidare till. Genom att upprätta andra bolag som de kan överlåta rättigheterna vidare till kan de behålla en större del av intäkterna i det senare bolaget utan risk för att i framtiden erhålla ett krav om att betala ut ytterligare skälig ersättning till rättighetshavarna.

Redan idag (och sedan en längre tid tillbaka) finns det företagsstrukturer i musikmarknaden där musikbolag har olika filialer/dotterbolag eller ”samarbetspartners” i t.ex. olika länder där ”samarbetspartnerna” innehåller en stor del av intäkterna avseende intäkter som genererats i just det landet. Detta är en avsiktlig rättighetskedja som upprättats av musikbolagen i syfte att kunna behålla så stor del av intäkterna som möjligt innan den slutliga upphovsrättspersonen erhåller sin procentandel. Skulle förslaget gå till lagstiftning i dess nuvarande form menar Svenska Musikerförbundet på att det kommer finnas ytterligare incitament för förvärvare att skapa ytterligare ”mellanhänder” för att kringgå förslagets regler.

Ang. ”oproportionerligt”

Svenska Musikerförbundet anser att det uppstår ett för stort mellanrum från artikel 18 till artikel 20, dvs. det är ett stort hopp från att erhålla en ”skälig” ersättning enligt förslagets genomförande av artikel 18, till att kunna bevisa att man erhållit en ”oproportionerligt” låg ersättning enligt förslagets genomförande av artikel 20. Som svenska Musikerförbundet uppgett ovan är genomförandet av artikel 18 högst beroende av att även artikel 20 implementeras på ett bra sätt. Genom att dessa bestämmelser inte korrelerar med varandra närmare går det inte att tillförsäkra att upphovspersonen eller den utövande konstnären erhåller en skälig ersättning.

Låt säga att det snart efter att en upphovsperson överlåtit sina rättigheter till en förvärvare går att konstatera att denne inte erhölet en skälig ersättning enligt artikel 18. Vid ingåendet av överlåtelsen går det att argumentera för att det var en skälig ersättning, (då man inte visste att verket skulle få sådan spridning och genomslagskraft). Men så snart denna har fått stor spridning och genomslagskraft går det inte längre att hävda sin rätt till skälig ersättning enligt artikel 18. För att få ordning på detta är det således artikel 20 som upphovspersonen måste

åberopa. Dock går det inte vid detta tillfälle att konstatera att ersättningen är oproportionerligt låg i förhållande till förvärvarens intäkter från utnyttjandet av verket. Det går att konstatera att ersättningen inte är skälig i enlighet med artikel 18, men att uppnå rekvisitet ”oproportionerligt låg” är desto svårare och det kommer behöva gå ytterligare tid för att uppnå detta krav och för att erhålla information enligt artikel 19, (ifall man t.ex. är en sessionsmusiker ”vars bidrag till verket inte är betydande”). Det kommer således passera en period då upphovspersonen varken erhåller skälig ersättning enligt artikel 18 eller har rätt till ”ytterligare skälig ersättning” enligt artikel 20. Svenska Musikerförbundet anser således att förlagets implementering av artikel 20 behöver ses över i detta avseende. Det ska inte behöva föreligga ”ett tydligt missförhållande mellan ersättningen till upphovspersonen och de intäkter förvärvaren har”. På sin höjd bör det krävas ”ett visst missförhållande”.

Ang. retroaktivitet om tio år

Enligt förslaget ska rättigheten om att yrka på ytterligare skälig ersättning gälla med en retroaktivitet om tio år. Svenska Musikerförbundet är positiva till utredningens förslag om att bestämmelsen ska ha retroaktiv verkan, emellertid hade det varit önskvärt att retroaktiviteten skulle kunna sträcka sig tillbaka åtminstone 20 år.

För 20 år sedan hade inte de digitala plattformarna som möjliggjorde ”on demand-lyssnandet” ännu inte introducerats på marknaden. När dessa plattformar introducerades på marknaden valde musikbolagen ensidigt att tillgängliggöra musikaliska verk vars skyddstid ännu inte hade löpt ut på dessa plattformar. Detta skedde utan någon förhandling eller notifikation till rättighetshavarna, utan de tillämpade samma royaltynivå till rättighetshavarna hade haft för fysisk utgivning på förvärv som sträcker sig tillbaka till 60-talet, (i enlighet med det ursprungliga förvärvet). Genom att rättighetshavare inte reagerade på detta förens långt senare ansågs dessa ha blivit bundna av denna låga royalty genom konkludent handlande, (se t.ex. Stockholm Tingsrätts dom med mål nr. T 11335–14, meddelad den 2016-02-12).

Detta exempel gäller för i stort alla musiker och artister som medverkade på inspelningar som gavs ut innan streaming tillkommit. Genom att enbart föreslå en retroaktivitet om 10 år kommer dessa rättighetshavare aldrig att få någon möjlighet till att erhålla en skälig ersättning för det ytterligare nyttjande som musikbolagen ensidigt vidtog när streaming introducerades. Svenska Musikerförbundet anser att retroaktiviteten måste förlängas till att omfatta rättighetsöverlåtelse som skedde 20 år bakåt i tiden.

Avsnitt 13.4 - Rätt till information, (art. 19)

Enligt förslaget ska bl.a. upphovspersoner, vars *bidrag till verket inte är betydande*, enbart ha rätt till informationen *på begäran* om han eller hon behöver den för att kunna framställa krav på ytterligare skälig ersättning.

Ang. ”bidrag till verket inte är betydande”

Svenska Musikerförbundet motsätter sig starkt förslaget om att upphovspersoner och utövande konstnärers ”vars bidrag till verket inte är betydande” ska undantas från rätten till att erhålla information löpande.

Branschorganisationerna för musikbolagen har här starkt hävdade att t.ex. en sessionsmusikers prestationer ”lätt hade kunnat utföras av en annan”. Vi noterar att förslaget har tagit upp detta som ett exempel och ifrågasätter starkt hur detta är förenligt med § 45 URL. En producent eller ett musikbolag kan visserligen hävda och argumentera för att det inför ett inspelningstillfälle går att välja mellan ett flertal olika sessionsmusiker som kan medverka vid inspelningen för att tillföra t.ex. ett framförande av gitarr. I denna del kan Musikerförbundet hålla med om att det kan finnas flera olika musiker som skulle kunna passa in i inspelningen och bidra med sin unika prestation. Emellertid måste man skilja på tillfället då man väljer vilken prestation som ska inkluderas och den som man slutligen väljer. Skillnaden är att man förvärvar en enskild utövande konstnärers prestation, som är unik i sitt eget framförande.

För att förklara vidare går det att ta upp exemplet som förslaget tar upp i sin motivering om att t.ex. en illustratörs omslag på en bok inte är betydande i förhållande till boken i sig som verk. Det finns visserligen säkerligen flera olika illustratörer som skulle kunna skapa ett fantastiskt omslag som skulle passa till boken, men när man väl valt en illustratörs verk att integrera till verket så är detta ett unikt verk i sig vars rättigheter man förvärvar varför denna självklart bör ha rätt till information minst en gång per år – utan att behöva framställa krav om ytterligare skälig ersättning.

En ytterligare jämförelse är att ett produktionsbolag ”med lätthet” hade kunnat välja att synkronisera en annan låt till introt till t.ex. tv-produktionen ”Friends”, eller ”Game of Thrones”. Emellertid valde produktionsbolaget just den låten som blev synkroniserad, varför

det är just rättighetshavarna till det verket som bör ha rätt till information, oavsett om det verket är väldigt litet i förhållande till hela serien.

För det fall ovan resonemang bemöts med svårighet vill Svenska Musikerförbundet föreslå ett undantag till den föreslagna regeln med följande utformning:

”Om upphovspersonens bidrag till verket, eller om verket ingår i ett annat verk i förhållande till detta, inte är betydande, ska upphovsmannen bara ha rätt till informationen om han eller hon behöver den för att kunna framställa krav på ytterligare skälig ersättning. I sådana fall ska upphovsmannen få informationen på begäran.

För det fall förvärvaren har informationen sammanställd och redan har skyldighet att översända informationen till vissa upphovspersoner enligt första stycket skall emellertid även upphovspersoner vars bidrag inte är betydande i förhållande till verket ha rätt att erhålla sådan information minst en gång per år.”

Ser man till musikbranschen så är det oftast enbart den framstående artisten och producenten som erhåller en rätt till ersättning som förhåller sig till förvärvarens nettointäkter (royalty). Musikbolaget (förvärvaren) har således en redovisningsskyldighet till dessa personer och detta sker som regel på halvårsbasis, (detta är standard i musikbranschen). Det är samma information som skickas till dessa upphovspersoner som är av relevans även för medverkande sessionsmusiker. Det vore således inte någon ”administrativ börda” att översända samma information även till sådana upphovspersoner och utövande konstnärer ”vars bidrag anses vara icke betydande”.

Information från underlicenstagare

Enligt förslaget har upphovsmannen rätt till information på begäran från underlicenstagare som har informationen *ifall förvärvaren inte har tillgång till informationen som upphovsmannen har rätt till.*

Svenska Musikerförbundet anser att upphovspersoner och utövande konstnärer alltid bör ha rätt till information från underlicenstagare på samma sätt som de bör ha rätt att rikta krav om ytterligare skälig ersättning från dessa. Svenska Musikerförbundet ser det som obegripligt hur detta förslag som ska implementera ett direktiv med syfte att lösa situationen på den digitala inre marknaden där senare förvärvare är de som är de som behåller de största intäkterna. På

samma sätt som det är av väsentlig betydelse att senare led ska kunna bära ansvar i förhållande till artikel 18 och 20 måste de likväl ha en informationsskyldighet i förhållande till upphovspersoner och utövande konstnärer. Musikerförbundet har ovan gett flera exempel och invändningar till varför särskilt förslaget implementering av artikel 20 behöver utvecklas till att omfatta även senare förvärvare. På samma sätt är det av väsentlig betydelse att upphovspersonerna och de utövande konstnärerna erhåller relevant och uttömmande information om hur dennes prestation eller alster nyttjats och vilka intäkter som genererats från dessa senare förvärvare.

Som en lägsta nivå anser Svenska Musikerförbundet att den första förvärvaren, i vart fall, ska ha en skyldighet att redovisa till vilken/vilka denne överlåtit rättigheterna vidare till, samt hur stor andel av intäkterna dessa aktörer erhåller.

Rätten till information måste även gälla i förhållande till äldre avtal

I enlighet med förslaget om att upphovspersoner och utövande konstnärer ska ha rätt till ytterligare skälig ersättning för överlåtelser som skett tio år bakåt i tiden (bör vara 20 år enligt Musikerförbundets inställning), måste det betraktas som en självklarhet att även rätten till information ska ha retroaktiv verkan i förhållande till rätten till ytterligare ersättning. Hur ska upphovspersoner och utövande konstnärer annars kunna utreda huruvida dem de facto har rätt till ytterligare skälig ersättning?

Avsnitt 13.5 - Rätt att häva ett avtal

Enligt förslaget ska en upphovsperson eller utövande konstnär ha rätt att häva ett avtal med en förvärvare till vilken de överlåtit upphovsrätt med ensamrätt och förvärvaren inte inom skälig tid utnyttjat verket, och upphovsmannen därefter uppmanat förvärvaren att utnyttja verket och förvärvaren därefter inte inom *sex månader* från uppmaningen gör det.

Svenska Musikerförbundet anser att rätten att häva exklusiva avtal där förvärvaren inte nyttjat verket måste gälla med retroaktiv verkan. Det finns omfattande fall där upphovspersoner och utövande konstnärer (flera år tillbaka) överlåtit sina rättigheter till förvärvare med exklusiv verkan där förvärvaren inte har nyttjat verket än idag. Genom att inte föreslå att denna bestämmelse ska implementeras med retroaktiv verkan går det svenska samhället miste om omfattande kultur som skulle kunna "låsas upp" genom att denna bestämmelse ges retroaktiv verkan.

Det bör gå att konstatera att en förvärvare av upphovsrätt med ensamrätt som inte nyttjat denna under flera år rimligen inte är en seriös aktör och inte heller har någon avsikt att nyttja den. Vidare ska det noteras att **i ett fall då en förvärvare av upphovsrätt med ensamrätt inte har nyttjat verket under flera år kommer det inte gå att yrka på ytterligare skälig ersättning**, (det kommer inte finnas någon ytterligare ersättning att göra anspråk på i förhållande till de intäkter förvärvaren erhållit). Det vore således orimligt ifall man i en sådan situation inte heller ska ha rätt att häva avtalet.

Ang. tidsfristen om ”sex månader”

Enligt förslaget har upphovspersonen en skyldighet att uppmana förvärvaren att nyttja verket varvid förvärvaren har sex månader på sig att rätta sig. Svenska Musikerförbundet anser att tidsfristen om sex månader är rimlig, emellertid vore det önskvärt att införa ett ”incitament” för förvärvaren att bekräfta mottagande av uppmaningen.

Det är brukligt inom många avtal på musikområdet att upphovspersonen åläggs en skyldighet att uppmana förvärvaren vid ett avtalsbrott, varvid förvärvaren har viss tid på sig att rätta sig innan upphovspersonen har rätt att häva avtalet. Svenska Musikerförbundet har hjälpt flertalet utövande konstnärer i situationer av detta slag där förvärvaren ”gjort sig oåtkomlig” i syfte att förhindra upphovspersonen från att häva avtalet. Förfarandet med en uppmaning går att jämföra med en ”delgivning” där den som ska delge en person har bevisbördan för att denne mottagit delgivningen. På samma sätt kommer upphovspersonen ha bevisbördan för att visa att förvärvaren mottagit uppmaningen om rättelse. Svenska Musikerförbundet har två alternativa förslag som kan jämna ut detta förslag som i dagsläget innebär en orimlig bevisbörda för upphovspersonen eller den utövande konstnären:

1. Fördela upp tidsfristen om sex månader till att initialt gälla tre månader och en rätt för förvärvaren att begära ytterligare tre månader. Genom att ge förvärvaren rätt till att erhålla tre månader ytterligare blir det ett incitament för förvärvaren att återkoppla till upphovspersonen för att återropa denna rätt, (upphovspersonen får därigenom bevis för mottagandet av uppmaningen).
2. Inför en bevislättning för upphovspersonen vid översändande av uppmaningen.

Problematiken som ofta uppstår vid ”delgivnings-förfaranden” är att bevisbördan ligger hos den som ska delge att denna mottagits. Svenska Musikerförbundets andra förslag är således att införa en bevislätnadsregel för upphovspersonen som innebär att det ska räcka med att upphovspersonen ska kunna visa att denna har gjort flera försök att skicka uppmaning till förvärvaren.

Avsnitt 13.6 – Rätt till alternativ tvistlösning

I promemorian föreslås en ny bestämmelse i 27 § 2 st. sista meningen URL om att det inte ska vara möjligt att inskränka upphovspersoners/utövares möjligheter att påkalla alternativ tvistlösning i tvist om rätt till ytterligare skälig ersättning eller rätt till information.

Enligt promemorians bedömning anses existerande skiljeförfarande och privat medling uppfylla direktivets krav. Svenska Musikerförbundet instämmer inte i denna bedömning, vilket vi även framfört till den särskilda utredning som tillsattes (dir 2021:31) för att överväga en särskild ordning på området. Svenska Musikerförbundet menar att syftet med artikel 21 är att utveckla en branschpraxis på området vilket inte kommer att uppnås genom skiljeförfarande eller medling.

Skiljeförfaranden är mycket kostsamma och är inte ett proportionerligt alternativ för enskilda upphovspersoner eller utövande konstnärer. Rent privat medling är inte heller en önskvärd väg för kulturskapare då detta inte kommer ge någon garanti för framgång medan det istället kommer innebära en garanti för tidsspillan och kostnader till medlare och ombud.

Svenska Musikerförbundet förespråkar en särskild nämnd som bekostas av staten där medling är huvudfokus, men där nämnden även ska komma med ett utlåtande om hur de anser tvisten/situationen, enligt deras mening, borde lösas. På så sätt kan parterna sedan ta ställning till utlåtandet ifall man inte når en överenskommelse och därefter ta beslut ifall man vill ta tvisten vidare till domstol. Genom en sådan ordning kan utlåtanden från branschkunniga personer utvecklas utan att den enskilde upphovspersonen eller utövande konstnären behöver riskera stora ekonomiska kostnader för vad som inte säkert kommer leda till en ekonomisk utdelning, (särskilt om tvisten avser en begäran om att få ta del av information). Det är inte en rimlig ordning att en enskild upphovsperson eller utövande konstnär ska behöva riskera omfattande kostnader för att få ett avgörande om t.ex. rätt till information.

Stockholm som ovan,

Jan Granvik

Förbundsordförande

Svenska Musikerförbundet

Anton Gunnars

Förbundsjurist