

Yttrande över Privatkopieringsersättningen i framtiden, SOU 2022:20

Stim - Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå har genom remiss den 23 maj 2022 beretts tillfälle att avge yttrande över betänkandet Privatkopieringsersättningen i framtiden (SOU 2022:20) ("**betänkandet**").

Inledning och övergripande synpunkter

Stim vill inledningsvis betona vikten av en modern och effektiv ersättningsordning för privatkopiering som är en viktig ersättning för våra anslutna medlemmar. Ersättningen är en del i det upphovsrättsliga ekosystemet och skapar hållbara förutsättningar för de kulturella och kreativa näringarna. Användarnas rätt till privatkopiering ger också bättre upplevelser och mer funktionella tjänster vilket också måste värnas. Detta förutsätter dock att rättighetshavarna erhåller den rimliga kompensation som de enligt infoc-direktivet har rätt till. Under senare år har ett antal avgöranden från EU-domstolen kraftigt begränsat det nationella utrymmet att bestämma utformningen av privatkopieringsersättningen. Vikten av det unionsrättsliga perspektivet och att den svenska regleringen är förenlig med infoc-direktivet kan därmed inte nog understrykas. Den svenska regleringen måste därför utformas på ett sådant sätt att den även fortsättningsvis lämnar utrymme för klargöranden från EU-domstolen. I EU-domstolens avgörande C-433/20 (Austro-Mechana), som meddelades precis innan utredningen presenterat sitt betänkande, framhålls även vikten av ett regelverk som tar hänsyn till den tekniska utvecklingen och till framväxten av digitala medier.

Även den branschöverenskommelse som träffades mellan Copyswede och Elektronikbranschen i oktober 2020, dvs efter att utredningen tillsattes, är viktig att lyfta fram. Överenskommelsen är en bekräftelse på att dagens system fungerar och att fortsatt stort utrymme bör lämnas till marknadens parter. Stim vill också understryka att regelverket och tillämpningen av privatkopieringsersättningen är komplext vilket kräver gedigen kompetens och djup branschkunskap där parterna är bäst lämpade att avgöra dessa frågor. Även om det finns vissa fördelar med inrättandet av en privatkopieringsnämnd är det centralt att parterna ges ett större inflytande än i betänkandets nuvarande förslag. Vidare vill vi särskilt understryka att betänkandet innehåller flera allvarliga faktafel, inte minst på området kring offlineanvändning vilket utvecklas nedan.

Stim kommer i yttrandet endast att beröra ett antal delar av betänkandet och ansluter sig i övrigt till KLYS och Copyswedes remissvar.

Den ersättningsberättigade kretsen

Utredningen föreslår att det i lagtext ska anges att enbart upphovsmän som påverkas ekonomiskt av privatkopiering av deras verk som har rätt till ersättning och att rätt till ersättning inte föreligger om upphovsmannen endast påverkas ekonomiskt i obetydlig omfattning (föreslagen ny URL 26 k §). Av betänkandet framgår att utredningen med detta avser det som anges i skäl 35 i infosoc-direktivet.¹ Där i anges bland annat att rättsinnehavarens förfång *i vissa situationer* är obetydligt och att det i sådana fall inte behöver uppkomma någon betalningsskyldighet. Det stadgas inte att kompensation *aldrig* kan utgå om rättsinnehavarens förfång är obetydligt, utan bara att det då inte *behöver* uppkomma någon betalningsskyldighet. Det framstår därför som olämpligt att i den svenska lagtexten, utan stöd i vare sig direktivet eller avgöranden från EU-domstolen, införa en mera kategorisk regel än den som anges i skäl 35. Stim har förståelse för att den ersättningsberättigade kretsen kan behöva avgränsas på något sätt i och med att den ersättningsberättigade kretsen vidgas med den nu föreslagna 26 k § 1 st. URL. Dock förordar vi att en sådan lagtext i så fall bättre motsvarar de begrepp och krav som ställs i direktivet. Det är också dessa begrepp och krav som EU-domstolen kommer att uttolka i sin rättspraxis varför tolkningen och tillämpningen av de svenska lagreglerna kommer att underlättas vid en tydligare följsamhet mellan direktivsinnehållet och den svenska lagtexten.

Stim vill också betona att skäl 35 inte tar sikte på att *särskilda typer* av privatkopiering, så som den mycket förekommande offlineanvändningen, skulle innebära att förfånget är obetydligt utan endast att så *kan* vara fallet *i vissa situationer*.²

Det finns goda skäl att undvika att ta in innehåll från direktivsskäl i lagtext varför Stim förordar att denna del av den nu föreslagna 26 k § 1 st. URL utgår. Om regeringen ändå skulle välja att införa lagtext med utgångspunkt från vad som anges i skäl 35 i infosoc-direktivet, bör den svenska lagtexten bättre motsvara det aktuella direktivskälet.

Offlineanvändning utgör privatkopior

En stor del av betänkandet berör den exemplarframställning som sker inom ramen för olika streamingtjänster eller via vissa appar genom att användaren väljer att spara ner innehåll från tjänsterna på sin anordning ("**offlineanvändning**"). Det kan till exempel handla om musik på Spotify, filmer och serier på Netflix, ljudböcker på Storytel och podcasts på Sveriges Radio. Vissa av utredningens experter har hävdats att offlineanvändning inte är privatkopior och därför inte omfattas av dessa bestämmelser.³ Vi delar inte denna

¹ Se Betänkandet s. 88.

² Jämför betänkandet s. 97.

³ Se betänkandet s. 92-93.

uppfattning och konstaterar, liksom utredaren, att frågan prövats av Södertörns tingsrätt (mål nr T 9826-13) med slutsatsen att offlineanvändning utgör privatkopiering.

Rättsläget har ytterligare förtydligats genom Austro-Mechana-avgörandet där EU-domstolen, återigen, betonar att begreppet "mångfaldigande" i artikel 5.2 b i infoc-direktivet ska förstås i vid bemärkelse.⁴ Därtill framgår det att "alla typer av medier" i ovan nämn artikel omfattar *alla* medier på vilka ett skyddat verk kan mångfaldigas och att egenskaperna hos anordningarna som används för privatkopiering inte, på något sätt, preciseras i avgörandet.⁵ Vidare förtydligar EU-domstolen att undantaget för privatkopiering även kan tillämpas på mångfaldigande som utförs av en fysisk person med hjälp av en anordning som tillhör tredje part.⁶ Det aktuella målet rörde säkerhetskopior som lagras i molntjänster och tydliga paralleller dras till offlineanvändning då användaren gör kopiorna inom ramen för en tjänst som tillhandahålls av tredje part. Domstolen konstaterar också att det upphovsrättsliga skyddet skulle riskera att bli föråldrat eller obsolet om undantagen i infoc-direktivet tolkades på ett sådant sätt att hänsyn inte togs till den tekniska utvecklingen eller till framväxten av digitala medier.⁷ Mot bakgrund av dessa uttalanden är det svårt att komma till en annan slutsats än att offlineanvändning är ett exempel på privatkopiering.

Offlineanvändning bör vara ersättningsgrundande

Utredningen anser att offlineanvändning inte ska medföra någon kompensation till rättighetshavarna enligt reglerna om privatkopieringsersättning. Denna slutsats är felaktig och saknar stöd i de avgöranden från EU-domstolen som utredningen hänvisar till. Slutsatsen baseras även på en felaktig föreställning att rättighetshavarna, direkt eller indirekt, redan erhållit ersättning för offlineanvändning genom licensavtal med streamingtjänsterna.⁸

Stim är den största organisationen som bedriver kollektiv förvaltning av upphovsrätt i Sverige med fler än 100 000 anslutna musikkapare och förlag. Av de streamingtjänster som möjliggör offlineanvändning till sina användare har den absoluta merparten licensavtal med Stim. Vi känner dock inte igen den beskrivning av licens- och avtalsmarknaden som betänkandet redogör för eller att dessa avtal skulle omfatta privatkopiering.

Inledningsvis bör det förtydligas att användarna inte har en avtalsrelation med rättighetshavarna utan endast ett avtal med tjänsteleverantörerna som reglerar deras användning.⁹ I licensavtalen (som ingås mellan rättighetshavarna och tjänsteleverantörerna) ges streamingtjänsterna en rätt att, mot betalning, nyttja de

⁴ Se p. 16 i avgörandet.

⁵ Se pp. 21 och 24 i avgörandet.

⁶ Se p. 23 i avgörandet.

⁷ Se pp. 25-28 i avgörandet.

⁸ Se betänkandet, s. 101

⁹ Jämför bland annat betänkandets resonemang på s. 91.

verk och/eller prestationer som omfattas av avtalet. Genom vissa av dessa avtal kan tjänsterna låta användarna framställa privatkopior inom ramen för tjänsten (offlineanvändning). Tjänstens funktionalitet påverkar dock inte den rätt till ersättning som rättighetshavarna har enligt 26 k § URL.¹⁰ Det är också viktigt att betona att det är den som har fått sin ensamrätt inskränkt, som ska erhålla den rimliga kompensationen.¹¹ Det är därför irrelevant om användaren eventuellt redan tycker sig ha betalat för privatkopieringen genom en avgift till tjänsteleverantören.¹²

Anledningarna till att privatkopiering inte omfattas i licensavtalen är flera. För det första, är privatkopieringen en inskränkning som inte kan licensieras eftersom det är ett undantag i ensamrätten.¹³ Användarnas privatkopiering grundar sig alltså på det lagstadgade undantaget i 12 § URL. I betänkandet framhålls att det enligt svensk rätt ansetts möjligt att avtalsrättsligt begränsa möjligheten att framställa kopior för privat bruk gentemot användaren.¹⁴ Det framförs också att rättighetshavare antagits kunna träffa avtal där de tillåter exemplarframställning inom ramen för en tjänst och att kopiorna ska beaktas som licensierade kopior (och därigenom också ersättas som licensierade kopior) och inte som privatkopior.¹⁵ Detta synsätt kan möjligen ifrågasättas då licensering av en inskränkning i upphovsrätten skulle kunna innebära en utvidgning av ensamrättens gränser vilket parterna inte kan styra över då ensamrättens ram avgjorts av lagstiftaren genom 2 och 12 §§ URL. Även om det skulle vara möjligt att licensiera en inskränkning i ensamrätten skulle ett sådant avtalsinnehåll i detta fall behöva regleras i flera led för att verka bindande gentemot användaren: *de/s* mellan rättighetshavaren och tjänsten, *de/s* mellan tjänsten och användaren.¹⁶ Sådant avtalsinnehåll förekommer dock inte så vitt Stim känner till. På musikområdet är branschpraxis att det tydligt framgår i gällande licensavtal mellan rättighetshavarna och tjänsteleverantörerna att privatkopiering inte omfattas och att avtalen inte omfattar någon privatkopieringsersättning. Ett exempel på detta är Stims allmänna villkor för musikanvändning där det i 4 § stadgas att:

Licensavtalet täcker inte privatkopiering. Följaktligen är inga avgifter hänförliga till privatkopiering inkluderade i avgiften enligt Licensavtalet.

¹⁰ Se bland annat EU-domstolens avgöranden C-463/12 (Copydan Båndkopi) samt C-460/11 (VG Wort).

¹¹ Se EU-domstolens avgörande C-277/10 (Luksan).

¹² Jämför betänkandet s. 95.

¹³ Se EU-domstolens avgöranden C-435/12 (ACI Adams) samt C-460/11 (VG Wort).

¹⁴ Se betänkandet s. 97. Det kan dock möjligen ifrågasättas om detta är förenligt med C-277/10 (Luksan) och C-460/11 (VG Wort).

¹⁵ Se betänkandet s. 96.

¹⁶ I de situationer som den ursprungliga rättighetshavaren har överlåtit rätten till exemplarframställning till en förvärvare måste även den överlåtelsen, och eventuell vidareöverlåtelse, regleras detta.

Denna fråga utreddes också grundligt inom ramen för mål T 9826-13 där det inte framkom några licensavtal som omfattade en rätt till privatkopiering. Givet de bakomliggande rättighetsförvärven och licensavtalens innehåll, omfattas alltså inte privatkopiering och privatkopieringsersättning genom licensavtalen.

För det andra, är privatkopieringsersättningen en särskild ersättningsordning. Det innebär att innehållstjänsten inte behöver betala för privatkopieringen eftersom sådan användning regleras av privatkopieringsersättningen. Det finns därför mycket små incitament för en streamingtjänst att betala för en inskränkning i upphovsrätten, särskilt med tanke på att det är ett undantag i ensamrätten som inte kan licensieras. Det är därför osannolikt att streamingtjänsterna skulle avtala om ytterligare ersättning till rättighetshavarna, trots att de inte behöver göra detta, och det skulle vara högst oklart vad de *de facto* betalade för. Det är värt att därtill betänka den asymmetriska förhandlingsstyrka som i dag gör sig gällande mellan rättighetshavarna och tjänsteleverantörerna i fråga.¹⁷ Om rättighetshavarna trots allt skulle få till stånd licensavtal där ersättning för inskränkningen omfattades, skulle det behöva framgå mycket tydligt i avtalen (vilket det som ovan redogjorts för, inte gör). Om det i framtiden skulle förekomma sådan ersättning skulle det utgöra en nedsättningsgrund¹⁸ varigenom dagens regelverk redan kan ta hänsyn till detta.

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

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

Skadan är inte obetydlig

Det framstår som att utredaren antyder att offlineanvändningen inte leder till något förfång eller till en obetydlig skada och därför inte ska vara ersättningsgrundande.¹⁹ Vi ställer oss frågande till om detta resonemang är förenligt med EU-domstolens praxis, som också lyfts fram i betänkandet, vilken fastslår att

¹⁷ Se till exempel skäl 72 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

¹⁸ 26 i § 2 st. URL.

¹⁹ Se till exempel s. 99 och 100 i betänkandet.

framställandet av en privatkopia anses utgöra en handling som är ägnad att medföra skada för den berörda rättighetshavaren.²⁰

Som framgår av utredningens genomförda webbenkät står offlineanvändningen för en stor del av privatkopieringen både avseende ljud och rörlig bild. Det rör sig därmed om ett stort antal kopior som medför en eventuell skada för rättighetshavarna. Än tydligare är detta i en undersökning som Kantar gjort på uppdrag av Norwaco som visar att offlineanvändningen år 2021 stod för 67 procent av den totala privatkopieringen av ljud och rörlig bild.²¹

I betänkandet slås fast att de berörda rättighetshavarna påverkas ekonomiskt om deras verk ingår i en verkskategori som privatkopieras i en inte obetydlig omfattning och som når en stor grupp människor. Exempel på den ekonomiska påverkan kan vara förlorade försäljnings- eller licensintäkter för rättighetshavarna eller att deras möjlighet att ta del av vinsten av verken påverkas negativt eller fördröjs till följd av privatkopieringen.²² Som framgår ovan är offlineanvändningen omfattande för både ljud och rörlig bild och påverkar rättighetshavarna negativt ekonomiskt i och med att det inte går att licensiera privatkopieringen. Skadan för offlineanvändningen kan därmed inte anse vara obetydlig och bör ersättas inom ramen för privatkopieringsersättningen.

Myndighetens beslut

Stim saknar resonemang i betänkandet huruvida den föreslagna myndigheten kommer att kunna begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande på samma sätt som en domstol har möjlighet till. Denna fråga blir relevant då det i betänkandet föreslås att det inte ska vara tillåtet att överklaga myndighetens beslut, vilket i så fall skulle kunna begränsa möjligheten till förhandsavgörande. Eftersom privatkopieringsersättningen baseras på infosoc-direktivet bör förhandsavgöranden från EU-domstolen kunna inhämtas vid tolkningssvårigheter för att undvika att olika unionsrättslig grundad praxis uppkommer i olika medlemsstater och för att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning.

Betydelsen av rättssäkra regler kan inte nog betonas varför det är anmärkningsvärt att utredningen inte för ett resonemang kring artikel 6 i Europakonventionen varigenom envar har rätt att få sina civila rättigheter och skyldigheter prövade i domstol. Även om myndighetens beslut skulle kunna anses utgöra normbeslut, riktar sig dessa mot en begränsad grupp, varför besluten ligger nära individuella beslut där det finns starka skäl för att dessa ska vara överklagbara.

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

²¹ Kantar, *Kopiering av opphavsrettslig beskyttat innehåll: Audio- och audiovisuelle verkstyper 2021*.

²² Se betänkandet s. 88.

Stim förordar därför att besluten ska vara överklagbara i den mån en myndighet införs. Detta bör göras genom att knyta en överklagandefrist till myndighetens beslut varefter beslutet vinner laga kraft förutsatt att det inte överklagas. För att undvika ineffektivitet i systemet bör det dock övervägas om kretsen med klagorätt skulle kunna begränsas, till exempel till ett begränsat antal utsedda representanter för parterna så som Copyswede och Elektronikbranschen.

Föreskrifternas förhållande till regeringsformen

I betänkandet föreslås att myndigheten i verkställighetsföreskrifter ska ange de anordningar som används i betydande utsträckning och ersättningsnivåerna för dessa. Som lyfts fram i betänkandet, är huvudregeln att bestämmelser som reglerar enskildas personliga och ekonomiska inbördes förhållanden ska anges i lag.²³ Avsteg från detta kräver att föreskrifterna *de/s* inte tillhör något väsentligt nytt, *de/s* inte innebär nya åligganden för den enskilde eller nya ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden.²⁴

Utrymmet för verkställighetsföreskrifter på det civilrättsliga området är snävt och, som betonas i betänkandet, måste det tydligt preciseras i lag vad som ska beaktas vid bestämmandet av de ersättningspliktiga anordningarna och ersättningsnivåerna för att regleringen ska vara förenlig med grundlagen.²⁵ I dessa fall måste det noga anges i lag hur myndigheten ska gå tillväga när den meddelar sina föreskrifter.

Stim ställer sig frågande till om de förhållanden som anges i den nu föreslagna 26 I § URL och som utgör grunden för myndighetens verkställighetsföreskrifter kan anses vara tillräckligt klara och angivna i lagtext.²⁶ Ett exempel på detta är att myndigheten när den fattar sitt beslut om vilka anordningar som ska vara ersättningspliktiga och vilken ersättningsnivå som ska utgå, bland annat ska beakta privatkopieringens omfattning (den nu föreslagna 26 I § 2 st. 1 p.).

Hur omfattningen ska kunna avgöras är dock inte tydligt, detaljerat och noga beskrivet i enlighet med grundlagens krav. Enligt den föreslagna lydelsen ska myndigheten undersöka de senaste två årens privatkopieringsbeteende och bereda en organisation som enligt 26 m § ansvarar för att samla in och fördela ersättningen samt företrädare för näringsidkare tillfälle att komma in med synpunkter (26 I § 1 st.). Hur undersökningen ska göras, vilket material som ska inhämtas eller om de relevanta parterna kommer ha något reellt inflytande framgår inte av lagtexten. I den föreslagna författningskommentaren framgår det däremot att myndigheten måste skaffa sig en uppdaterad bild av vilken kategori av användare som privatkopierat, vilka typer av verk som privatkopierats, på vilket sätt och med vilken frekvens detta har skett i Sverige under de två senaste

²³ 8 kap. 2 § 1 st. 1 p. RF.

²⁴ Se t.ex. prop. 1976/77:123 s. 372.

²⁵ Se betänkandet s. 121-132.

²⁶ Se lagkommentaren till 8 kap. 7 § 1 p. RF i Grundlagarna RF, SO, RO.

åren.²⁷ Detta framgår dock inte av lagtexten, varför det inte är säkert att den föreslagna lagtexten och de grunder som myndigheten har att beakta inför beslutet om verkställighetsföreskrifterna, är tillräckligt detaljerade, precisa och nog utformade.

Vidare måste lagbestämmelsen som ska fyllas ut genom verkställighetsföreskriften vara så pass detaljerad att det inte tillförs något väsentligt nytt genom föreskriften. Som framgår av betänkandet föreslås att myndigheten både ska besluta om vilka anordningar som ska anses vara ersättningspliktiga och vilken ersättning som ska utgå för dessa.²⁸ Enligt Stims mening finns det en risk för att detta skulle kunna anses medföra nya ingrepp i enskildas ekonomiska förhållanden i och med att nya anordningar och belopp kan komma att beslutas av myndigheten. Även förutsebarheten riskerar att bli lidande i och med att myndigheten kan göra stora förändringar i företagets ersättningskyldighet såväl som rättighetshavarnas erhållna ersättning genom sina beslut. Det riskerar därmed att bli svårt att förutse och planera för de kostnader eller intäkter för privatkopieringsersättning som parterna kommer att ha respektive få. Bedömningen av de ersättningsgrundande nivåerna kan därför inte betraktas som en utfyllnad av lagbestämmelserna som inte tillför något väsentligt nytt.

Sammanfattningsvis riskerar det nuvarande förslaget att leda till rättsosäkerhet och bristande förutsebarhet. Enligt Stim skulle föreskrifterna *de/s* kunna tillföra något väsentligt nytt, *de/s* innebära nya åligganden för den enskilde eller nya ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden. Därtill är det inte säkert att grunden för myndighetens verkställighetsföreskrifter kan anses vara tillräckligt klar och angiven i lagtext vilket gör att förslaget riskerar att inte vara förenligt med regeringsformen. Dessa frågor bör närmare utredas och analyseras om regeringen väljer att gå vidare med förslaget. Ett alternativ skulle till exempel kunna vara att i lag fastställa ersättningsnivåer och nedsättningsgrunder samt ha en legaldefinition för vilka anordningar det ska utgå privatkopieringsersättning för.

Stockholm, dag som ovan

Lina Heyman
Chefsjurist

²⁷ Se s. 166 i betänkandet.

²⁸ Se betänkandet s. 116.