

Diarienummer: (Ju2021/03517)  
Till:ju.remissvar@regeringskansliet.se  
Kopia: ju.L3@regeringskansliet.se

Stockholm den 13 december 2021

# Yttrande angående promemorian Upphovsrätten på den digitala inre marknaden (Ds 2021:30)

## Om Discovery Networks Sweden

Discovery Networks Sweden (DNS) är ett av Sveriges största tv-hus, med kanaler som årligen sänder över 8 000 timmar originalinnehåll på 50 olika språk i 220 länder och territorier. DNS sänder sitt innehåll i följande kanaler: Kanal 5, Kanal 9, Kanal 11, DNS Channel, TLC, Animal Planet, Investigation DNS, DNS World, DNS Science, Eurosport 1, Eurosport 2, Travel Channel. DNS driver även streamingtjänsten Discovery+. s

DNS tackar för möjligheten att yttra sig kring promemorian och lämnar följande synpunkter:

## Sammanfattning av DNS synpunkter

- DNS vill särskilt betona betydelsen av en förutsägbar och ändamålsenlig upphovsrätt för samtliga parter, samt upphovsmannens rätt till skälig ersättning;
- DNS noterar de kostnads- och affärsmässiga osäkerhetsfaktorer som följer av promemorians förslag avseende rätten till ytterligare skälig ersättning samt rätten att häva ett avtal;
- DNS ser, givet avsaknaden av rättspraxis eller tydlig vägledning i promemorian, betydande risker med att upphovsmannen (i) ges retroaktiv rätt till ersättning utöver avtalsenliga bestämmelser, (ii) ges rätt att häva ett avtal om det upphovsrättsskyddade verket ej använts inom en viss tid, (iii) att tidsfristen förslås till 6 månader räknat från dagen då upphovsmannen inkommit med en uppmaning till förvärvaren att utnyttja verket, samt (iv) att upphovsmannen föreslås att i regel ges rätt att behålla mottagen ersättning även om denne häver avtalet;
- Sammantaget anser DNS att promemorians förslag 13.3 och 13.5 brister i proportionalitet och hänsyn till förvärvarens behov av förutsägbarhet, varför förslagen avstyrks.

## Rätt till ytterligare skälig ersättning (§13.3)

DNS ställer sig positiva till en förstärkning av upphovsrätten och åtgärder som främjar dess skydd på internet, samt att skälig ersättning alltid utgår till upphovsmannen.

DNS vill däremot framhålla de risker vi ser i implementeringen av förslaget angående rätt till ytterligare skälig ersättning. I promemorian föreslås att upphovsmannen ges rätt till ytterligare "lämplig och skälig ersättning" i de fall att "den avtalade ersättningen framstår som oproportionerligt låg" (sid. 197), baserat på förvärvarens senare "relevanta direkta och indirekta" intäkter. Promemorian noterar rätteligen att tröskeln för tillämpning av en sådan bestämmelse kan vara lägre än motsvarande svensk rättspraxis. I praktiken innebär det att avtalade ersättningsnivåer på längre sikt saknar relevans, vilket riskerar att undergräva kommersiella aktörers förmåga och vilja att i vissa fall sluta avtal om användande av upphovsrättsskyddat material.

En alltför ensidig reglering till förmån för upphovsmannen innebär att oförutsägbarheten ökar för förvärvaren. Det riskerar i sin tur att slå som hårdast mot upphovsmännen själva, eftersom köp och nyttjande av upphovsrättsskyddade verk minskar i takt med att osäkerheten ökar kring avtalens villkor och långsiktiga kostnader. Som jämförelse avstod stora aktörer inom medie- och kulturbranschens från att köpa upphovsrättsskyddad musik, till förmån för tjänsten Epidemic Sound, när villkoren skärptes av STIM och IFPI. Det ter sig sannolikt att branschen i större utsträckning nyttjar licensfritt material om den ekonomiska förutsägbarheten för investeringen minskar, eller på annat sätt avstår från att köpa in vissa verk, vilket i förlängningen skulle slå hårt mot branschens konkurrenskraft.

### DNS avstyrker promemorians förslag på följande grunder:

- Upphovsmannens rätt till retroaktiv ersättning bör sättas i relation till förvärvarens ekonomiska risk. Den kommersiella aktör som förvärvar rätten att använda upphovsrättsskyddat material kan inte med säkerhet avgöra om förvärvet blir lönsamt på sikt. Ett visst risktagande, inbegripet en uppskattning av verkets framtida värde, utgör således en del av den ekonomiska kalkyl som ligger till grund för ett förvärv. Således är avtalade ersättningar i princip att anses skäliga under hela perioden för avtalets giltighet, såtvillvida avtalet och ersättningsnivåer träffades i enlighet med god avtals sed.
- Att en upphovsrättsinnehavare kan begära ytterligare ersättning, med hänvisning till att lönsamheten för en kommersiell aktör, som följer av ett avtalsenligt nyttjande av materialet på sikt är bättre än förväntad, och utan på förhand definierade kriterier för när en sådan begäran anses uppfylld, utgör ett betydande hinder för kommersiella aktörernas möjligheter att träffa avtal med längre tidshorisont, vilket är särskilt hämmande för den audiovisuella sektorn där behovet av långsiktighet i den verksamheten är stort.
- Promemorian brister i sin hänsyn till kommersiella aktörers aktiva roll i verkens värdeökning. Att nyttjandet av ett verk blir mer lönsamt än prognostiserat kan bero på flera faktorer, exempelvis att ekonomiska resurser vigs åt marknadsföring eller motsvarande åtgärder, eller att verket nyttjas eller framhävs i ett sammanhang med andra kommersiellt framgångsrika verk.
- Promemorian ger inte tillräcklig vägledning i bedömningen av vilka omständigheter som ligger till grund för verkets ökade kommersiella värde. Rätten till ytterligare ersättning bör som regel

villkoras av att lönsamheten huvudsakligen är en följd av yttre omständigheter eller till följd av upphovsmannens person, och inte ett resultat av den kommersiella aktörens aktiva åtaganden eller investeringar.

## Rätt att häva ett avtal (§13.5)

Fortsättningsvis, DNS ser i likhet med förslag 13.3 flera osäkerhetsfaktorer gällande förutsägbarhet och proportionalitet även i promemorians förslag 13.5 (artikel 22 i direktivet).

DNS framhäver att kommersiella aktörers möjligheter att planera och bedriva verksamhet på lång sikt försämras avsevärt i och med förslaget att upphovsmannen får rätt att "(...) häva avtalet och behålla mottagen ersättning om förvärvaren inte utnyttjar verket efter det att en rimlig tid förflutit sedan överlåtelsen och upphovsmannen därefter har uppmanat förvärvaren att utnyttja verket och förvärvaren inte inom sex månader från uppmaningen gör det" (sid.214).

DNS noterar det faktum att direktivet inte ger "(...) någon närmare ledning i frågan om vad som ska anses utgöra en rimlig tid och vad som ligger i detta begrepp kan naturligtvis variera mellan olika sektorer och typer av överlåtelser" (sid.217) och att de tidsmässiga förutsättningarna för nyttjandeplikten därför ska bedömas från fall till fall.

DNS beklagar att promemorian inte väljer att nyttja möjligheten som framgår av EU-direktivet att undanta vissa sektorer från dessa bestämmelser, trots att de rätteligen noterar den audiovisuella sektorns behov av och ofta förekommande långsiktiga planerings- och användandehorisont. DNS anser att inkluderingen av den audiovisuella sektorn i de allmänna bestämmelserna inte är proportionerlig och att rätten att häva ett avtal i stället bör vara föremål för förhandling mellan parterna i varje enskilt fall.

### DNS avstyrker därtill promemorians förslag på följande grunder:

- Syftet med EU-direktivets föreslagna hävningsklausul uppfylls redan av generalklausul §36 i avtalslagen: "Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt". Förekomsten av §36 i avtalslagen bör således besvara direktivets krav om implementering av artikel 22.
- Upphovsmannens föreslagna rätt att häva ett avtal och behålla redan utbetald ersättning hämmar den audiovisuella sektorns konkurrenskraft och lönsamhet. Denna rätt bör sättas i relation till förvärvarens behov av att kunna fatta tidsberoende beslut om affärsverksamheten, särskilt förvärv av rättigheter med längre och/eller obestämd tidshorisont. DNS anser att promemorian inte ger tillräckligt underlag som belägger att fördelarna överväger nackdelarna i en sådan nationell överimplementering och anser i stället att frågan om ersättning bör bedömas i varje enskilt fall.
- DNS vill framhålla att branschaktörer i dagsläget kan köpa in verk och sluta avtal om löpande ersättningsmodeller, oavsett om verket nyttjats vid en viss tidpunkt, vilket innebär att upphovsmannen tilldelas skälig ersättning under en längre tid, utan att avtalet riskerar att hävas.
- Att i den svenska direktivimplementeringen reglera nyttjandetidsfristen till sex månader efter att upphovsmannen notifierat sin intention att häva avtalet är alldeles för kort och bidrar till stor osäkerhet för förvärvaren, särskilt mot bakgrund av att promemorian i övrigt inte på ett

tillfredsställande sätt beskriver vilka kriterier som bör ligga till grund för, eller processen för att fastställa, en hävning av ett avtal. Att förvärvaren inom sex månader tvingas nyttja ett verk innebär stor ekonomisk osäkerhet, i situationer då efterfrågan på marknaden minskat på grund av yttre omständigheter.

- Yttre omständigheter både påverkar och styr planeringshorisonten inom den audiovisuella sektorn. Coronapandemin är ett aktuellt exempel på yttre omständigheter som varken upphovsman eller förvärvare kan påverka, men där distribution av film och andra kulturella verk skjuts fram av kostnads- och lönsamhetsskäl, även i de fall då användning och vidare distribution varit möjlig. Möjligheten att invänta eller pausa en planerad distribution bör därför kvarstå, utan att det påverkar avtalsvillkoren.
- DNS tillstyrker ändock promemorians förslag att som minimikriterium endast samtliga upphovsrättsinnehavare, och inte enskilda upphovsrättsinnehavare, kan åberopa en avtalshävning. Det förefaller lämpligt, ur verksamhetssynpunkt, att enskilda upphovsrättsinnehavare inte kan ställa ensidiga krav om inte samtliga upphovsrättsinnehavare står bakom en sådan framställan. Det ter sig sannolikt att enskilda kravställningar skulle kunna leda till omfattande svårigheter för verksamheten, vilket kan hämma hela produktionskedjan av kulturella verk.