

NIR

Nordiskt Immateriellt Rättsskydd

Det svenska genomförandet av
artiklarna 15 och 17 i DSM-
direktivet

Av Daniel Westman

Särtryck ur NIR 2025 1

Det svenska genomförandet av artiklarna 15 och 17 i DSM-direktivet

Av Daniel Westman★

1. Inledning

De lagändringar som genomför det s.k. DSM-direktivet¹ i svensk rätt trädde i kraft den 1 januari 2023. I denna artikel behandlar jag genomförandet av den nya rätten till presspublikationer (artikel 15) och den nya regleringen av onlinetjänster för delning av innehåll (artikel 17). Bidraget dokumenterar mitt anförande vid det XIX Nordiska upphovsrättssymposiet i Köpenhamn 2024 och fokuserar på de principiella överväganden som den svenska lagstiftaren har gjort i samband med genomförandet. Tyngdpunkten i framställningen ligger på artikel 17, som gav anledning till flest nationella överväganden.

2. Övergripande observationer

Det svenska genomförandet av direktivet präglades av en osedvanligt öppen process. Ett drygt hundratal intressenter och experter bjöds in att följa arbetet med att ta fram en departementspromemoria med förslag till ny lagstiftning.² Eftersom direktivet – inte minst artiklarna 15 och 17 – var föremål för en intensiv debatt under hela lagstiftningsprocessen hade möjligheten att aktivt bidra med synpunkter redan i ett tidigt skede säkerligen en terapeutisk funktion för många inblandade. Men jag tror också att det var värdefullt för Justitiedepartementet att i detta komplexa lagstiftningsärende få in kvalificerade synpunkter tidigare i processen än i samband med den reguljära remissomgången.

Den svenska lagstiftaren har generellt strävat efter ett genomförande nära direktivets ordalydelse. Artikel 17 har emellertid ansetts kräva en mer utförlig nationell reglering än vad direktivet innehåller, detta för att säkerställa att användare av onlinetjänster för delning av innehåll får ett korrekt skydd för framför allt sin informations- och yttrandefrihet.³ För egen del delar jag denna bedömning och menar att den har stöd i EU-domstolens praxis.⁴

★ Oberoende rådgivare och forskare specialiserad på it- och medierätt.

¹ 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.

² Ds 2021:30, Upphovsrätten på den digitala inre marknaden.

³ Prop. 2021/22:278 s. 105 f.

⁴ Se EU-domstolens dom (stora avdelningen) den 26 april 2022 i mål C-401/19, Polen mot parlamentet och rådet, p. 99.

I propositionen argumenterar regeringen för att de här behandlade artiklarna måste förstås i ljuset av sin tillkomsthistoria. På grund av omfattande kritik gjordes under lagstiftningsprocessen ett flertal ändringar och tillägg. Syftet med dessa ändringar måste enligt regeringen ges särskild tyngd vid det nationella genomförandet. En konsekvens av detta förhållningssätt blev att vissa av skälen, som tillkom med anledning av kritiken, genomfördes i den svenska lagtexten.⁵ Regeringen gjorde dessutom flera tolkningsuttalanden som baserade sig på denna syftestolkning av direktivet, men valde i dessa fall att hålla själva lagtexten nära direktivets ordalydelse, främst för att säkerställa förenligheten med eventuellt kommande praxis från EU-domstolen.

3. Rätten till presspublikationer

Artikel 15 har genomförts genom en ny närstående rättighet i 5 kap. upphovsrättslagen⁶. Vidare har en ny avtalslicensbestämmelse inriktad på verk som ingår i presspublikationer införts.

Genomförandet av rätten till presspublikationer ligger generellt nära direktivets ordalydelse. Regeringen gör emellertid bedömningen att skrivningarna i artikel 15.2 om hur den nya rättigheten förhåller sig till andra rättigheter utgör anvisningar till den nationella lagstiftare som inte bör införas i lagtexten.⁷ Rätten till presspublikationer ska i detta hänseende förstås på samma sätt som befintliga närstående rättigheter, dvs. skyddet påverkar inte eventuellt annat skydd för prestationer som ingår i presspublikationen.

I propositionen görs vissa tolkningar av begreppet presspublikation och de uttryckliga avgränsningar som artikeln innehåller. Regeringen betonar samtidigt i flera sammanhang att den auktoritativa tolkningen av direktivet slutligen görs av EU-domstolen.

I propositionen konstaterar regeringen att det inte är helt klart hur presspublikationer ska avgränsas i förhållande till andra publikationer. Regeringens tolkning – baserad på själva definitionen av presspublikation i direktivet och skäl 56 – är emellertid att webbplatser som bedrivs under i princip samma förutsättningar som en traditionell tidning eller tidskrift omfattas av skyddet. Även nyhetswebbplatser utan koppling till en fysisk utgivning omfattas så länge de uppfyller kravet på att vara en regelbundet uppdaterad publikation under en gemensam titel som har till syfte att ge allmänheten information i form av nyheter eller andra teman samt publiceras på initiativ av en tjänsteleverantör och under dennes redaktionella ansvar.⁸

Regeringen gör även vissa tolkningsuttalanden om de uttryckliga avgränsningarna i artikel 15.1 andra till fjärde styckena.

Beträffande avgränsningen i förhållande till ”enskilda användares privata eller icke-kommersiella användning av presspublikationer” (andra stycket)

⁵ Prop. 2021/22:278 s. 108 f.

⁶ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁷ Prop. 2021/22:278 s. 92.

⁸ Prop. 2021/22:278 s. 89.

uttalar regeringen att såväl fysiska som juridiska personers kan omfattas.⁹ Där-
emot menar regeringen att undantaget inte omfattar förfoganden som vis-
serligen inte genererar intäkter, men som avser ge ett mervärde till en i övrigt
kommersiell verksamhet.¹⁰

Regeringen framhåller att avsikten med avgränsningen för ”hyperlänk-
ningsåtgärder” (tredje stycket) inte varit att ändra EU-domstolens praxis om
när länkning utgör en överföring till allmänheten av de skyddade prestationer
som länken leder till. Avgränsningen ska istället anses ta sikte på sådan använd-
ning som sker när den webbadress som utnyttjas i själva länken innehåller delar
av den skyddade presspublikationen. Rätten att använda text och bild som
beskrivning av vad en länk leder till (s.k. snippets eller rika länkar) anses emel-
lertid inte styras av den aktuella avgränsningen, utan av avgränsningen som tar
sikte på enskilda ord i eller mycket korta utdrag ur en presspublikation.¹¹

Regeringen gör bedömningen att inte bara text utan även viss använd-
ning av bild och video kan omfattas av avgränsningen för ”enskilda ord i eller
mycket korta utdrag ur en presspublikation” (fjärde stycket). Vidare uttalas att
det normalt får anses vara tillåtet att återge till exempel rubriker och andra
utdrag av motsvarande omfattning, till exempel i samband med länkning.¹²
Regeringen anser dock att det är olämpligt att föregripa EU-domstolens kom-
mande prövning genom att fastställa närmare gränser för vad som utgör ett
mycket kort utdrag.¹³

I artikel 15.5 anges att upphovsmännen till de verk som ingår i en press-
publikation ska få en lämplig andel av de intäkter som pressutgivare erhåller för
användningen av deras presspublikationer. I samband med det svenska genom-
förandet infördes tvingande kollektiv förvaltning av detta anspråk (48 d §).
En särskild avtalslicenslösning för upphovsrättsligt skyddade verk som ingår i
presspublikationer infördes samtidigt (42 h §).

4. Onlinetjänster för delning av innehåll

Artikel 17 har genomförts genom ett nytt kapitel i upphovsrättslagen
(6 b kap.). Det svenska genomförandet bygger på en restriktiv tolkning av
artikelns tillämpningsområde och en extensiv tolkning av ansvarsfrihetsreg-
leringen. Vidare har den svenska lagstiftaren ansett det nödvändigt att införa
fler bestämmelser än vad direktivet innehåller i syfte att skydda användarnas
grundläggande rättigheter när det använder delningstjänster. I förarbetena görs
relativt utförliga uttalanden om hur den nya regleringen bör tolkas.

Inriktningen på det svenska genomförandet kan delvis förstås i ljuset av
den omfattande kritik som riktades mot artikel 17 när direktivet förhandlades,
men även därefter. I huvudsak handlade kritiken om ett bristande skydd för
användarnas yttrande- och informationsfrihet. Under förhandlingsprocessen

⁹ Prop. 2021/22:278 s. 91.

¹⁰ Prop. 2021/22:278 s. 247.

¹¹ Prop. 2021/22:278 s. 93 f.

¹² Prop. 2021/22:278 s. 247.

¹³ Prop. 2021/22:278 s. 95.

beaktades denna kritik delvis och vissa ändringar och tillägg, t.ex. i form av nya skäl, gjordes. Men kritiken kvarstod och Sverige röstade slutligen emot direktivet, till stor del som en följd av artikel 17.

EU-domstolens dom om artikel 17:s förenlighet med skyddet för yttrande- och informationsfriheten uppställer en lång rad krav på hur bestämmelsen måste tolkas för att vara förenlig med artikel 11 i EU:s rättighetsstadga.¹⁴ Regeringen anser – enligt min mening på goda grunder – att domen på flera punkter stödjer de tolkningar som görs i propositionen.

I propositionen hänvisas också till de tolkningar som görs i generaladvokatens betydligt mer omfattande förslag till avgörande i det aktuella målet¹⁵ samt till EU-kommissionens vägledning om artikel 17¹⁶. På någon punkt anges emellertid att kommissionens tolkningar framstår som överspelade på grund av EU-domstolens dom.

Regeringens samlade bedömning är att den lagstiftning som genomför direktivet kan behöva vara mer specificerad än direktivet i fråga om hur balansen mellan de olika rättigheterna ska garanteras, samtidigt som den nationella lagstiftningen inte kan vara allt för detaljerad utan behöver ge utrymme för tjänsteleverantörerna att anpassa sina åtgärder till omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷

Det nya 6 b kapitlet i upphovsrättslagen gäller för sådana informationssamhällets tjänster som har som ett huvudsyfte att lagra och ge allmänheten tillgång till en stor mängd verk som laddats upp online av tjänsternas användare, om (1) tjänsteleverantören ordnar och marknadsför verken i vinstsyfte och (2) tjänsten spelar en viktig roll på innehållsmarknaden genom att konkurrera med andra slags befintliga eller potentiella onlinetjänster för innehåll (52 i §).

Bestämmelsen innebär att det s.k. konkurrenskriteriet (jfr skäl 62) införs i svensk lagtext. Regeringen framhåller i propositionen bl.a. att det centrala argumentet för artikel 17 – förekomsten av ett s.k. value gap (jfr skäl 61) – talar för denna lösning.¹⁸

Samtidigt väljer den svenska lagstiftaren att inte lagfästa det förtydligande undantaget för vissa uppräknade typer av tjänster som under förhandlingarna av direktivet infördes i artikel 2.6.

I förarbeten ger regeringen vidare uttryck för bedömningen att det nya regelverket för svenskt vidkommande och tills vidare endast kommer att gälla de stora globala aktörerna.¹⁹

När det gäller förutsättningarna för tjänsteleverantörers ansvarsfrihet genomför Sverige givetvis de tre kumulativa kriterierna som anges i artikel 17.4. I svensk lagtext uttrycks kravet på ”höga branschstandarder för god

¹⁴ C-401/19, Polen mot parlamentet och rådet.

¹⁵ Förslag till avgörande i mål C-401/19 av generaladvokat Henrik Saugmandsgaard Øe, föredraget den 15 juli 2021.

¹⁶ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet, Vägledning om artikel 17 i direktivet 2019/790 om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, COM(2021) 288 final.

¹⁷ Prop. 2021/22:278 s. 105 f.

¹⁸ Prop. 2021/22:278 s. 109.

¹⁹ Prop. 2021/22:278 s. 111.

yrkessed” (best effort) emellertid i kombination med kravet på proportionalitet enligt artikel 17.5 som ett krav på att tjänsteleverantören ska göra vad som ”skäligen kan krävas” för att få en licens respektive för att säkerställa att intrång inte sker (52 l §).

I förarbetena uttalas, bl.a. med hänvisning till EU-domstolens dom, att tjänsteleverantörerna måste få visst utrymme att anpassa sina åtgärder till omständigheterna i det enskilda fallet.²⁰

När det gäller frågan om vad som skäligen kan krävas för att skaffa tillstånd från rättighetshavarna uttalar regeringen att tjänsteleverantörernas ansvar är långtgående, men inte absolut. En tjänsteleverantör kan t.ex. välja inriktning på det innehåll som tillåts på tjänsten och därmed undgå kravet på att göra vad som skäligen krävs för att få tillstånd till användning av annat innehåll. Regeringen påpekar vidare att en förutsättning för att en tjänsteleverantör ska vara skyldig att ingå ett avtal är att villkoren som rättsinnehavaren ställer upp är skäliga.²¹

När det gäller sådant material som tillåts på tjänsten krävs i vissa sammanhang en aktiv uppsökande verksamhet från tjänsteleverantören. Det gäller t.ex. beträffande rättsinnehavare som företräder en bred repertoar. När det gäller enskilda upphovsmän eller rättsinnehavare som företräder en smalare repertoar kan det vara skäligt att istället endast erbjuda avtal till dem som hör av sig.²²

Prövning av vad som skäligen kan krävas för att förhindra framtida intrång måste enligt regeringen göras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. med beaktande av tjänstens storlek och inriktning samt tillgänglig teknik.

En fråga som varit mycket omdebatterad är hur leverantörens skyldighet att göra vad som skäligen krävs för att förhindra framtida intrång (artikel 17.4) förhåller sig till kravet på att de åtgärder som vidtas inte får leda till att uppladdat material som inte gör intrång tas bort (artikel 17.7). I den svenska lagtexten har det tydliggjorts att kravet som bygger på artikel 17.7 ska ges företräde.²³

I 52 o § – som genomför artikel 17.7 – anges att tjänsteleverantören ska säkerställa att de åtgärder som vidtas för att hindra tillgång till innehåll inte hindrar lagliga överföringar till allmänheten ”i någon påtaglig omfattning” (jfr även 52 l § tredje stycket). I samma bestämmelse anges att metoder för automatisk blockering endast får användas för att hindra tillgång till innehåll som med en ”hög grad av sannolikhet” kan antas medföra intrång i upphovsrätten.²⁴ Mot bakgrund av den tillgängliga teknikens bristande förmåga att göra kvalificerade upphovsrättsliga bedömningar, t.ex. av om ett visst utnyttjande av ett verk utgör en tillåten parodi, måste tjänsteleverantörer i Sverige

²⁰ Prop. 2021/22:278 s. 125.

²¹ Prop. 2021/22:278 s. 126 ff.

²² Ibid.

²³ Prop. 2021/22:278 s. 131 f., med hänvisning till EU-domstolens dom. Något undantag för från denna reglering kan enligt regering inte göras beträffande innehåll som är öronmärkt av rättsinnehavaren som särskilt värdefullt, en tolkning som föreslagits i kommissionen vägledning (se a. prop. s. 137).

²⁴ Jfr även prop. 2021/22:278 s. 132.

troligen vara relativt restriktiva i sin användning av automatiska ”uppladdningsfilter”. När tillgång till innehåll hindras, ska användaren som laddat upp materialet skyndsamt underrättas om det.

Det svenska genomförande av direktivet innebär vidare att användarna av delningstjänster ges uttryckliga rättigheter gentemot tjänsteleverantörerna.²⁵ En användare ges sålunda rätt att tillgängliggöra verk för citat, kritik och recensioner samt i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte. Användaren har också rätt att, utan hinder av åtgärder som tjänsteleverantören vidtar för att fullgöra sin skyldighet att försöka hindra intrång, tillgängliggöra innehåll som inte medför intrång i upphovsrätt på tjänsten. Tjänsteleverantören ska i sina användarvillkor informera användarna om dessa rättigheter (52 p §) och ha rutiner för att hantera klagomål från användarna (52 q §).

Tjänsteleverantörer som inte respekterar användarnas rättigheter kan i vissa fall dömas att betala skadestånd till de användare som lider skada (52 r §). Vidare kan en domstol vid vite förelägga en tjänsteleverantör att vidta rättelse (52 s §).

²⁵ Se prop. 2021/22:278 s. 138.