

Enheten för EU:s inre marknad

Välj ett objekt.

2021-11-11 Dnr 2021/01493-2

Justitiedepartementet

## **Kommerskollegiums yttrande över Ds 2021:30 Upphovsrätten på den digitala inre marknaden**

(ert dnr. Ju 2021/03517)

Kommerskollegium ansvarar för frågor som rör utrikeshandel, EU:s inre marknad och EU:s handelspolitik. Kollegiets uppdrag är att verka för frihandel. Det innebär att vi verkar för fri rörlighet på den inre marknaden och för liberaliseringar av handeln mellan EU och omvärlden samt globalt.

Den remitterade promemorian innehåller överväganden och förslag för att genomföra det nya EU-direktivet om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden<sup>1</sup>.

### **Övergripande synpunkter ur ett inremarknadsperspektiv**

I promemorian nämns att domstolspraxis gett uttryck för att handlingsutrymmet för nationella bestämmelser vad gäller inskränkningar av upphovsrätten är mindre än vad den svenska lagstiftaren utgått från. En sådan situation ger förstås utrymme för fragmentering och osäkerhet för aktörer på den gemensamma inre marknaden. Kommerskollegium välkomnar därför promemorians bedömning att en översyn bör göras när det gäller upphovsrättslagens bestämmelser om detta, om än i ett annat sammanhang än detta.

Kommerskollegium noterar att genomförandet av direktivets artikel 17 är förenat med vissa utmaningar. I promemorian beskrivs både skälen till detta och vad utmaningen består i på ett bra sätt. Vidare välkomnar kollegiet ansatsen att i genomförandet främst utgå från kommissionens

---

<sup>1</sup> 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.

vägledning<sup>2</sup> och det förslag till avgörande<sup>3</sup> som finns för att på bästa sätt uppnå likformighet i unionen och den balans mellan olika intressen som direktivet eftersträvar. Kollegiet tolkar promemorian som att ambitionen är densamma också i de delar där stöd inte tas från vägledning och praxis, men vill ändå påminna om att nationella lösningar alltid är förenade med risk för fragmentering av regelverket som kan påverka den inre marknaden negativt.

Skyddet av användarnas rättigheter är en central del av det svenska genomförandet (§ 52o och § 52r). Här hade vi gärna sett ett resonemang angående det territoriella tillämpningsområdet för dessa rättigheter. Då det inte rör sig om en upphovsrätt i strikt bemärkelse, hade vi gärna sett att det tydliggörs om avsikten är att svenska användare ska kunna hävda dessa rättigheter och motsvarande sanktioner gentemot tjänsteleverantörer som har sin huvudsakliga etablering i en annan medlemsstat. Detta är till exempel en fråga som bör tydliggöras vid anmälan enligt direktiv (EU) 2015/1535 (se nedan).

## Aspekter i förhållande till tredjeland

Kollegiet vill även påminna om att det finns olika WTO-regelverk som kan vara relevanta i sammanhanget, framför allt WTO:s regelverk om handelsrelaterade aspekter av immateriella rättigheter (Trips)<sup>4</sup>, men eventuellt även Gats.<sup>5</sup> Medan Trips-avtalet stadgar miniminivåer av immaterialrättsligt skydd hos WTO:s medlemsländer, handlar Gats om handel med tjänster. Bägge avtalen innehåller icke-diskrimineringsprinciper i form av regler om nationell behandling och mest gynnsam nation gentemot andra WTO-medlemmar.<sup>6</sup> Regeln om nationell behandling innebär exempelvis att WTO-medlemmar inte ska ge mindre förmånlig behandling till utländska rättssubjekt (jfr tredje land), än vad som ges nationellt. I Trips gäller denna förpliktelse i förhållande till utländska medborgare, medan den i Gats gäller i förhållande till utländska tjänster och utländska tjänsteleverantörer. Det finns även notifieringskrav i avtalen, där WTO-medlemmar ska anmäla

---

<sup>2</sup> MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET OCH RÅDET  
Vägledning om artikel 17 i direktivet 2019/790 om upphovsrätt på den digitala inre marknaden.

<sup>3</sup> FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE  
föredraget den 15 juli 2021 i mål C-401/19 Republiken Polen mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd

<sup>4</sup> Trips står för Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

<sup>5</sup> Gats står för General Agreement on Trade in Services.

<sup>6</sup> Regeln om nationell behandling finns i Trips, art 3 och mest gynnsam nation i art 4. I Gats finns nationell behandling i art XVII och mest gynnsam nationsprincipen i art II. Även art VI i Gats kan vara relevant i sammanhanget.

lagar och andra författningar till WTO under vissa förutsättningar.<sup>7</sup> Vidare finns olika undantag från förpliktelse i avtalen.

Även om promemorian huvudsakligen gäller införlivande av EU-lagstiftning där medlemsstaterna inte har så mycket handlingsutrymme, vill vi påminna om att WTO:s regelverk kan vara relevanta att beakta i den mån det finns valmöjligheter vid införlivandet av direktivet, eller vid framtida tolkning eller tillämpning av reglerna. Vad gäller Trips, kan det vara relevant att titta på eventuella nationella särlösningar i förhållande till möjligheter för utländska rättighetshavare att ge tillstånd eller vara en del av licenslösningar, och aspekter som påverkar tillgången till rättigheter för medborgare eller företag från tredje land. När det gäller notifiering, bedömer Kommerskollegium att det är EU som bör anmäla EU-gemensam lagstiftning, medan det kan vara en fråga för EU:s medlemsstater att anmäla eventuella nationella särkrav.

## Anmälan av tekniska föreskrifter

Enligt 20 § 6 p. i förordningen (1996:1515) med instruktion för Regeringskansliet ska Regeringskansliet anmäla förslag till författningar i enlighet med de procedurer som följer av Sveriges EU-medlemskap eller av andra internationella överenskommelser, bland annat enligt proceduren i anmälningsdirektivet för tekniska föreskrifter ((EU) 2015/1535).<sup>8</sup>

Tekniska föreskrifter kan vara regler för etablering av informationssamhällets tjänster eller leverans av informationssamhällets tjänster.<sup>9</sup> Om en myndighet inte anmäler tekniska föreskrifter, fast myndigheten borde gjort det, förlorar de tekniska föreskrifterna sin rättsverkan och kan inte tillämpas mot enskilda.<sup>10</sup>

Tekniska föreskrifter som genomför EU-lagstiftning behöver inte anmälas,<sup>11</sup> med undantag för om EU-lagstiftningen ger medlemsländerna ett stort utrymme för olika nationella lösningar och medlemsstaten väljer att utnyttja detta utrymme.<sup>12</sup>

Förslaget innehåller ett antal förslag till ändringar i upphovsrätten. Bland annat införs ansvarsregler för vissa större online-plattformar gällande

---

<sup>7</sup> Trips, art 63, Gats art III.

<sup>8</sup> Andra procedurer är de i enlighet med tjänstedirektivet (2006/123/EG) samt Världshandelsorganisationens (WTO) TBT-avtal (Agreement on Technical Barriers to Trade).

<sup>9</sup> Anmälningsdirektivet artikel 1.1(f).

<sup>10</sup> Mål C-95/14, *UNIC* (2015) p. 29.

<sup>11</sup> 11 § förordningen om tekniska regler.

<sup>12</sup> EU-domstolens dom i mål C-443/98, *Unilever* (2000) p. 29.

upphovsrättsskyddat material som laddats upp av användare. För att undgå ansvar för rättighetsintrång ska plattformarna vidta vissa åtgärder som att sträva efter att ingå avtal med rättighetsinnehavare eller skyndsamt ta bort innehåll.

Online-plattformar, exempelvis videodelningstjänster, utgör en informationssamhällets tjänst<sup>13</sup>. Kollegiet bedömer att förslaget innehåller föreskrifter för tjänster i 1535-direktivets mening eftersom ansvarsreglerna påverkar utövandet av plattformarnas verksamhet. Detta bland annat eftersom förslaget enligt promemorian syftar till att stimulera framväxten av licensmarknader för plattformar och rättighetsinnehavare.

Förslaget införlivar det nya direktivet EU-direktivet om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden. Strikta genomföranden av EU-rätten behöver i huvudsak inte anmälas. Enligt promemorian är direktivet till viss del svårtolkat och innehåller otvetyligheter som man inte vill införa i svensk rätt. Det svenska förslaget har som ovan noterats beaktat kommissionens vägledning och generaladvokatens yttrande gällande tolkning av artikel 17 i direktivet. Promemorian uppger att man delvis avviker från dessa tolkningar och att promemorian innehåller förslag på ytterligare bestämmelser när direktivet tillåter det (sid. 134). Exempelvis tycks promemorian frångå vissa tolkningar som görs i kommissionens vägledning angående tekniker för automatisk blockering (paragraf 52 i förslaget och sid 161–162 i promemorian).

Mot bakgrund av den komplexa rättsliga kontexten (i synnerhet gällande vad som utgör den korrekta EU-rättsliga tolkningen av artikel 17) är det svårt att bedöma vad som utgör ett strikt genomförande. På grund av denna osäkerhet föreslår kollegiet att förslaget anmäls. EU-domstolens praxis gällande strikt genomförande kan möjligtvis vara vägledande i den slutgiltiga bedömningen.<sup>14</sup> För övrigt noterar kollegiet att bland annat Finland anmält genomförandet av artikel 17 i direktivet till kommissionen<sup>15</sup>. Kollegiet står till förfogande om Regeringskansliet vill diskutera bedömningen i detta yttrande.

Sammanfattningsvis bedömer Kommerskollegium att Regeringskansliet ska anmäla förslaget om lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk ("förslaget") till kollegiet enligt direktiv (EU) 2015/1535 ("1535-direktivet").

---

<sup>13</sup> Se ex. skälen till DSM-direktivet.

<sup>14</sup> EU-domstolens dom i mål C-443/98, *Unilever* (2000) p. 29.

<sup>15</sup> Se ärende 2021/657/FIN i TRIS-databasen; <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/>.

Kommerskollegium gör bedömningen att förslag till lag om ändring i lagen (2016:977) om kollektiv förvaltning av upphovsrätt och förslag till lag om ändring i lagen (2017:322) om medling i vissa upphovsrättstvister inte innehåller några tekniska krav på produkter eller informationssamhällets tjänster. Anmälningsskyldighet enligt direktiv (EU) 2015/1535 aktualiseras därmed inte.

## Anmälan av krav på tjänsteverksamhet

Av 20 § p 6 förordningen (1996:1515) med instruktion för Regeringskansliet följer att Regeringskansliet ska anmäla förslag till författningar i enlighet med informationsförfaranden som följer av Sveriges medlemskap i EU. Ett sådant förfarande föreskrivs i tjänstedirektivet avseende nya eller förändrade krav på tjänsteverksamhet.<sup>16</sup>

De remitterade bestämmelserna innehåller ett flertal krav som skulle kunna utgöra krav på tjänsteverksamhet i tjänstedirektivets mening. Bland annat finns krav på att kollektiva förvaltningsorganisationer och andra organisationer som ingår avtal med licensverkan ska tillhandahålla viss information samt ett flertal krav på leverantörer av onlinetjänster.

Enligt tjänstedirektivet ska samtliga krav som är tillämpliga på tjänsteutövare som är etablerade i ett annat land inom EU/EES och som tillfälligt tillhandahåller tjänster i Sverige anmälas.<sup>17</sup>

Regler om bland annat upphovsrätt och närstående rättigheter är dock undantagna från anmälningsskyldigheten.<sup>18</sup> EU-domstolen har uttalat att de tjänster som tillhandahålls av upphovsrättsorganisationer och som ”rör upphovsrätt” omfattas av undantaget.<sup>19</sup> Därmed är kollegiets bedömning att åtminstone de krav som ställs på kollektiva förvaltningsorganisationer och på andra organisationer är undantagna från anmälningsskyldigheten.

Vad däremot gäller de krav som ställs på leverantörer av onlinetjänster kan kollegiet inte utesluta att åtminstone vissa av dessa krav *inte* omfattas av undantaget från anmälningsskyldigheten. Det gäller till exempel kravet på att ha interna rutiner för att hantera klagomål från användare. Kollegiet överlämnar till Justitiedepartementet att göra den slutliga bedömningen

---

<sup>16</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden, artiklarna 15.7 och 39.5

<sup>17</sup> Artikel 39.5.

<sup>18</sup> Artikel 39.5 och artikel 17.11.

<sup>19</sup> Se C-351/12 OSA EU:C:2014:110, p. 65.

av om dessa krav omfattas av undantaget från anmälningsskyldigheten eller inte.

De remitterade förslagen syftar till att genomföra ett EU-direktiv. Tjänstedirektivet gör inget undantag från anmälningsskyldigheten för nationella regler som genomför EU-rättsakter. Kollegiet anser därför att författningar som genomför EU-rättsakter bör anmälas. Undantag bör dock kunna göras då det inte finns utrymme för olika nationella lösningar för genomförandet.<sup>20 21</sup>

Mot denna bakgrund rekommenderar vi att de remitterade bestämmelserna med krav på leverantörer av onlinetjänster anmäls i den utsträckning det har funnits utrymme för olika nationella lösningar för genomförandet. Kollegiet anser att Justitiedepartementet är bättre lämpat att avgöra denna fråga. Vid osäkerhet rekommenderar vi att föreskrifterna anmäls.

Enligt tjänstedirektivet måste krav på tjänsteverksamhet kunna motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, samt vara proportionerliga i förhållande till sitt syfte.<sup>22</sup> En sådan motivering kommer att efterfrågas i samband med anmälan. Kollegiet svarar gärna på eventuella frågor kring anmälningsförfarandet.

Härutöver har kollegiet inga vidare synpunkter.

Ärendet har avgjorts av enhetschefen Agnès Courades Allebeck i närvaro av utredarna Hanna Pettersson, Sebastian Wiik och Mattias Karlsson Jernbäcker samt ämnesråden Anna Egardt och Lena Nordquist, den sistnämnda föredragande.

Agnès Courades Allebeck

Lena Nordquist

---

<sup>20</sup> Även Europeiska kommissionen har gett uttryck för denna ståndpunkt.

<sup>21</sup> Ett exempel på detta kan vara en tariff som kopieras direkt in i nationell rätt.

<sup>22</sup> Artiklarna 15.3 samt 16.1 tredje stycket.