



2019-09-23

Justitiedepartementet

Enheten för immaterialrätt och transporträtt

Underlag för inhämtning av synpunkter rörande genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv

Denna promemoria har tagits fram av tjänstemän på enheten för immaterialrätt och transporträtt inom Justitiedepartementet för att underlätta för svenska aktörer att lämna synpunkter på hur artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv bör genomföras i svensk rätt. Innehållet i promemorian ger inte i någon del uttryck för regeringens uppfattning om hur direktivets olika delar bör bedömas och genomföras.

Inbjudan att lämna synpunkter

Ni välkomnas att lämna synpunkter på innehållet i denna promemoria. Ni väljer själva om ni vill inkomma med synpunkter endast i vissa delar och Ni är naturligtvis även välkomna att besvara frågor som inte ställs eller belysa aspekter som inte finns med i denna promemoria.

Synpunkter lämnas, gärna senast den 25 oktober 2019, till enheten för immaterialrätt och transporträtt (Ju/L3) på adress ju.l3@regeringskansliet.se.

1. Inledning

Den 17 april 2019 antog EU det nya upphovsrättsdirektivet som inom EU ofta kallas för DSM-direktivet (Digital Single Market). Direktivet ska vara genomfört i medlemsstaterna senast den 7 juni 2021. Ett stort antal myndigheter, organisationer och företag har bjudits in att delta i genomförandearbetet. Ett första möte hölls i juni 2019. Ett andra möte kommer att hållas den 24 september 2019. Det mötet syftar till att inhämta synpunkter om hur direktivets artikel 17 ska genomföras i svensk rätt, men också till att skapa en uppfattning om svenska aktörers syn på den process som EU-kommissionen nu avser att inleda med att ta fram riktlinjer för

tillämpningen av artikel 17. Vid mötet kommer innehållet i denna promemoria att presenteras.

Promemorian utgör ett första underlag för inhämtande av synpunkter avseende artikel 17 och innehåller en genomgång av artikelns olika delar. Därutöver lämnas några förslag till hur artikeln på ett övergripande plan skulle kunna förstås och ett stort antal frågor ställs om innehållet. De frågeställningar som tas upp i promemorian grundar sig i stor utsträckning på de olika uppfattningar om hur artikel 17 ska förstås som uttryckts av olika aktörer. De frågeställningar som nu tas upp är inte heltäckande. Ytterligare möten kommer att ägnas åt genomförandet av artikel 17.

2. Vad är syftet med artikel 17?

I direktivets artikel 17 finns bestämmelser om ansvar för vissa plattformar som är tillgängliga online och som möjliggör för sina användare att dela med sig av innehåll och ta del av sådant innehåll som andra användare laddat upp på plattformen. Bakgrunden till bestämmelserna återges i direktivets skäl. Där anges att onlinemarknaden för innehåll har blivit alltmer komplex de senaste åren. Onlinetjänster för delning av innehåll som ger tillgång till en stor mängd upphovsrättsskyddat innehåll som laddas upp av användarna har blivit viktiga källor för tillgång till innehåll online. Tjänsterna är ett sätt att skapa bredare tillgång till kulturella och kreativa verk och erbjuder goda möjligheter för de kulturella och kreativa branscherna att utveckla nya affärsmodeller. Tjänsterna möjliggör mångfald och gör innehåll lättillgängligt, men de skapar även utmaningar när upphovsrättsskyddat innehåll laddas upp utan föregående tillstånd av rättsinnehavarna. Det anges vidare i skälen att det föreligger en rättslig oklarhet när det gäller frågan om sådana tjänsteleverantörer ägnar sig åt upphovsrättsligt relevanta handlingar och behöver inhämta tillstånd från rättsinnehavarna för det innehåll som laddats upp av användare som inte har de relevanta rättigheterna för det uppladdade innehållet. Oklarheten påverkar rättsinnehavarnas förmåga att avgöra om och på vilka villkor deras verk och prestationer används och deras möjligheter att få en lämplig ersättning för denna användning. Det är därför, anges det i direktivet, viktigt att främja utvecklingen av licensmarknaden mellan rättsinnehavare och tjänsteleverantörerna och sådana avtal bör säkerställa rättvisa villkor och rimlig jämvikt mellan parterna. Rättsinnehavarna bör få lämplig ersättning för användningen av deras verk och prestationer. Samtidigt bör det inte finnas någon skyldighet för

rättsinnehavarna att ingå avtal, eftersom direktivets bestämmelser i denna del inte avser att påverka avtalsfriheten (skäl 61).

3. Vilka plattformar omfattas av de nya bestämmelserna?

Direktivet

Artikel 17 gäller för sådana plattformar som i direktivet kallas för ”onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll” – härnäst i denna promemoria benämnda **Delningstjänster**. Bland övriga definitioner i direktivets artikel 2, finns också en definition av detta begrepp. Enligt artikel 2.6 avses en leverantör av en av *informationssamhällets tjänster* som har som huvudsyfte eller ett av sina huvudsyften att lagra och ge allmänheten tillgång till en stor mängd upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som laddats upp av dess användare och som leverantören ordnar och marknadsför i vinstsyfte.

I artikel 2.5 finns ytterligare en definition av betydelse för frågan om vilka plattformar som omfattas. Där definieras nämligen begreppet ”informationssamhällets tjänster” som en sådan tjänst som avses i artikel 1.1 b i direktiv (EU) 2015/1535. I den bestämmelsen anges i sin tur att med informationssamhällets tjänster avses ”tjänster som vanligtvis utförs mot ersättning på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare”.

Av betydelse för avgränsningen av vilka Delningstjänster som omfattas av artikel 17 är också de skäl som knyter an till artikel 2.6 och artikel 17. Här anges – som utgångspunkt – att vissa av informationssamhällets tjänster är, som en del av deras normala användning, utformade för att ge allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddat innehåll som laddas upp av användarna (skäl 62). I samma skäl anges att direktivets definition (artikel 2.6) av Delningstjänster endast bör inriktas på onlinetjänster som spelar en viktig roll på innehållsmarknaden online genom att de konkurrerar med andra onlinetjänster för innehåll, till exempel tjänster för streamning av ljudfiler och videor, för samma användargrupper. Som en spegling av artikeltexten i 2.6 anges vidare att de tjänster som omfattas av direktivet är tjänster där huvudsyftet, eller ett av huvudsyftena, är att lagra upphovsrättsskyddat innehåll och ge användarna möjlighet att ladda upp och dela en stor mängd av detta innehåll, i syfte att direkt eller indirekt generera vinst genom att

organisera och marknadsföra innehållet i avsikt att locka en större publik, också genom att ordna det i kategorier och inkludera riktad marknadsföring.

När det gäller den närmare bedömningen av om en viss plattform lagrar och ger tillgång till en stor mängd upphovsrättsskyddat innehåll anges att bedömningen bör ske från fall till fall och att hänsyn därvid bör tas till en kombination av faktorer, till exempel tjänstens publik och antalet filer med upphovsrättsskyddat innehåll som tjänstens användare laddat upp (skäl 63).

I artikel 2.6 anges också ett antal typer av plattformar som inte utgör Delningstjänster. Hit hör leverantörer av tjänster som onlineencyklopedier utan vinstsyfte, fillagringsplatser för vetenskapligt och pedagogiskt material utan vinstsyfte, plattformar för utveckling och delning av programvara med öppen källkod, tjänster för elektronisk kommunikation i enlighet med vad som avses i direktiv (EU) 2018/1972, näthandelsplatser, molntjänster för företag och andra molntjänster som ger användarna möjlighet att ladda upp innehåll för eget bruk. I skälen anges i anslutning till detta att Delningstjänster inte bör omfatta tjänster som har ett annat huvudsyfte än att ge användarna möjlighet att ladda upp och dela en stor mängd upphovsrättsskyddat material i syfte att erhålla vinst från den verksamheten. Som exempel på sådana tjänster anges tjänster för elektronisk kommunikation, molntjänster för företag och andra molntjänster som ger användarna möjlighet att ladda upp innehåll för eget bruk, exempelvis fillagring på internet, eller näthandelsplatser vars huvudverksamhet är detaljhandel snarare än att ge tillgång till upphovsrättsligt skyddat innehåll (skäl 62). I samma skäl anges vidare att leverantörer som plattformar för utveckling och delning av programvara med öppen källkod, fillagringsplatser för vetenskapligt och pedagogiskt material utan vinstsyfte samt onlineencyklopedier utan vinstsyfte *inte heller bör omfattas av definitionen av Delningstjänst*. Slutligen anges att anvarsfrihetsmekanismen (se vidare angående detta begrepp nedan) i direktivet inte bör tillämpas på tjänsteleverantörer vars huvudsyfte är att bedriva eller möjliggöra piratkopiering av upphovsrättsskyddat material.

Särskilda frågeställningar

Förhållandet mellan definitionen i artikel 2.6 och skäl 62 och 63

Det finns olika uppfattningar i frågan om hur bred direktivets definition av Delningstjänst är och därmed vilken typ eller andel av befintliga och framtida plattformar som träffas av det nya regelverket. En särskild fråga i sammanhanget är förhållandet mellan texten i artikel 2.6 och de skäl som ansluter till artikeln (främst skäl 62 och 63).

Det kan inledningsvis konstateras att definitionen i artikeltexten är relativt allmänt hållen. Det som sägs i skäl 62, t.ex. om att ”*definitionen endast bör inriktas på tjänster som spelar en viktig roll på innehållsmarknaden online genom att de konkurrerar med andra onlinetjänster för innehåll*” återges t.ex. inte uttryckligen i artikeln. Detsamma gäller den helhetsbedömning som enligt skäl 63 ska göras och där faktorer som ”tjänstens publik” ska vägas in i bedömningen av om en viss plattform utgör en ”Delningstjänst”.

Samtidigt kan det konstateras att artikeltexten innehåller flera begrepp som är relativa på så sätt att de måste bedömas med utgångspunkt i det sammanhang i vilket de förekommer. Det framstår t.ex. som näraliggande att definitionens begrepp ”**en stor mängd**” upphovsrättsskyddat innehåll måste hämta sitt konkreta innehåll bl.a. i det bakomliggande syftet såsom det kommer till uttryck i skälen. Detsamma kan sägas om kravet på att tjänsteleverantören ska ”**ordna och marknadsföra**” innehållet i vinstsyfte, där en viss aktivitetsnivå i båda dessa avseenden måste uppnås för att omfattas av direktivets definition.

Av betydelse för den krets av plattformar som omfattas av definitionen i artikel 2.6 är också rekvisitet att det ska vara ett av tjänstens **huvudsyften** att möjliggöra delning av upphovsrättsskyddat innehåll. Tjänster som inte har ett sådant huvudsyfte omfattas alltså inte, även om det i och för sig är möjligt att på plattformen i fråga dela sådant material eller att sådant material i realiteten också förekommer. Exempel på sådana plattformar är – utöver t.ex. de näthandelsplatser som anges uttryckligen i artikel 2.6 – diskussionsforum och s.k. dejtingsajter. Sådana plattformar har inte delning av upphovsrättsskyddat material som något av sina ”huvudsyften”. Inte heller *huvudsyfte* är emellertid ett absolut begrepp med klart definierade gränser. I praktiken är det naturligtvis också vanligt att en plattform har flera syften och därmed inte med lätthet låter sig placeras i en viss kategori.

Ytterligare ett rekvisit som varit föremål för diskussion är kravet på att tjänsten ska syfta till att ”lagra och ge allmänheten tillgång till en stor mängd **upphovsrättsskyddade verk** eller andra **skyddade alster**” som laddats upp av dess användare. Ordalydelsen talar i första hand för att det saknar betydelse om det är fråga om tillhandahållanden som sker utan rättighetshavarens medgivande eller med tillstånd. En möjlig tolkning är dock att det som avses är sådant material som åtnjuter skydd mot just de konkreta handlingarna som vidtas (uppladdning och tillhandahållande). Därmed skulle avses sådant material som laddas upp av användare utan tillstånd, en utgångspunkt som kan vara lättare att förena med det bakomliggande syftet till bestämmelsen och den helhetsbedömning som enligt skäl 63 ska göras i det enskilda fallet. I sådana fall skulle plattformar som består av innehåll som användarna själva innehar rätt eller licens till inte utgöra Delningstjänster i direktivets avseende, oavsett storlek (en annan sak är att de oavsett bedömningen i denna del inte skulle omfattas av t.ex. skyldigheten att ingå licenser eller vidta åtgärder för att förhindra intrång, se vidare nedan avseende artikel 17.4).

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den övergripande beskrivning som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Ser ni andra aspekter av artikel 2.6 som bör lyftas fram?
- Går det att i lagtext precisera hur stor en tjänst måste vara för att omfattas, dvs. vad som ligger i ”**en stor mängd**” verk?
- Vad krävs för att en tjänst ska anses ha delning av innehåll som ”**ett huvudsyfte**”?
- Hur bör begreppen ”**upphovsrättsligt skyddade verk**” och ”**andra skyddade alster**” i artikel 2.6 förstås?
- Vilka konkreta åtgärder måste en tjänsteleverantör vidta för att den ska anses ”**ordna**” innehållet? Vad krävs för att tjänsteleverantören ska anses ”**marknadsföra**” innehållet?

- Hur bör förhållandet mellan artikel 2.6 och det som sägs i skäl 62 och 63 beaktas vid genomförandet i Sverige och av EU-kommissionen vid framtagandet av riktlinjer för tillämpningen av artikel 17?
- Vilka aspekter – utöver publiken och mängden upphovsrättsligt skyddat innehåll – bör beaktas vid den helhetsbedömning som ska göras enligt skäl 63?
- Finns det för förståelsen anledning att föra in något eller några av de moment som anges i skälen men som inte återges uttryckligen i artikel 2.6 i den svenska lagtexten? I så fall vilka? Finns det – å andra sidan – några risker med ett sådant tillvägagångssätt?
- Finns det andra frågeställningar eller aspekter på definitionen som bör lyftas fram?

Artikel 2.6 andra stycket: Undantag eller exemplifiering?

Som framgår ovan räknas i andra stycket i artikel 2.6 upp ett antal typer av plattformar för användaruppladdat innehåll. Det har förekommit olika uppfattningar i frågan om denna bestämmelse utgör ett undantag från huvudregeln i första stycket eller om det endast utgör en exemplifiering av tjänster som inte omfattas av definitionen där.

För flertalet av de typer av plattformar som anges i artikel 2.6 andra stycket är det uppenbart att de inte faller in under definitionen i första stycket. T.ex. har näthandelsplatser och molntjänster inte ett sådant huvudsakligt syfte som krävs för att man ska anses vara en Delningstjänst. På samma sätt faller onlineencyklopedier och vetenskapliga fyllagringsplatser som *inte bedrivs i vinstsyfte* utanför definitionen redan av det skälet. Också ordalydelsen av såväl artikeln ”Leverantörer av tjänster *som...*”, ”...är inte onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll med avseende på tillämpningen av detta direktiv” som skälen (skäl 62) ”...bör inte omfatta tjänster som har ett annat huvudsyfte...” talar tydligt för att andra stycket inte innehåller mer än en exemplifierande lista över olika typer av aktörer vars verksamheter varit föremål för diskussioner under förhandlingarnas gång och där man velat tydliggöra att de faller utanför definitionen i första stycket. Det finns därför anledning att utgå från att uppräknningen inte har någon omedelbar betydelse för eller inskränker vilka typer av plattformar som ska anses utgöra

Delningstjänster. Däremot kan uppräknningen av tjänsterna i andra stycket få betydelse som underlag för tolkning av definitionen i första stycket.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den övergripande beskrivning som görs ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- För det fall artikel 2.6 andra stycket enbart utgör exempel på typer av plattformar som inte omfattas av definitionen i första stycket, finns det anledning att återge dem i den svenska lagtexten?
- Finns det andra frågeställningar eller aspekter i fråga om artikel 2.6 andra stycket som bör lyftas fram?

4. Det upphovsrättsliga ansvaret – artikel 17.1

Direktivet

Enligt artikel 17.1 första stycket ska medlemsstaterna föreskriva att Delningstjänster vid tillämpningen av direktivet vidtar en åtgärd som innebär en överföring till allmänheten eller ett tillgängliggörande för allmänheten när de ger allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddade verk eller andra alster som har laddats upp av användarna.

Enligt artikel 17.1 andra stycket ska en Delningstjänst därför erhålla ett tillstånd av de rättsinnehavare som avses i artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2001/29/EG, till exempel genom ingåendet av ett licensavtal, för att överföra verk eller andra alster till allmänheten eller göra dem tillgängliga för allmänheten.

Som framgår ovan utgår direktivet från att det i dag råder rättslig oklarhet i frågan om vilket upphovsrättsligt ansvar Delningstjänster har. Av skäl 64 framgår att det därför är lämpligt att *klargöra* att Delningstjänster utför en överföring till allmänheten eller ger allmänheten tillgång (tillgängliggör för allmänheten) till upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som användarna laddar upp. Delningstjänsterna bör därför skaffa tillstånd, t.ex. genom licensavtal, från berörda rättsinnehavare. Slutligen anges att detta inte har någon inverkan på begreppen överföring till allmänheten respektive tillgängliggörande för allmänheten på andra ställen i unionsrätten och att det

inte heller påverkar möjlig tillämpning av artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2001/29/EG på andra tjänsteleverantörer som använder upphovsrättsskyddat innehåll.

Allmänna utgångspunkter

Det upphovsrättsliga ansvar som direktivet reglerar tar sin utgångspunkt i direktiv 2001/29/EG, det s.k. infosoc-direktivet. Artikel 3.1 i det direktivet tillerkänner upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje *överföring till allmänheten* av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, *inbegripet* att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer, dvs. *tillhandahållanden på begäran* (on demand). Artikel 3.2 i det direktivet tillerkänner vissa innehavare av närstående rättigheter en ensamrätt att tillåta eller förbjuda *tillgängliggörande för allmänheten* (av deras prestationer), på trådbunden eller trådlös väg, på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer. Ensamrätten är här alltså begränsad till *tillhandahållanden på begäran*. De närstående rättighetshavare som ges denna ensamrätt är utövande konstnärer, framställare av ljud- och bildupptagningar och radio- och tv-företag.

Infosoc-direktivet har genomförts i svensk rätt genom de lagförslag som lämnades i propositionen 2004/05:110 då ett stort antal ändringar gjordes i upphovsrättslagen (lag [1960:729] om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk). I 2 § regleras ensamrätten såvitt avser den egentliga upphovsrätten. Upphovsmannen ges här en ensamrätt att framställa exemplar av sitt verk och att göra det *tillgängligt för allmänheten*. Att göra verket tillgängligt för allmänheten omfattar bl.a. den situationen att verket *överförs till allmänheten*. En sådan överföring omfattar när verket på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Också en överföring som sker på begäran, omfattas av ensamrätten till överföring till allmänheten. Överföringsrätten i 2 § motsvarar alltså den ensamrätt som upphovsmän har enligt artikel 3.1 i infosoc-direktivet.

Också artikel 3.2 har genomförts i upphovsrättslagen. Flera av de närstående rättighetshavargrupperna (utövande konstnärer och ljud- och bildframställare), har en ensamrätt som motsvarar upphovsmännens såvitt nu är aktuellt (45 och 46 §§). Radio- och tv-företagen har vidare en ensamrätt att göra upptagningar av utsändningar tillgängliga på begäran (48 §).

Det kan alltså sammanfattningsvis konstateras att upphovsmännens ensamrätt till överföring till allmänheten i infosoc-direktivets artikel 3.1 är bredare än – men innefattar – den ensamrätt till tillgängliggörande på begäran som enligt artikel 3.2 tillkommer de närstående rättighetshavarna.

Särskilda frågeställningar

Vilka typer av förfoganden omfattas?

Det upphovsrättsliga ansvaret för Delningstjänster enligt direktivets artikel 17.1 är alltså så utformat att tjänsten, när den ger allmänheten tillgång till det innehåll som laddats upp av användarna, ska anses vidta en åtgärd som innebär en överföring till allmänheten (eng. communication to the public) eller ett tillgängliggörande för allmänheten (eng. making available to the public). Som konstateras ovan skiljer sig innehållet i dessa båda ”rättigheter” åt. T.ex. omfattar upphovsmännens rätt till överföring ”livesändningar” medan de närstående rättighetshavarna inte har motsvarande rätt enligt infosoc-direktivet, eftersom en sådan sändning inte sker vid en tidpunkt som mottagaren själv kan bestämma.

Frågan är emellertid om också livesändningar är avsedda att omfattas eller om det bara är tillhandahållanden på begäran som direktivet avser att reglera. I den senare riktningen talar bestämmelserna i artikel 2.6 som förutsätter att en Delningstjänst ”lagrar” det innehåll som laddas upp av användarna. Det som utlöser den upphovsrättsligt relevanta handlingen enligt artikel 17.1 är de konkreta åtgärderna, dvs. bl.a. att innehållet ”laddats upp” på plattformen av användaren. Det är i första hand vad som ligger i det begreppet som styr vilka delar av ensamrätten som berörs. Det talar från rent språkliga utgångspunkter för att livesändningar inte omfattas. Användningen av begreppen överföring till allmänheten respektive tillgängliggörande för allmänheten skulle med den utgångspunkten kunna förstås som en följd av de olika rättighetshavarkategorier som berörs, och hur deras respektive rättigheter benämns i infosoc-direktivet, snarare än som ett uttryck för att man avsett att reglera vilka delar av ensamrätten som aktualiseras.

I ljuset av det som beskrivs ovan vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den övergripande beskrivningen som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?

- Finns det andra aspekter av frågan som bör belysas?

Hur förhåller sig direktivets regler till infosoc-direktivet?

En särskild fråga är hur direktivets bestämmelser om att Delningstjänster ska anses vidta en överföring till allmänheten eller ett tillgängliggörande för allmänheten förhåller sig till motsvarande begrepp i artikel 3.1 och artikel 3.2 i infosoc-direktivet. Även här har skilda uppfattningar förts fram. En tolkning är att direktivet endast avser att slå fast att Delningstjänster vidtar överföringar och tillgängliggöranden *enligt* bestämmelserna i infosoc-direktivet. Förevarande direktiv skulle alltså endast klargöra existerande ensamrätters innehåll i detta avseende. I den riktningen talar det som sägs i skälen om att det är lämpligt att ”klargöra” att Delningstjänsterna utför överföringar och tillgängliggöranden. För att avsikten är att direktivet ska påverka tillämpningen av artikel 3.1 och 3.2 i infosoc-direktivet talar också det som sägs i skälen om att detta inte ”...har någon inverkan på begreppen överföring till allmänheten respektive tillgängliggöranden för allmänheten på andra ställen i unionsrätten, och inte heller påverkar det möjlig tillämpning av artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2001/29/EG på andra tjänsteleverantörer...” (skäl 64).

Skälen tycks alltså utgå ifrån att artikel 17.1 påverkar tillämpningen av motsvarande bestämmelser i infosoc-direktivet. Det kan samtidigt konstateras att direktivets artiklar inte innehåller några sådana bestämmelser. Inte heller görs det några ändringar i dessa avseenden i infosoc-direktivet. I artikel 1.2 anges dessutom uttryckligen att direktivet – utom i de särskilda fall som anges i artikel 24 – inte på något sätt ska påverka befintliga bestämmelser i bl.a. infosoc-direktivet. Detta talar för att direktivet i stället ger upphov till vad som skulle kunna betraktas som en ”ny” eller ”särskild” rättighet. Om det förhåller sig på det sättet blir frågan om denna nya ”rättighet” gäller i stället för eller utöver den existerande ensamrätten i infosoc-direktivet såvitt avser nu aktuella situationer. Återigen talar det som sägs i skälen om att direktivet inte påverkar tillämpning av artikel 3.1 och 3.2 i infosoc-direktivet på *andra tjänsteleverantörer* för att – i den mån det utgör en ny rättighet – denna ska gälla i stället för det som sägs i infosoc-direktivet såvitt avser Delningstjänster. Någon bestämmelse om detta finns dock inte heller i direktivets artiklar. I motsatt riktning talar också det som sägs i artikel 1.2. För att dra slutsatsen att artikel 17.1 gäller i stället för artikel 3.1 och 3.2 i infosoc-direktivet såvitt avser Delningstjänster tycks man behöva luta sig

mot allmänna principer om *lex specialis*, dvs. att särbestämmelser går före allmänna bestämmelser.

Frågan om hur man ska se på artikel 17.1 i förhållande till artikel 3.1 och 3.2 är kanske i första hand av lagteknisk och systematisk betydelse. Det kan emellertid också ha viss praktisk betydelse. Om det skulle förhålla sig på det sättet att det är en särskild rättighet som gäller utöver redan existerande rättigheter skulle det t.ex. kunna bli aktuellt att pröva det upphovsrättsliga ansvaret för en Delningstjänst enligt båda regelverken. För det fall en Delningstjänst skulle kunna anses överföra ett verk till allmänheten både enligt reglerna i infoc-direktivet och enligt det nya direktivet skulle olika förutsättningar gälla för tjänstens möjligheter till ansvarsfrihet (se vidare nedan). Lämpligheten i en sådan ordning kan naturligtvis ifrågasättas.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är beskrivningen som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Hur bör man se på förhållandet mellan artikel 17.1 och infoc-direktivets artiklar 3.1 och 3.2?
- Om direktivet inte ger upphov till en ny eller särskild rättighet, kan direktivet i denna del genomföras utan lagändringar? Dvs kan de allmänna bestämmelserna om överföring till allmänheten och tillgängliggöranden för allmänheten kvarstå oförändrade och tolkas i ljuset av de nya bestämmelserna? Finns det några särskilda för- eller nackdelar med en sådan ordning? Är den förenlig med direktivet?
- Om direktivet i denna del genomförs genom lagändringar som motsvarar direktivets artikel 17.1, finns det anledning att i lagen också reglera det som kommer till uttryck i artikel 1.2 och i skälen om att bestämmelserna inte påverkar tillämpligheten av befintliga bestämmelser beträffande *andra* tjänsteleverantörer än de som omfattas av direktivet?
- Finns det andra aspekter på relationen mellan artikel 17.1 och gällande EU-rätt som bör lyftas fram?

Bör ”skyldigheten” att ingå licensavtal lagregleras?

Enligt artikel 17.1 andra stycket ska en Delningstjänst – mot bakgrund av att de anses förfoga upphovsrättsligt över innehållet – erhålla ett tillstånd av de rättsinnehavare som avses i artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2001/29/EG, till exempel genom ingåendet av ett licensavtal, för att överföra verk eller andra alster till allmänheten eller göra dem tillgängliga för allmänheten.

Delningstjänsternas ”skyldighet” att erhålla tillstånd av rättsinnehavarna uttrycks i artikeltexten som en följd av det förhållandet att de förfogar upphovsrättsligt över innehållet (i artikeltexten anges ”ska därför” erhålla tillstånd). Att man inte lovligt kan förfoga över någon annans upphovsrättsligt skyddade innehåll utan ett tillstånd från rättsinnehavaren följer av ensamrättens konstruktion. Hur långt Delningstjänstens ansvar att ingå licensavtal går regleras dessutom i artikel 17.4 (se vidare nedan). Någon absolut skyldighet är det alltså inte fråga om. Det talar för att artikel 17.1 andra stycket bör förstås som en påminnelse om utgångspunkten att den som vill förfoga över upphovsrättsligt skyddat innehåll måste ha tillstånd att göra detta.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är beskrivningen som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Finns det någon anledning att införa regler i nationell rätt som motsvarar andra stycket?
- Finns det några andra aspekter i denna del som ni vill lyfta fram?

5. Licensavtalens omfattning – artikel 17.2

Direktivet

Enligt artikel 17.2 ska medlemsstaterna föreskriva att de tillstånd/licenser en Delningstjänst erhåller från rättighetshavare också ska omfatta användarnas upphovsrättsliga förfoganden, när dessa inte agerar i kommersiellt syfte eller när verksamheten inte genererar betydande intäkter. Artikeln återspeglas i skälen där det anges att om en Delningstjänst har fått tillstånd, inbegripet genom licensavtal, att på sin tjänst utnyttja innehåll som laddas upp av användarna, ska dessa tillstånd även omfatta upphovsrättsligt relevanta handlingar i samband med användaruppladdning inom ramen för räckvidden

för det tillstånd som Delningstjänsten fått, men bara då användarna agerar utan kommersiellt syfte, till exempel genom att dela innehåll utan vinstsyfte, eller då de intäkter som genereras är obetydliga i förhållande till den upphovsrättsligt relevanta handling som utförs av de användare som omfattas av tillståndet. I skälen anges vidare att om en rättsinnehavare uttryckligen gett tillstånd till användare att ladda upp och tillgängliggöra verk eller andra alster på en onlinetjänst för delning av innehåll, är tjänsteleverantörens överförande till allmänheten tillåtet inom ramen för det tillstånd som rättsinnehavaren gett. Det bör dock inte antas att användarna har skaffat alla relevanta rättigheter till förmån för Delningstjänsten (skäl 69).

Allmänna utgångspunkter

När en användare av en delningstjänst laddar upp ett verk eller en prestation som skyddas av en närstående rättighet på en Delningstjänst följer det redan av gällande rätt att han eller hon förfogar över innehållet upphovsrättsligt på ett sådant sätt att det krävs tillstånd från rättsinnehavaren. Enligt artikel 17.1 klarläggs det nu att även Delningstjänsten förfogar upphovsrättsligt över innehållet.

Det har diskuterats om detta innebär att det är fråga om en överföring eller ett tillgängliggörande för allmänheten med två ansvariga aktörer eller om det är fråga om två upphovsrättsliga förfoganden. Frågan hänger i viss mån samman med huruvida direktivet ger en ny eller särskild rättighet som diskuteras ovan. Direktivet ger här inget entydigt svar. Oavsett hur det förhåller sig med den saken kan det konstateras att Delningstjänsten är helt beroende av användarens uppladdning och användaren är helt beroende av Delningstjänstens tillhandahållande av plattformen för att det ska bli fråga om en överföring eller ett tillgängliggörande överhuvudtaget. Användarens uppladdningar utgör dessutom en förutsättning för att det som plattformen bidrar med ska utgöra ett upphovsrättsligt förfogande (jfr artikel 17.1).

I praktiken finns det därför anledning att utgå från att frågan löses i avtal mellan de inblandade parterna. Vare sig användare eller Delningstjänster torde som utgångspunkt ha något intresse av att ingå licensavtal om inte förutsättningarna för att kunna tillgängliggöra verk och andra prestationer fullt ut regleras, utan är beroende av någon annans agerande.

Artikel 17.2 avser dock att i någon mån reglera dessa förutsättningar såvitt gäller vissa typer av användarnyttjanden och i förhållande till de avtal som ingås mellan rättsinnehavare och Delningstjänster.

Särskilda frågeställningar

Hur bör den närmare regleringen se ut?

Den målsättning direktivet ställer upp om att avtal som ingås mellan Delningstjänster och rättsinnehavare ska täcka också vissa användarnyttjanden kan uppnås på olika sätt. En möjlighet är att i lag föreskriva att ett sådant avtal och de utnyttjanden det medger ska anses gälla också i förhållande till de aktuella användarna, dvs. att avtalen skulle få någon form av ”utsträckt verkan”. En sådan reglering förefaller ligga närmast ordalydelsen i direktivet. En annan möjlighet är att föreskriva någon form av undantag som gör det fritt för dessa användare att ladda upp material som Delningstjänsten ingått avtal om. En tredje möjlighet är att föreskriva att avtal som ingås mellan en Delningstjänst och en rättsinnehavare ska omfatta och reglera också frågan om användarnas utnyttjanden.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den beskrivning som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Vilken typ av reglering bör användas för att genomföra artikel 17.2?
- Finns det andra frågor som bör belysas i denna del?

Bör det som sägs i skälen om situationer där användarna inhämtat tillstånd för sitt förfogande regleras?

Som framgår ovan anges i skälen att om en användare inhämtat tillstånd att ladda upp visst innehåll på en plattform, så behöver inte Delningstjänsten därutöver inhämta något tillstånd, men att det inte från tjänstens sida bör förutsättas att sådant tillstånd finns. Det finns emellertid inte i artikeltexten någon reglering som motsvarar detta.

Som konstateras ovan är användarna och Delningstjänsterna ömsesidigt beroende av varandra för att det ska kunna komma till stånd något upphovsrättsligt förfogande överhuvudtaget. Det framstår med den

utgångspunkten inte som helt självklart att ett tillstånd som en användare erhållit per automatik täcker också Delningstjänstens agerande samtidigt som Delningstjänstens eventuella licens som utgångspunkt – och utan särskild reglering – endast skulle täcka det egna agerandet. Samtidigt är det naturligtvis så att ett tillstånd som en användare erhållit att ladda upp något på en Delningstjänst skulle vara meningslöst om det inte gav möjlighet till just detta. Det ligger därför i sakens natur att ett sådant tillstånd inte kan vara beroende av Delningstjänstens agerande, med mindre att det särskilt avtalats på det sättet. Mot den bakgrunden ligger det närmast till hands att tolka det som sägs i skälen som en påminnelse om denna utgångspunkt.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den beskrivning som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Finns det andra aspekter i denna del som bör belysas?

6. Förhållandet till e-handelsdirektivets ansvarsfrikhetsregler – artikel 17.3

Direktivet

I artikel 17.3 anges att när en Delningstjänst vidtar en åtgärd som innebär en överföring till eller ett tillgängliggörande för allmänheten, enligt de villkor som fastställs i direktivet, ska den ansvarsbegränsning som fastställs i artikel 14.1 i direktiv 2000/31/EG inte gälla för de omständigheter som omfattas av denna artikel. I artikeln anges vidare att detta inte ska påverka den eventuella tillämpningen av artikel 14.1 i direktiv 2000/31/EG på dessa tjänsteleverantörer för syften som ligger utanför det här direktivets tillämpningsområde. De tillhörande skälen speglar innehållet i artikeln (skäl 65).

Gällande rätt

Artikel 14 i direktiv 2000/31/EG (e-handelsdirektivet) reglerar under vilka förutsättningar s.k. värdtjänster inte kan hållas ansvariga för det innehåll som lagras på plattformen. Av artikeln framgår att en tjänsteleverantör som levererar någon av informationssamhällets tjänster bestående av lagring av information som tillhandahålls av tjänstemottagaren inte ska vara ansvarig för information som lagrats på begäran av en tjänstemottagare av tjänsten, under förutsättning att a) tjänsteleverantören inte hade kännedom om

förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information och, beträffande skadeståndsanspråk, inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar, eller b) tjänsteleverantören så snart han fått sådan kännedom eller blivit medveten om detta handlat utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig.

E-handelsdirektivet har genomförts i svensk rätt i huvudsak genom lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. I 18 § den lagen anges att en tjänsteleverantör som lagrar information som lämnats av en tjänstemottagare inte på grund av innehållet i informationen ska vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, under förutsättning att leverantören 1) inte känner till att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer och, när det gäller skyldighet att ersätta skada, inte är medveten om fakta eller omständigheter som gör det uppenbart att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer, eller 2) så snart han får sådan kännedom eller medvetenhet utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen. I 19 § samma lag anges att en tjänsteleverantör som överför eller lagrar information för annan får dömas till ansvar för brott som avser innehållet i informationen endast om brottet har begåtts uppsåtligen.

Som framgår ovan utgår direktivet från att det är oklart om och i så fall under vilka förutsättningar plattformar för användaruppladdat innehåll i dag kan anses förfoga upphovsrättsligt över det innehåll som laddas upp på plattformen. Det råder också delade meningar om huruvida ansvarsfriheten i artikel 14 i e-handelsdirektivet omfattar också plattformar som intar en mer aktiv roll i förhållande till det innehåll som användare laddar upp på plattformen, t.ex. genom att ordna och marknadsföra det, och vilken grad av aktivitet som krävs för att falla utanför. Det gäller särskilt i situationer där plattformen självständigt och primärt kan anses förfoga upphovsrättsligt över innehållet. Ett flertal nu pågående mål vid EU-domstolen tangerar dessa frågeställningar, se t.ex. mål C-500/19 (Puls 4 TV).

Särskilda frågeställningar

Hur bör direktivets "undantag" från ansvarsfrihetsreglerna genomföras?

Enligt direktivet ska ansvarsfrihetsregeln i e-handelsdirektivet inte tillämpas i de fall en Delningstjänst anses upphovsrättsligt ansvarig enligt direktivets

artikel 17. Som framgår nedan ska istället de särskilda reglerna om ansvarsfrihet i artikel 17.4 tillämpas. Som utgångspunkt bör det därför i nationell rätt införas särskilda regler som i dessa fall gäller i stället för det som anges i 18 § lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

Varken direktivet eller annan reglering ställer krav på att undantag ska göras i förhållande till den straffrättsliga ansvarsfrihetsregleringen i 19 § den lagen, dvs det uppställs inga krav på att straffrättsliga sanktioner ska kunna kopplas till det upphovsrättsliga förfogande som nu är aktuellt.

Som framgår nedan ställs det vissa krav på aktivitet för att en Delningstjänst ska åtnjuta ansvarsfrihet enligt direktivets artikel 17.4. Sådana krav ställs inte upp för att vara ansvarsfri enligt artikel 14 i e-handelsdirektivet. Samtidigt råder alltså en viss osäkerhet kring huruvida de senare bestämmelserna överhuvudtaget är tillämpliga i förhållande till i vart fall vissa Delningstjänster.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den beskrivning som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Bör undantag endast göras från 18 § lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster så att de straffrättsliga ansvarsfrihetsreglerna i 19 § samma lag alltså ska gälla (i den mån de är tillämpliga)?
- Finns det andra aspekter som bör belysas i denna del?

7. En ny ansvarsfrihetsreglering – artikel 17.4–17.8

Direktivet

Enligt artikel 17.4 ska Delningstjänster – när det inte finns något tillstånd (att förfoga över ett visst verk eller en viss prestation) ansvara för otillåten överföring av upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster till allmänheten, inklusive tillgängliggörande för allmänheten, såvida inte tjänsteleverantörerna kan visa att de a) har gjort vad de har kunnat för att erhålla ett tillstånd, och b) i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed har gjort vad de har kunnat för att säkerställa att specifika verk och

andra alster för vilka rättighetshavarna har försett tjänsteleverantörerna med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga, och under alla omständigheter c) efter att ha mottagit en tillräckligt välgrundad underrättelse från rättighetshavarna har agerat snabbt för att omöjliggöra åtkomst till de underrättade verken och alstren eller avlägsna dem från sina webbplatser, och har gjort vad de har kunnat för att motverka framtida uppladdningar i enlighet med led b.

Enligt artikel 17.5 ska vidare – vid fastställandet av om Delningstjänsten har uppfyllt sina skyldigheter enligt punkt 4, och i ljuset av proportionalitetsprincipen – bl.a. beaktas vilken typ av tjänst det rör sig om, tjänstens publik och omfattning samt vilken typ av verk eller andra alster som har laddats upp av användarna, men också tillgången till lämpliga och effektiva medel och vilka kostnader detta är förenat med.

I artikel 17.6 görs ett undantag för vissa plattformar. Det gäller Delningstjänster som varit tillgängliga för allmänheten i unionen i mindre än tre år och vars årsomsättning är lägre än tio miljoner euro. Som utgångspunkt är det tillräckligt att dessa plattformar gör vad de kan för att erhålla tillstånd (enligt 17.4 a) och att de agerar snabbt för att omöjliggöra åtkomst till eller avlägsna underrättade verk och prestationer efter att de mottagit en tillräckligt välgrundad underrättelse från rättsinnehavarna. Om en sådan Delningstjänst som omfattas av undantaget har ett månatligt genomsnitt på över 5 miljoner unika besökare, beräknat på föregående kalenderår, ska de därutöver också visa att de har gjort vad de har kunnat för att motverka ytterligare uppladdningar av de underrättade verken och andra alstren från sina webbplatser.

I artikel 17.7 finns regler som återkopplar till och begränsar hur Delningstjänsternas och rättsinnehavarnas gemensamma arbete för att hindra tillgång till olovligt material i praktiken får utformas. Här stadgas att det inte får leda till att det inte går att få tillgång till verk eller andra alster som laddats upp av användare och som inte gör intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter, inbegripet när sådana verk eller andra alster omfattas av ett undantag eller en inskränkning. I anslutning till det anges att medlemsstaterna ska säkerställa att alla användare i alla medlemsstater kan förlita sig på vissa särskilt angivna undantag eller inskränkningar när de laddar upp och tillgängliggör innehåll som genererats av användare på onlinetjänster för delning av innehåll. Dessa undantag eller inskränkningar

avser citat, kritik, recensioner samt användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte.

I artikel 17.8 anges att tillämpningen av artikel 17 inte ska leda till någon allmän övervakningsskyldighet. Där anges också att medlemsstaterna ska föreskriva att Delningstjänster ska förse rättsinnehavarna, på deras begäran, med adekvat information om hur deras metoder fungerar med avseende på det samarbete som avses i punkt 4 och, om licensavtal har ingåtts mellan Delningstjänsterna och rättsinnehavarna, information om användningen av det innehåll som omfattas av avtalen.

Särskilda frågeställningar

Några utgångspunkter

Det upphovsrättsliga ansvaret som föreskrivs i artikel 17 och den därmed sammanhängande ansvarsfrihetsregeln tillhör de mest omdiskuterade delarna av upphovsrättsdirektivet. Den kanske mest omdebatterade aspekten gäller de åtgärder Delningstjänster ska vidta enligt 17.4 för att förhindra intrång och då kanske framförallt framtida intrång.

Artikel 17 är omfattande och komplicerad. Det är inte alldeles självklart att avgöra hur de olika aspekter, krav och hänsyn som redovisas där ska vägas samman. Avsikten är att i samband med kommande möten i referensgruppen återkomma till ytterligare/fördjupade frågeställningar. Några förslag till möjliga övergripande synsätt ges dock redan nu.

Det ligger i Delningstjänstens natur att det inte är möjligt att på förhand veta vilket innehåll som kommer att laddas upp på plattformen. Även om utgångspunkten är att Delningstjänsten är upphovsrättsligt ansvarig (enligt artikel 17.1) och därmed ska inhämta tillstånd för de upphovsrättsliga förfoganden som förekommer är avsikten inte att detta ansvar ska vara absolut. Det kommer alltså även fortsättningsvis vara så att olovligt material kommer att laddas upp och göras tillgängligt via delningstjänster. Den ansvarsfrihetsregel vars innehåll beskrivs i artikel 17.4–17.8 syftar till att Delningstjänster i dessa fall inte ska behöva ta ansvaret för det intrång i upphovsrätten som detta innebär, men ställer samtidigt krav på visst agerande från Delningstjänstens sida. Artikel 17 innebär alltså inte någon allmän skyldighet att hålla Delningstjänsten fri från olovligt material.

För att komma i åtnjutande av ansvarsfrihet måste Delningstjänsten agera i tre avseenden. Till att börja med ska redan uppladdat olovligt material som anmäls av rättsinnehavaren avlägsnas. Skyldigheten i denna del tycks i huvudsak vara i linje med gällande rätt. Delningstjänsten ska vidare agera också i två andra avseenden. För det första ska Delningstjänsten göra vad den kan för att få till avtal med rättsinnehavare. För det andra ska den göra vad den kan för att säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättsinnehavarna har försett tjänsten med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga och motverka att de blir tillgängliga.

När det gäller dessa två moment ska Delningstjänsterna som utgångspunkt *göra vad de kan* (eng. *made best efforts*). Den svenska översättningen av artikel 17.4 kan ge intryck av att Delningstjänsten närmast med alla till buds stående medel ska uppfylla de två momenten. Av direktivet framgår dock tydligt att så inte är fallet. De begränsningar som anges i artikel 17.5 innebär – på ett övergripande plan – att det ska göras en helhetsbedömning av vidtagna åtgärder där samtliga relevanta omständigheter ska vägas in och en proportionalitetsbedömning ska göras. Sammantaget syftar bestämmelserna – som anges i skäl 66 – till att Delningstjänsten ska vidta alla de åtgärder som en *samvetsgill operatör* skulle ha vidtagit, ett begrepp som tangerar EU-domstolens praxis på området.

Att direktivet å ena sidan ställer krav på *best efforts* och å andra sidan tydligt reglerar att åtgärderna ska vara proportionerliga och att hänsyn ska tas till en mängd olika faktorer är inte en alldeles lättillgänglig konstruktion. Ur ett övergripande perspektiv torde dock den *sammanlagda effekten* av 17.4 och 17.5 vara att Delningstjänsten i de nu aktuella avseendena ska vidta vad som närmast kan betecknas som *skäliga* åtgärder för att ingå licensavtal och hindra tillgång till sådant material som rättighetshavarna särskilt har anmält och lämnat information om till tjänsten. Direktivet ställer alltså inte krav på att Delningstjänsten ska försöka licensiera *allt* potentiellt innehåll. Inte heller är det ett krav att hålla plattformen fri från *allt* innehåll som rättsinnehavare har anmält.

De närmare gränserna och förutsättningarna för att en Delningstjänst ska anses ansvarsfri enligt artikel 17 kommer att övervägas mycket noga i det fortsatta svenska genomförandearbetet. I detta ligger naturligtvis att i möjligaste mån konkretisera vilka åtgärder som kan behöva vidtas. I det avseendet kan naturligtvis de samtal med berörda parter som EU-

kommissionen avser att inleda under oktober 2019 och som syftar till att mynna ut i riktlinjer få en stor betydelse. De utgångspunkter och frågeställningar som redovisas i det följande syftar till att inhämta synpunkter i dessa delar från svenska aktörer.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den beskrivning som ges ovan riktig?
- Om inte, vilka utgångspunkter bör i stället anses följa av direktivet?

Särskilt om "skyldigheten" att erhålla tillstånd

Artikel 17 syftar i första hand till att främja utvecklingen av licensmarknaden mellan rättsinnehavare och Delningstjänster. Skyldigheten att försöka erhålla tillstånd ska alltså ses mot den bakgrunden. Som framgått ovan är skyldigheten inte absolut, utan snarare ställer direktivet krav på att en Delningstjänst gör vad som skäligen kan krävas för att erhålla tillstånd. Bedömningen av om en Delningstjänst fullgjort sina skyldigheter i detta avseende måste bedömas från fall till fall. Nedan ges dock förslag till några övergripande utgångspunkter.

Det är inte rimligt – eller ens möjligt - att licensiera allt potentiellt innehåll och direktivet ställer inte heller några sådana krav. Det ligger nära till hands att utgå ifrån att Delningstjänstens skyldigheter i detta avseende får bedömas med utgångspunkt inte minst från omfattningen av förekomsten av en viss verkstyp och möjligheterna att ingå avtal som omfattar relativt många rättigheter som är relevanta för tjänsten i fråga. Om en Delningstjänst ger tillgång till stora mängder av en viss verkstyp torde det kunna begäras av tjänsten att ingå avtal om detta med kollektiva förvaltningsorganisationer och andra aktörer som representerar större repertoarer och licensierar sådan användning. Däremot torde direktivet även för en sådan plattform inte ställa något krav på att aktivt försöka ingå avtal med mycket små aktörer. Det innebär dock inte att en Delningstjänst inte skulle ha en skyldighet att se till att också sådana små aktörer har möjlighet att ingå licensavtal för den användning som faktiskt sker. Om å andra sidan, en Delningstjänst endast undantagsvis eller i mycket liten utsträckning tillgängliggör en viss verkstyp och det inte heller är avsikten med tjänsten, ligger det närmare till hands att utgå från att direktivet inte ställer krav på att Delningstjänsten ingår licensavtal. Däremot föreligger naturligtvis en skyldighet att plocka bort

sådant material som Delningstjänsten uppmärksammas på. Det förhållande att licenser för en viss verkstyp eller viss relevant användning inte erbjuds kan inte läggas Delningstjänsten till last.

En särskild fråga är i vad mån skyldigheten att ingå licensavtal är absolut i den bemärkelsen att Delningstjänsten inte kan välja att avstå från att ingå möjliga licensavtal. Av skäl 61 framgår att *rättsinnehavarna inte är skyldiga* att ge tillstånd eller ingå licensavtal, eftersom avtalsfriheten inte bör påverkas. Detta, och det förhållande att det är fråga om en möjlighet till ansvarsfrihet från vad som annars utgör intrång, kan tala för att en Delningstjänst som vill komma i åtnjutande av ansvarsfrihetsreglerna har en absolut skyldighet att ingå de avtal som erbjuds och som rimligen kan förväntas av dem med hänsyn till det innehåll som tillgängliggörs. Däremot bör det vara möjligt för en Delningstjänst att vidta andra åtgärder för att se till att förekomsten av en viss verkstyp, som tjänsten inte vill tillhandahålla och betala licens för, minskar i sådan utsträckning att det inte skäligen kan krävas att tillstånd ska inhämtas.

En ytterligare fråga som varit föremål för skilda uppfattningar är i vad mån Delningstjänsten måste acceptera också oskäligen erbjudanden om licens, t.ex. när det gäller ersättningens storlek. Med utgångspunkt från den proportionalitetsbedömning som ska göras också i detta avseende tycks direktivet inte ge något utrymme för detta. När det gäller kollektiva förvaltningsorganisationer finns dessutom bestämmelser i lagen (2016:977) om kollektiv förvaltning av upphovsrätt som innebär att den ersättning som begärs ska vara rimlig (9 kap. 2 §).

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den beskrivning som ges ovan riktig? Om inte, vilka utgångspunkter bör i stället anses följa av direktivet?
- Kan eller bör ytterligare eller andra konkretiseringar göras när det gäller skyldigheten att erhålla tillstånd?
- Finns det andra aspekter av tillståndsfrågan som bör lyftas fram?

Särskilt om skyldigheten att hindra tillgång till sådant material som anmälts av rättsinnehavare

Som framgått kan en Delningstjänst bara komma i fråga för ansvarsfrihet om den i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed har gjort vad den har kunnat för att säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättighetshavarna har försett Delningstjänsten med relevant och nödvändig information inte är eller blir tillgängliga. Också i fråga om denna skyldighet ska en proportionalitetsbedömning göras och tjänsten ska på samma sätt och sammantaget göra det som skäligen kan krävas för att uppnå målet, dvs. att se till att anmält material inte finns tillgängligt. Med en sådan utgångspunkt kan det alltså konstateras att Delningstjänsten inte har någon skyldighet att se till att *allt* olovligt material som anmälts försvinner från plattformen och hålls borta från den.

Utöver den allmänna proportionalitetsbedömningen finns dessutom ytterligare faktorer som påverkar vad Delningstjänsten kan och bör göra i dessa avseenden. Enligt artikel 17.7 får samarbetet mellan tjänsten och rättsinnehavarna inte leda till att det inte går att få tillgång till verk eller andra alster som laddats upp av användare och som inte utgör intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter, inbegripet när sådana verk eller andra alster omfattas av ett undantag eller inskränkning.

Det kan alltså konstateras att Delningstjänsten, när den uppfyller sina skyldigheter i nu aktuella avseenden, ska beakta två olika intressen. Tjänsten ska å ena sidan verka för att olovligt material som anmälts inte finns eller blir tillgängligt, samtidigt som lovligt material som laddats upp inte ska påverkas. Att fullt ut och i alla lägen tillgodose båda dessa intressen kan i praktiken vara svårt, oavsett vilka medel, tekniska eller andra, som används. Inte minst kan det uppstå situationer där det helt enkelt är mycket svårt att bedöma om en användning av ett visst innehåll är laglig, t.ex. med stöd av en inskränkning, eller om det är fråga om ett intrång.

Mot denna bakgrund ligger det nära till hands att utgå från att direktivet i dessa delar avser att ge uttryck för en intresseavvägning där varje metod för att hindra tillgång till olovligt material måste bedömas också i förhållande till risken att den metoden hindrar lovligt material.

En särskild fråga är i vilken mån direktivet kan anses ställa krav på Delningstjänster att tillämpa automatiserade lösningar, dvs. s.k.

igenkännings- eller identifieringsteknik. Direktivet berör inte uttryckligen den frågan och föreskriver inte någon viss metod. Delningstjänsten ska vidta de åtgärder som en samvetsgill operatör skulle ha vidtagit, med beaktande av ”bästa praxis” i branschen och ändamålsenligheten i de åtgärder som vidtas i ljuset av alla relevanta faktorer och av den senaste utvecklingen. Det anges samtidigt att olika medel för att undvika tillgång till otillåtet upphovsrättsskyddat innehåll kan vara lämpliga och proportionerliga beroende på typen av innehåll, och det kan därför inte uteslutas att tillgång till otillåtet innehåll i vissa fall bara kan undvikas genom en underrättelse från rättsinnehavarna (skäl 65).

Mot denna bakgrund skulle följande ramar kunna ges för inriktningen i denna del. Bedömningen av vilka åtgärder som är tillräckliga måste göras från fall till fall där en viktig aspekt är tjänstens förutsättningar att vidta åtgärder – inte minst kostnaden för dessa – och den relativa effekt dessa har. En Delningstjänst på vilken det endast undantagsvis eller i mycket liten utsträckning förekommer olovligt material kan typiskt sätt inte förväntas göra mer än att ta bort materialet efter påpekande från rättsinnehavaren. I den mån sådana plattformar överhuvudtaget kan anses omfattas av artikel 17 torde detta typiskt sätt gälla t.ex. för plattformar som är dedikerade till en viss typ av innehåll som genereras av användarna själva och som typiskt sätt inte kräver ytterligare tillstånd. Det är naturligtvis också möjligt för andra och mer allmänna typer av Delningstjänster att hålla nere mängden olovligt material genom olika förebyggande åtgärder som tydliga användarvillkor, regler och sanktioner när det gäller överträdelser av upphovsrätten. Ett annat sätt att uppnå motsvarande resultat är genom ingåendet av mer eller mindre heltäckande licensavtal för olika verkstyper. Sådana avtal kan i Sverige uppnås med stöd av bestämmelserna om avtalslicens. Avtalslicensen, som regleras i 42 a–h §§ upphovsrättslagen, innebär att det med stöd i lag finns möjligheter att teckna avtal som ger rätt att utnyttja i princip alla verk av en viss typ. En delningstjänst som ingått ett sådant avtal torde inte därutöver behöva tillhandahålla en särskild ordning för att motverka en synnerligen liten andel potentiella intrång avseende den aktuella verkstypen.

Det finns också Delningstjänster på vilka mycket stora mängder olicensierat material laddas upp och där det knappast kan förväntas vara möjligt att licensiera innehållet i tillräckligt hög grad. Hit hör de Delningstjänster som redan i dag tillämpar olika typer av identifieringsteknik. Det kan antas att

sådana Delningstjänster kommer att använda sig av denna teknik för att uppfylla direktivets krav.

För det fall identifieringsteknik tillämpas följer det av direktivet att den måste tillämpas med urskiljning. Möjligheterna att med hjälp av identifieringsteknik komma tillrätta med intrång med ett rimligt mått av precision ser olika ut på olika områden. Om risken för att lovligt material plockas bort i betydande utsträckning är påtaglig, torde en annan lösning behöva sökas. I den mån tekniken på ett visst område gör det möjligt att avgöra om en uppladdning överensstämmer med ett skyddat verk fullt ut eller endast till viss del, kan de senare fallen behöva behandlas annorlunda – t.ex. granskas manuellt före det att tillgång eller uppladdning stoppas – för att undvika att användning som sker med stöd av t.ex. en inskränkning hindras.

Överlag – och oavsett vilken metod en Delningstjänst använder för att uppfylla kraven i denna del – torde sådana åtgärder som en Delningstjänst vidtar i syfte att minska risken för att material felaktigt plockas bort och som är nödvändiga för det syftet vara acceptabla även om de kan minska den effektivitet med vilken olovligt material hindras. Ytterst förefaller bedömningen alltid behöva göras utifrån om vidtagna åtgärder på ett rimligt sätt balanserar de olika intressen som berörs.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är den beskrivning som ges ovan riktig?
- Om inte, vilka utgångspunkter bör i stället anses följa av direktivet?
- Kan/bör ytterligare/andra konkretiseringar göras när det gäller skyldigheten i denna del?
- Vad bör utgångspunkterna vara för den intresseavvägning som finns inbyggd i direktivet mellan ändamålet att hindra tillgång till olovligt material och skyddet för användarnas rättigheter?
- Vilken typ av information bör en rättsinnehavare ha lämnat för att ha uppfyllt kraven på ”relevant och nödvändig information” respektive ”tillräckligt välgrundad underrättelse” i artikel 17.4 b och c?

- Vilka andra aspekter bör belysas under de fortsatta övervägandena i denna del?

Vissa undantag och inskränkningar

I artikel 17.7 anges att medlemsstaterna ska säkerställa att alla användare i alla medlemsstater kan förlita sig på vissa särskilt angivna undantag eller inskränkningar när de laddar upp och tillgängliggör innehåll som genererats av användare på Delningstjänster. Dessa undantag eller inskränkningar avser citat, kritik, recensioner samt användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte.

Inskränkningar i upphovsrätten för citat, kritik, recensioner samt användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte har tidigare ansetts frivilliga för medlemsstaterna att tillämpa. De görs nu obligatoriska inom de ramar detta direktiv ställer upp. I Sverige finns sedan tidigare ingen uttrycklig inskränkning för karikatyr, parodi eller pastisch. Sådan bearbetning av ett verk har dock ansetts utgöra ett nytt och självständigt verk och därmed har man redan av det skälet kunnat använda verk och andra alster i dessa syften.

Direktivets bestämmelser i denna del kan genomföras på olika sätt. En möjlighet är att föreskriva att de nu aktuella inskränkningarna ska gälla endast i förhållande till sådana utnyttjanden som sker på Delningstjänster. En annan möjlighet är att i 2 kap. upphovsrättslagen nu införa nya och anpassa befintliga generella inskränkningar i upphovsrätten.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Bör paragrafens andra stycke föranleda ändringar i svensk lagstiftning även beträffande annan användning än på denna typ av tjänster?

Förbudet mot allmän övervakningsskyldighet

Artikel 17.8 föreskriver att tillämpningen av artikeln inte ska leda till någon allmän övervakningsskyldighet.

Bestämmelsen kopplar till artikel 15 i det s.k. e-handelsdirektivet (2000/31/EG) som innehåller ett förbud för medlemsstater att ålägga en tjänsteleverantör en allmän skyldighet att övervaka den information de lagrar eller en allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som tyder på olaglig verksamhet.

Det har funnits olika uppfattningar om direktivets bestämmelser i denna del skulle kunna leda till en sådan allmän övervakning som avses i artikel 15 i e-handelsdirektivet. Begreppet som sådant har varit föremål för prövning i EU-domstolen men det finns alltså frågetecken kring var den närmare gränsen för förbudet går.

Bestämmelsen bör möjligen i första hand förstås som en påminnelse om förbudet mot allmän övervakning, men också ytterst som en garanti för att direktivet inte ska ge utrymme för åtgärder som EU-domstolen kan komma att bedöma falla under förbudet.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är beskrivningen som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Finns det ytterligare aspekter i denna del som bör belysas?

Omfattningen av information som ska lämnas

I artikel 17.8 andra stycket stadgas att Delningstjänster på begäran ska förse rättsinnehavare med relevant information om de åtgärder som vidtas enligt artikel 17.4 samt användning av verk enligt ingångna licensavtal. Enligt skäl 68 ska informationen vara tillräckligt specifik för att säkerställa tillräcklig transparens för rättsinnehavare, utan att påverka företagshemligheter för Delningstjänsterna. Delningstjänsterna är inte heller skyldiga att ge detaljerad och individuell information för vart och ett av de verk och andra alster som pekats ut. Parterna är fria att avtala om mer specifika villkor i fråga om vilken information som ska ges.

Bestämmelserna tycks rimligen böra genomföras genom att en civilrättslig skyldighet införs som motsvarar direktivets krav. En särskild fråga är hur denna informationsskyldighet förhåller sig till den rapporteringsskyldighet som en användare har enligt 9 kap. 5 § lagen om kollektiv förvaltning av upphovsrätt (som bygger på EU-direktiv). EU-direktivet om kollektiv rättighetsförvaltning tillhör de rättsakter som räknas upp i artikel 1.2 och vars bestämmelser inte ska påverkas av förevarande direktiv. Det ligger därför nära till hands att utgå från att i den mån ett avtal ingåtts med en kollektiv förvaltningsorganisation så ska de särskilda regler om rapporteringsskyldighet som finns på det området gälla.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Är beskrivningen som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Finns det skäl att ytterligare utveckla vilken typ av information som ska lämnas? Vad är det i så fall för information?

Hur förhåller sig artikel 17 till avtalsfriheten?

En särskild fråga är hur artikel 17 förhåller sig till den grundläggande principen om avtalsfrihet och då särskilt i förhållande till de ”rättigheter” som tillerkänns användare och de skyldigheter som Delningstjänster och rättsinnehavare har att se till att inte lovlig användning hindras. Är det t.ex. möjligt för Delningstjänsten att i sina användarvillkor helt eller delvis avtala bort dessa bestämmelser?

Det kan konstateras att direktivet inte uttryckligen berör frågan, samtidigt som det i artikel 23 finns uttryckliga regler som begränsar avtalsfriheten i andra avseenden. Det kan å andra sidan konstateras att medlemsstaterna åläggs att *säkerställa* att användarna kan förlita sig på vissa undantag eller inskränkningar i samband med att de laddar upp innehåll som genererats av användare och att samarbetet mellan Delningstjänster och rättsinnehavare inte *får* leda till att tillgången till lovligt innehåll hindras. Som framgår nedan finns vidare i artikel 17.9 bestämmelser om att användare ska ha tillgång till klagomåls- och avhjälpningsmekanismer och att det ytterst ska vara möjligt att få sin ”rätt att utnyttja ett undantag från eller en inskränkning i upphovsrätten” prövad i domstol eller motsvarande. Enligt samma artikel åligger det även Delningstjänsten att i sina villkor informera användarna om att de kan använda verk och andra alster inom ramen för undantag från, eller inskränkning i, upphovsrätt och närstående rättigheter som föreskrivs i unionsrätten. Det framstår som mycket tveksamt om full avtalsfrihet i dessa avseenden skulle kunna anses förenligt med direktivets syften.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Hur bör man se på Delningstjänsternas möjlighet att helt eller delvis avtala, t.ex. i sina användarvillkor, om att andra förutsättningar än de som anges i artikel 17 ska gälla för användarna av deras tjänst?

8. Tvistlösning – artikel 17.9

Direktivet

Enligt Artikel 17.9 ska medlemsstaterna föreskriva att Delningstjänster ska tillhandahålla en effektiv och snabb klagomåls- och avhjälpningsmekanism för användare för tvister om omöjliggörandet av åtkomst till, eller avlägsnandet av, verk eller andra alster som användare av tjänsten laddat upp. Vidare anges att rättsinnehavare, som begär att åtkomst till något av deras verk eller andra alster ska omöjliggöras eller att dessa verk och andra alster ska avlägsnas, ska de vederbörligen motivera sin begäran. Klagomål ska vidare behandlas utan otillbörligt dröjsmål och beslut att omöjliggöra åtkomst till eller avlägsna uppladdat innehåll ska vara föremål för mänsklig granskning.

Medlemsstaterna ska vidare säkerställa att det finns prövningsmekanismer som möjliggör opartisk tvistlösning utom domstol. Därutöver ska medlemsstaterna särskilt säkerställa att användarna har tillgång till domstol eller motsvarande för att hävda sin rätt att utnyttja ett undantag från eller en inskränkning i upphovsrätten eller närstående rättigheter.

Av artikeln följer också att direktivet inte på något sätt ska påverka legitim användning inom ramen för de undantag eller inskränkningar som föreskrivs i unionslagstiftningen, och det ska inte leda till identifiering av enskilda användare eller behandling av deras personuppgifter, utom i enlighet med 2002/58/EG och förordning (EU) 2016/679.

Slutligen följer, som redan framgått, att Delningstjänster för innehåll i sina villkor ska informera sina användare om att de kan använda verk och andra alster inom ramen för undantag från, eller inskränkningar i, upphovsrätt och närstående rättigheter som föreskrivs i unionsrätten.

Särskilda frågeställningar

Bestämmelserna ger användarna en rätt till prövning när material avlägsnats. I ett första skede ska Delningstjänsten tillhandahålla en sådan möjlighet. Därutöver ska finnas möjlighet till alternativ tvistelösning och ytterst domstolsprövning. Förhållandet mellan användare och Delningstjänster regleras av aktuella användarvillkor. Som framgått ger direktivet inte något entydigt svar på om någon ändring är avsedd i detta avseende.

Av bestämmelserna följer att Delningstjänsten i sina villkor ska ge användarna vissa rättigheter i nu aktuella avseenden. Om så är fallet, torde det i sig vara en tillräcklig grund för att kunna föra talan i domstol.

När det gäller möjligheterna till opartisk alternativ tvistlösning kan det åstadkommas på olika sätt. Direktivet reglerar inte hur kostnaderna för en sådan mekanism ska fördelas. En möjlighet är att lägga Delningstjänsten att, utöver en klagomålsmekanism, också tillhandahålla möjlighet till prövning i ett särskilt för ändamålet upprättat opartiskt organ eller genom t.ex. en extern medlare eller skiljeman.

I ljuset av det som beskrivs vill vi höra er uppfattning i följande frågor:

- Hur bör man se på Delningstjänsternas möjlighet att helt eller delvis avtala, t.ex. i sina användarvillkor, om att andra förutsättningar än de som anges i artikel 17 ska gälla för användarna av deras tjänst?
- Hur snabbt bör ett klagomål behandlas för att det ska kunna anses ha skett utan ”otillbörligt dröjsmål”?
- Hur bör mekanismen för alternativ tvistlösning genomföras? Vem bör bära kostnaden för prövningen?
- Kravet på att rättsinnehavaren ska motivera sin begäran om att material ska tas bort tycks i vart fall delvis motsvara det som anges redan i artikel 17.4 om välgrundad underrättelse. Har det självständig betydelse i detta sammanhang? Vilken typ av information krävs för att rättsinnehavaren ska anses vederbörligen ha motiverat sin begäran?
- Innebär det som sägs i artikel 17.9 om att direktivet inte ska påverka legitim användning någonting utöver det som redan följer av artikel 17.7?
- Behövs särskilda regler för att säkerställa det som sägs om personuppgifter och identifiering av enskilda användare eller utgör bestämmelsen i denna del endast en påminnelse om direktivets innebörd i dessa avseenden?

- Har ni andra uppfattningar eller medskick när det gäller tvistlösningsbestämmelserna?

9. EU-kommissionens riktlinjer – artikel 17.10

Direktivet

I artikel 17.10 beskrivs EU-kommissionens skyldighet att, i samråd med medlemsstaterna, hålla dialoger mellan berörda parter för att diskutera bästa praxis för samarbetet mellan rättsinnehavare och Delningstjänster samt på basis av dessa diskussioner utfärda riktlinjer för samarbetet mellan Delningstjänster och rättsinnehavare. Enligt skäl 71 inbegriper begreppet berörda parter även användarorganisationer och teknikleverantörer. Ett första möte är planerat till den 15 oktober 2019. Enligt uppgift från EU-kommissionen kommer medlemsstaterna få möjlighet att närvara med en representant vid dialogerna.

Särskilda frågeställningar

Riktlinjer från EU-kommissionen förekommer på flera områden inom unionsrätten. Dessa är inte juridiskt bindande för rättstillämparen men ger en bild av hur EU-kommissionen tolkar lagstiftningen. Eventuella överenskommelser mellan berörda parter gällande Delningstjänsternas skyldigheter enligt artikel 17.4 skulle kunna få betydelse för bedömningen av huruvida en Delningstjänst agerat i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed enligt artikel 17.4 b).

I ljuset av det som beskrivs ovan ställs följande frågor:

- Vad bör Sverige bevaka eller uppmärksamma i dessa dialoger?
- Hur bör det svenska genomförandet förhålla sig till de riktlinjer i frågan som EU-kommissionen kommer att ta fram?