

Ang. Genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv – Internationella Handelskammarens (ICC) synpunkter

ICC inkommer härmed med sina synpunkter angående hur artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv bör genomföras i svensk rätt.

1 INLEDNING

- 1.1 ICC:s främsta uppgift är att främja den internationella handeln och underlätta för företag att möta de möjligheter och utmaningar som följer med en ständigt ökande globalisering. En viktig förutsättning för den internationella handeln är skyddet för immateriella rättigheter. ICC ställer sig därför överlag positiv till genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv.
- 1.2 Det är dock av yttersta vikt att lagstiftningen inte blir så betungande för marknadens aktörer att den internationella handeln hämmas. Således krävs att syftet med lagstiftningen och de intressen som denna avser att skydda noga vägs mot de kostnader och olägenheter som kan uppkomma för aktörerna på marknaden.
- 1.3 Mot denna bakgrund har ICC valt att särskilt uttala sig på ett antal punkter i Justitiedepartementets promemoria av den 23 september 2019 där ICC anser det finnas ett särskilt stort behov av sådana proportionalitetshänsyn.

2 BEHOV AV YTTERLIGARE KLARGÖRANDE FRÅN EU

- 2.1 Vad avser samtliga punkter som berörts ovan finns det, i ICC:s uppfattning, ett behov av ytterligare klargörande från EU. Som redan anförts ovan är direktivets bestämmelser onekligen öppna för vitt skilda tolkningar. Därav anser ICC att det finns en överhängande risk för att införlivandet av direktivet kommer skilja sig avsevärt i EU:s olika medlemsstater, något som i sin tur skulle kunna komma att ha en negativ inverkan på den inre marknadens funktion. Det vore därför önskvärt med förtydligande uttalanden/riktlinjer/exemplifieringar från EU, dels för att underlätta tolkning/tillämpning men även för att undvika alltför stora skillnader mellan medlemsstaternas nationella lagstiftning.

3 FÖRHÅLLET MELLAN DEFINITIONEN I ARTIKEL 2.6 OCH SKÄL 62–63

- 3.1 Går det att i lagtext precisera hur stor en tjänst måste vara för att omfattas, dvs. vad som ligger i ”en stor mängd verk”?
- 3.2 ICC är av uppfattningen att det vore önskvärt med ytterligare preciseringar avseende Delningstjänstens storlek, för att underlätta bedömningen av tillämpningsfrågor. ICC:s allmänna uppfattning är att det torde vara förhållandevis enkelt att bedöma vilka aktörer som

helt uppenbart är av sådan storlek att de omfattas av direktivet, medan det är svårare att avgöra var den nedre gränsen för *"en stor mängd verk"* ska dras.

- 3.3 Initialt noterar ICC att det knappast är tanken att begreppet *"en stor mängd verk"* ska komma att preciseras så till den grad att lagstiftningen innehåller konkreta siffror/gränser avseende vad som anses utgöra en sådan stor mängd. Att detta inte heller låter sig göras följer bl.a. av texten i direktivets skäl 63, som anger att denna bedömning ska göras *"från fall till fall"*.
- 3.4 ICC noterar vidare att det i skäl 63 anges att hänsyn ska tas exempelvis till tjänstens publik och antalet filer med upphovsrättsskyddat material som tjänstens användare laddat upp. ICC förespråkar att dessa faktorer uttryckligen anges i lagtexten. Över huvud taget bör de faktorer som kan beaktas vid denna bedömning i möjligaste mån konkretiseras, utan att för den skull utgöra en uttömmande lista över relevanta faktorer.
- 3.5 Sammanfattningsvis är ICC av uppfattningen att vissa preciseringar av begreppet *"en stor mängd verk"* bör göras i lagtext. Förslagsvis görs detta genom att de omständigheter som redan exemplifieras i skäl 63 uttryckligen anges i lagtexten, d.v.s. tjänstens publik samt antalet filer med upphovsrättsskyddat material som tjänstens användare laddat upp.
- 3.6 Vad krävs för att en tjänst ska anses ha delning av innehåll som "ett huvudsyfte"?**
- 3.7 Inledningsvis noterar ICC att det redan av begreppsanvändningen i artikel 2.6 framgår att det inte krävs att en aktör har delning av innehåll som enda huvudsyfte, för att aktören ska omfattas av definitionen för Delningstjänst. Vad som krävs är alltså att ett av aktörens huvudsyften är delning av upphovsrättsskyddat innehåll (se även skäl 62). Härutöver noterar ICC vad som anförs i skäl 62, nämligen att Delningstjänster inte bör omfatta tjänster som *"har ett annat huvudsyfte än att ge användarna möjlighet att ladda upp och dela upphovsrättsskyddat material i syfte att erhålla vinst av den verksamheten"*.
- 3.8 I likhet med promemorian drar ICC således slutsatsen att för det fall tjänsten inte har delning av innehåll som ett av sina huvudsyften, omfattas den inte av definitionen i artikel 2.6 i direktivet.
- 3.9 ICC anser dock att vissa svårigheter kan uppkomma när *"huvudsyftet"* med en specifik tjänst ska bedömas. Det är enligt ICC:s mening inte helt enkelt att avgöra vilka faktorer som ska tas i beaktande för att det ska kunna konstateras huruvida delning av upphovsrättsskyddat innehåll är huvudsyftet eller endast ett underordnat syfte med tjänsten. I Skäl 62 anges, som exempel på tjänster som inte bör omfattas av definitionen i artikel 2.6, molntjänster som ger användarna möjlighet att ladda upp innehåll för eget bruk. Anledningen härtill tycks vara att huvudsyftet i detta fall snarare är fillagring på internet och inte delning av upphovsrättsskyddat innehåll i sig. Förslagsvis bör detta resonemang utvecklas i samband med lagstiftningsarbetet, för att underlätta bedömningen av tillämplighetsfrågor.
- 3.10 Vilka aspekter – utöver publiken och mängden upphovsrättsligt skyddat innehåll – bör beaktas vid den helhetsbedömning som ska göras enligt skäl 63?**
- 3.11 Som anförts ovan, innehåller artikel 2.6 i direktivet en definition för vilka aktörer som ska anses utgöra en Delningstjänst i direktivets mening. Ett av rekvisiten i bestämmelsen är att aktören i fråga ger allmänheten tillgång till en *"stor mängd"* upphovsrättsligt skyddade verk eller andra skyddade alster. Som ICC anført under punkt 2.2 ovan är det osäkert var den nedre gränsen för en *"stor mängd"* bör sättas. Enligt skäl 63 till direktivet ska vad som anses vara en *"stor mängd"* bedömas från fall till fall där hänsyn bör tas till en kombination av

faktorer. I skälet anges tjänstens publik och antalet filer med upphovsrättsskyddat innehåll som laddats upp av Delningstjänstens användare som exempel på sådana faktorer.

- 3.12 Det kan konstateras att det, i och med avsaknaden av riktlinjer för vilka faktorer som bör beaktas i helhetsbedömningen utöver de som anges i skäl 63, ytterst har lämnats till domstolarna att avgöra vilka ytterligare faktorer som bör beaktas. Då en bedömning ska göras från fall till fall med beaktande av alla aktuella omständigheter är det också svårt att på ett generellt plan exemplifiera vilka ytterligare faktorer som bör beaktas.
- 3.13 Med anledning av det omfattande ansvar som åläggs Delningstjänsterna enligt direktivet anser dock ICC att definitionen enligt artikel 2.6 i direktivet bör hållas relativt snäv i syfte att endast de största Delningstjänsterna ska omfattas av direktivets regler, vilket även verkar ha varit Kommissionens intention med direktivet. ICC anser därmed att det bör ställas höga krav på vad som ska anses vara en ”stor mängd” och att det faktum att en Delningstjänst har en stor publik och ett stort antal tillgängliga filer inte per automatik bör föranleda slutsatsen att aktören i fråga ska anses tillgängliggöra en ”stor mängd verk”.
- 3.14 Det är som ovan anförts svårt att precisera vilka ytterligare faktorer som bör beaktas i helhetsbedömningen. I enlighet med definitionen i artikel 2.6 och skäl 63 bör bedömningen av ”stor mängd” baseras på mängden upphovsrättsligt skyddade verk eller andra skyddade alster som är tillgängliga och som laddats upp av Delningstjänstens användare.
- 3.15 För att det ska anses vara fråga om en ”stor mängd verk” bör det därmed inte vara tillräckligt att det finns ett stort antal filer tillgängliga utan det bör även ställas ett krav på att dessa filer innehåller en viss mängd upphovsrättsskyddat material. Dessutom bör enligt ICC:s mening även inkluderas en tidsaspekt genom att det bör krävas att en viss mängd material tillgängliggjorts under en viss avgränsad tidsperiod. Härutöver hänvisar ICC även till de omständigheter som redan anförts ovan under punkt 2.5–2.6.

4 SÄRSKILT OM SKYLDIGHETEN ATT HINDRA TILLGÅNG TILL SÅDANT MATERIAL SOM ANMÄLT AV RÄTTSINNEHAVARE

- 4.1 Vilka överväganden/ konkretiseringar bör göras när det gäller skyldigheten i denna del?
- 4.2 Av artikel 17.4 i direktivet följer en skyldighet för Delningstjänster att vidta åtgärder för att säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättsinnehavarna har försett tjänsten med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga samt även verka för att dessa inte blir tillgängliga.
- 4.3 Som anförts ovan är det, enligt ICC:s mening, viktigt att skyddet för immateriella rättigheter inte medför oskäligt eller orimligt betungande skyldigheter för aktörerna på marknaden. ICC vill därför särskilt poängtera att det inte är fråga om ett absolut ansvar eller en absolut skyldighet att hålla Delningstjänsten fri från olovligt material och att detta måste utgöra utgångspunkten vid bedömningen av vilka åtgärder Delningstjänsterna ska vidta för att erhålla ansvarsfrihet.
- 4.4 I likhet med promemorian anser ICC att en proportionalitetsbedömning ska göras i varje enskilt fall vilket även framgår av artikel 17.5. En uttrycklig proportionalitetsprincip bör följaktligen införas i lagtexten. De faktorer som ska beaktas inom ramen för proportionalitetsbedömningen bör i möjligaste mån preciseras i lagtexten. Som anføres i

promemorian bör de åtgärder som Delningstjänsterna kan behöva vidta för att erhålla ansvarsfrihet i möjligaste mån konkretiseras i det svenska genomförandearbetet.

- 4.5 I fråga om utgångspunkten för proportionalitetsbedömningen och de åtgärder som Delningstjänsterna ska vidta är ICC:s uppfattning att begreppet "*alla åtgärder som en samvetsgill operatör skulle ha vidtagit*" som används i skäl 66 till direktivet är svårdefinierat och inte helt lätt för enskilda aktörer att förstå och tillämpa.
- 4.6 I likhet med promemorian anser ICC att den sammanlagda effekten av artikel 17.4 och 17.5 i direktivet är att Delningstjänsterna ska vidta "*skäliga åtgärder*" för att säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättsinnehavarna har försett tjänsten med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga samt för att verka för att dessa inte blir tillgängliga. Mot denna bakgrund är ICC:s uppfattning att det är mer passande att i lagtexten använda sig av begreppet "*skäliga åtgärder*", ett begrepp som också passar väl in i den svenska rättstraditionen.
- 4.7 Således bör en bedömning göras i varje enskilt fall av huruvida Delningstjänsten vidtagit skäliga åtgärder för att säkerställa att specifika verk och andra alster inte är tillgängliga samt verka för att dessa inte blir tillgängliga. I enlighet med skäl 66 bör vid proportionalitetsbedömningen hänsyn tas till tjänstens storlek samt typen av innehåll och de kostnader som uppkommer för Delningstjänsten. Dessa faktorer bör uttryckligen anges i lagtexten. Därutöver bör, enligt ICC:s mening, särskilt följande beaktas.
- 4.8 Enligt ICC:s mening bör proportionalitetsbedömningen syfta till att säkerställa att skyldigheten att vidta åtgärder inte blir oskäligt betungande för enskilda aktörer så att deras förmåga att bedriva affärsverksamhet samt deras ställning på marknaden försämras. ICC ser därför ett särskilt behov av att värna om sådana mindre aktörer som, trots att de inte uppfyller kriterierna enligt 17.6, likväl kan komma att drabbas särskilt hårt av de nya skyldigheterna i artikel 17.4.
- 4.9 Vid proportionalitetsbedömningen bör således, bland andra faktorer, särskilt beaktas Delningstjänstens årsomsättning och marknadsandelar, antalet besökare per år samt hur länge tjänsten varit tillgänglig för allmänheten. Vidare bör, utöver faktiska kostnader som åtgärderna medför, hänsyn tas även till andra eventuella olägenheter som kan uppkomma för Delningstjänsterna. Även sannolikheten för att otillåtet material kan komma att läggas upp på tjänsten bör beaktas.
- 4.10 Avslutningsvis vill ICC särskilt peka på den problematik som enligt ICC:s mening ligger i att det i skäl 66 i direktivet anges att, vid bedömningen av vilka åtgärder som ska vidtas, ska beaktas "*den ständiga utvecklingen – även den möjliga framtida*". ICC anser att detta kräver särskilt noggranna överväganden i det svenska genomförandearbetet då en sådan bedömning tenderar att bli hypotetisk vilket skapar svårigheter i fråga om krav på förutsebarhet och transparens i lagstiftningen.
- 4.11 **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?**
- 4.12 Som anförs i promemorian ska Delningstjänsterna beakta två olika intressen. Å ena sidan ska Delningstjänsterna verka för att olovligt material som anmälts inte finns eller blir tillgängligt, å andra sidan ska lovligt material som laddats upp inte påverkas. I enlighet med

promemorian menar ICC att det i praktiken kan vara mycket svårt att fullt ut i alla lägen tillgodose båda dessa intressen.

- 4.13 Som ICC anför i 1.1–1.3 ovan bör utgångspunkten vara att ett starkt skydd för immateriella rättigheter ger ökade förutsättningar för en god och lönsam internationell handel. Som ICC påpekat ovan måste dock i den andra vågskålen läggas att genomförandet av EU:s nya upphovsrättsdirektiv inte ska bli oskäligt betungande för marknadens aktörer.
- 4.14 En viktig faktor inom ramen för den intresseavvägning som måste göras mellan ändamålet att hindra tillgång till olovligt material och skyddet för användarnas rättigheter är således vilka krav som skäligen kan ställas på Delningstjänsterna i fråga om tekniska lösningar, samt komplexitet i de metoder och medel som Delningstjänsterna ska ha på plats för att uppfylla skyldigheterna enligt artikel 17.4. Enligt ICC:s mening får skyddet för användarnas rättigheter, i form av risken för att lovligt material hindras eller tas bort, inte föras så långt att orimliga eller alltför betungande krav ställs på Delningstjänsterna.
- 4.15 ICC vill i detta sammanhang särskilt peka på att artikel 17.9 i direktivet har till syfte att skydda användarnas rättigheter och intressen i nu berört hänseende. Således är ICC:s uppfattning att de svårigheter och eventuella olägenheter som kan komma att uppstå för användarna i stor utsträckning bör kunna lösas genom de prövnings-, klagomåls- och avhjälpningsmekanismer som ska tillhandahållas enligt artikel 17.9.
- 4.16 **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?**
- 4.17 Begreppen "*relevant och nödvändig information*" samt "*tillräckligt välgrundad underrättelse*" anges i artikel 17:4 (b) respektive (c) i direktivet och utgör därmed del av ansvarsfrihetsreglerna. Begreppen tar sikte på rättsinnehavarna genom att de ställer krav på den information som rättsinnehavarna ska lämna till Delningstjänsterna. Samtidigt får dessa sägas utgöra ramen för Delningstjänsternas ansvar och för de åtgärder som Delningstjänsterna har att vidta för att erhålla ansvarsfrihet.
- 4.18 Enligt ICC:s mening finns det anledning att ställa höga krav på vad som ska anses utgöra "*relevant och nödvändig information*" samt "*tillräckligt välgrundad underrättelse*". Ett högt ställt krav på den information som rättsinnehavarna måste lämna skulle underlätta Delningstjänsternas arbete med att säkerställa att upphovsrättsskyddade verk görs otillgängliga samtidigt som lovligt material förblir opåverkat, vilket således borde gynna såväl rättsinnehavarna som Delningstjänstens användare.
- 4.19 Vidare skulle ett högt ställt krav medföra att Delningstjänsternas ansvar i viss mån begränsas vilket kan anses vara rimligt med hänsyn till det omfattande ansvar som åläggs Delningstjänsterna i och med artikel 17.4 i direktivet. Därmed torde ett högt ställt krav på information från rättsinnehavarna medföra ett starkt skydd för immateriella rättigheter samtidigt som regleringen inte blir oskäligt betungande för marknadens aktörer.
- 4.20 Som framgår enligt ovan anser ICC att kravet på den information som rättsinnehavarna ska ange för att uppfylla kraven i begreppen bör ställas högt. Därvid uppkommer frågan vilken typ av information som bör anges för att ett sådant högt ställt krav ska anses vara uppfyllt. Enligt ICC:s mening följer det av skäl 66 i direktivet att informationen eller underrättelsen måste vara så utförlig och specifik att verken utan svårighet ska kunna identifieras. Det bör

därmed krävas av rättsinnehavaren att denne kan beskriva verket samt specificera var verket finns tillgängligt.

- 4.21 Mot bakgrund av de omfattande skyldigheter och svåra intresseavvägningar som artikel 17 ålägger Delningstjänsterna bör vidare krävas att rättsinnehavarna kan förebringa stöd för att det rör sig om upphovsrättsskyddat material som tillgängliggjorts på ett otillåtet sätt.

5 SÄRSKILT OM TVISTLÖSNING (ARTIKEL 17.9)

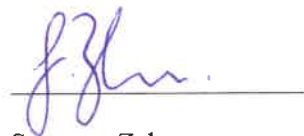
- 5.1 ICC vill avslutningsvis anföra följande i fråga om den klagomåls- och avhjälpningsmekanism som föreskrivs i artikel 17.9 i direktivet.
- 5.2 Enligt artikel 17.9 ska medlemsstaterna föreskriva att Delningstjänster ska tillhandahålla en effektiv och snabb klagomåls- och avhjälpningsmekanism för användare för tvister om omöjliggörandet av åtkomst till, eller avlägsnandet av, verk eller andra alster som användare av tjänsten laddat upp. I artikeln anges vidare 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 motivera sin begäran.
- 5.3 Som anförts ovan under 3.16 har artikel 17.9, enligt ICC:s mening, till syfte att skydda användarnas rättigheter och intressen vad gäller risken för att tillgängliggörande av lovligt material hindras eller begränsas. Mot denna bakgrund bör höga krav ställas på den motivering som enligt artikeln ska lämnas av rättsinnehavaren. Motiveringsskyldigheten bör, då den i vart fall delvis får anses uppfylla samma syfte, också sättas i samband med den informationsskyldighet som följer av artikel 17.4 och som närmare berörts av ICC under avsnitt 3 ovan. Det bör således av motiveringen klart framgå att det rör sig om ett olovligt tillgängliggörande av upphovsrättsskyddat material.
- 5.4 Enligt artikel 17.9 i direktivet ska klagomål hanteras utan otillbörligt dröjsmål. ICC har förståelse för att klagomål, mot bakgrund av betydelsen av att lovligt material fritt kan tillgängliggöras, bör hanteras skyndsamt. Dock måste även beaktas Delningstjänsternas behov av skälig tid att sätta sig in i frågan och bedöma huruvida klagomålet har saklig grund. I syfte att åstadkomma förutsebarhet i rättstillämpningen bör det i möjligaste mån konkretiseras vad som ska anses utgöra en hantering "*utan oskäligt dröjsmål*". Här bör enligt ICC:s mening en yttersta frist om tre veckor upp till en månad övervägas.

6 SAMMANFATTNING AV ICC:S STÅNDPUNKT

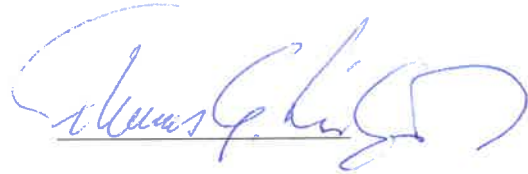
- 6.1 Vissa preciseringar av begreppet "*en stor mängd verk*" bör göras i lagtext. Förslagsvis görs detta genom att de omständigheter som redan exemplifieras i skäl 63 uttryckligen anges i lagtexten, d.v.s. tjänstens publik samt antalet filer med upphovsrättsskyddat material som tjänstens användare laddat upp.
- 6.2 Tillämpningen av rekvisitet "*ett huvudsyfte*" bör ske mot bakgrund av vad som anges i Skäl 62, bland annat med beaktande av däri angivna exempel på tjänster som inte bör omfattas av definitionen i artikel 2.6.
- 6.3 Vad gäller de åtgärder som Delningstjänsterna ska vidta för att erhålla ansvarsfrihet enligt artikel 17.4, är det viktigt att skyddet för immateriella rättigheter inte medför oskäligt eller orimligt betungande skyldigheter för aktörerna på marknaden. En proportionalitetsbedömning ska göras i varje enskilt fall där utgångspunkten är att

Delningstjänsterna, mot bakgrund av samtliga relevanta faktorer, ska vidta ”*skäliga åtgärder*” för att säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättsinnehavarna har försett tjänsten med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga samt för att verka för att dessa inte blir tillgängliga. Exempel på faktorer som särskilt bör beaktas vid proportionalitetsbedömningen är Delningstjänstens storlek och innehåll, kostnader och andra olägenheter för Delningstjänsterna, sannolikheten för att otillåtet material kan komma att läggas upp, Delningstjänstens årsomsättning och marknadsandelar, antalet besökare per år samt hur länge tjänsten varit tillgänglig för allmänheten.

- 6.4 Höga krav bör ställas på vad som ska anses utgöra ”*relevant och nödvändig information*” samt ”*tillräckligt välgrundad underrättelse*”. Det torde följa av skäl 66 i direktivet att informationen eller underrättelsen måste vara så utförlig och specifik att verken utan svårighet och utan att Delningstjänsten behöver vidta någon egen undersökning snabbt ska kunna identifieras. Det bör därmed krävas av rättsinnehavaren att denne kan beskriva verket samt specificera var verket finns tillgängligt samt kan förebringa stöd för att det rör sig om upphovsrättsskyddat material som tillgängliggjorts på ett otillåtet sätt.
- 6.5 Artikel 17.9 har till syfte att skydda användarnas rättigheter och intressen vad gäller risken för att tillgängliggörande av lovligt material hindras eller begränsas. Mot denna bakgrund bör, enligt ICC:s mening, höga krav ställas på den motivering som enligt artikeln ska lämnas av rättsinnehavaren. Motiveringsskyldigheten bör också sättas i samband med den informationsskyldighet som följer av artikel 17.4. Det bör således av motiveringen klart framgå att det rör sig om ett olovligt tillgängliggörande av upphovsrättsligt skyddat material.



Susanna Zeko
Generalsekreterare



Thomas G. Lindqvist
Ordförande Immaterialrättskommittén