

# Upphovsrättslig övervakningsplikt för mellanhänder – Ett dåligt förslag i kampen mot ”värdegapet” på den digitala inre marknaden

av Tobias Kempas

*Under hösten 2016 har EU-kommissionen föreslagit att plattformslieferantörer, som lagrar och ger allmänheten tillgång till stora mängder användargenererat innehåll, ska åläggas att använda system för preventiv övervakning och blockering av upphovsrättsligt skyddat material. Förslaget avser att minska ett ”värdegap” som anses uppstå genom att sagda mellanhänder, på rättighetshavarnas bekostnad, tillgodogör sig alltför stora delar av de intäkter som de kreativa verken genererar. I artikeln framförs ett antal invändningar mot de föreslagna bestämmelserna. Författaren<sup>1</sup> anser att förslaget, i sin nuvarande utformning, strider mot EU-rätten. Han ser också en risk att de föreslagna skyldigheterna kan begränsa förverkligandet av flera viktiga mål för den digitala inre marknaden.*

## 1. Bakgrund

Utvecklingen av internet har, som bekant, radikalt förändrat vårt sätt att producera, distribuera och använda upphovsrättsligt skyddat innehåll. Nya affärsmodeller, tjänstleverantörer och plattformar har etablerats. De nya möjligheterna till innehållsdistribution online har, föga överraskande, väckt vissa farhågor hos mer traditionella rättighetshavare och innehållslieferantörer. Exempelvis har rättighetshavare, bl.a.

---

<sup>1</sup> Advokat Tobias Kempas, Advokatfirman Vinge KB, Stockholm.

genom sina kollektiva förvaltningsorganisationer, framfört önskemål om hårdare lagstiftning mot vissa mellanhänder, som lagrar och ger åtkomst till s.k. användargenererat innehåll.<sup>2</sup> Ett vanligt argument är att sådana plattformar används för att begå upphovsrättsintrång och att mellanhänderna därför bör ta ett större ansvar för det innehåll som förmedlas. I sammanhanget har också hävdats att mellanhänder, såsom YouTube, inte ersätter rättighetshavarna i tillräcklig utsträckning och att detta genererar ett ”värdegap” (”value gap”) mellan användarna och rättighetshavarna.<sup>3</sup> Således finns en oro att de intäkter, som genereras vid distribution av onlineinnehåll via vissa mellanhänder, inte delas rättvist längs värdekedjan.<sup>4</sup>

EU-kommissionens strategi för den digitala inre marknaden, med tillhörande åtgärdsförslag, har påverkats av denna debatt. Den 14 september 2016 presenterade kommissionen ett förslag till nytt direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden.<sup>5</sup> Vissa bestämmelser i förslaget är avsedda att stärka upphovsmäns och andra rättighetshavares möjligheter att få del av de värden som användningen av deras verk och prestationer genererar. Hit hör bl.a. förslaget, att tjänstelevererande mellanhänder ska generellt åläggas att övervaka det innehåll som laddas upp på deras plattformar. Berörda mellanhänder föreslås också bli skyldiga att informera rättighetshavarna om de åtgärder som vidtas och rapportera om identifiering och användning av deras verk.

---

<sup>2</sup> YouTube, Vimeo, Pinterest, SoundCloud, Dailymotion, Myspace, Flickr och Tumblr är exempel på sådana mellanhänder. Det finns ingen entydig eller exakt definition av begreppet ”användargenererat innehåll”. På engelska talar man om ”user generated content” (UGC). Vanligen åsyftas kreativa prestationer som användare själva skapar och publicerar online, exempelvis bilder, ljud och filmer.

<sup>3</sup> Se t.ex. det uppprop som har initierats av the European grouping of societies of authors and composers (GESAC), på webbsidan <http://www.makeinternetfair.eu/>, senast besökt den 20 januari 2017.

<sup>4</sup> Se även <http://digital.di.se/artikel/popstjarnor-ryter-till-mot-youtube-1#> och <http://www.dn.se/kultur-noje/tusentals-artister-till-attack-mot-youtube>, senast besökta den 20 december 2016.

<sup>5</sup> Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, COM(2016) 593 final.

## 2. Närmare problembeskrivning och lösningsförslag

Direktivförslagets beaktandesats 37 anger att onlinetjänster som lagrar och ger tillgång till upphovsrättsskyddat material, som laddats upp av användarna, utan att rättighetshavarna deltar, har blivit den viktigaste källan till tillgång till innehåll på internet. Detta sägs påverka rättighetshavarnas möjligheter att avgöra om och på vilka villkor deras skyddade innehåll används samt deras möjligheter att få tillräcklig ersättning för användningen. Artikel 13 i förslaget avser att minska ”värdegapet”, d.v.s. oron att vissa mellanhänder, till förfång för rättighetshavarna, behåller en alltför stor del av det värde som genereras av de kulturella och kreativa verken. I kommissionens konsekvensbedömning, ”Impact Assessment”<sup>6</sup>, framhålls bl.a. att många rättighetshavare har svårt att träffa rimliga avtal med annonsfinansierade plattformar, såsom Dailymotion, Vimeo och Myspace. Plattformar som fokuserar på användargenererat innehåll tenderar att använda system för anmälningar om upphovsrättsintrång, snarare än att träffa avtal med rättighetshavare. Detta sägs också medföra en konkurrensnackdel för innehållsleverantörer, exempelvis Spotify och Deezer, vilkas affärsmodell förutsätter att licensavtal ingås med rättighetshavare.

Situationen sägs bero huvudsakligen på två samverkande oklarheter i befintlig lagstiftning. Kommissionen menar, för det första, att det är oklart om plattformslleverantörer, som lagrar och ger tillgång till användargenererat innehåll, kan anses överföra innehållet till allmänheten enligt infoc-direktivet<sup>7</sup>. Kommissionen framhåller att en sådan överföring visserligen äger rum, men att det är oklart om det upphovsrättsligt relevanta förfogandet ska tillskrivas användaren (som laddar upp innehållet) och/eller plattformslleverantören. För det andra påpekas att det är oklart om sådana plattformslleverantörer kan åtnjuta frihet från ansvar enligt artikel 14 i e-handelsdirektivet.<sup>8</sup> De regler, som medger

<sup>6</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules, September 14, 2016, SWD(2016) 301 final. Förslaget diskuteras närmare i Impact Assessment s. 137–155.

<sup>7</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

<sup>8</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (”Direktiv om elektronisk handel”).

undantag från ansvar för tillhandahållare av s.k. värdtjänster, är föremål för olika uppfattningar och tolkningar. De rättsliga oklarheterna anses medföra svårigheter för rättighetshavarna att åberopa sina rättigheter mot aktuella plattformslieferantörer, vilket hindrar att avtal träffas om användning och ersättning.<sup>9</sup>

Således avser artikel 13 i direktivförslaget att hantera ”värdegapet” genom införande av ett antal nya skyldigheter för vissa tjänsteleverantörer. Artikel 13.1 lyder som följer:

Lieferantörer av informationssamhällets tjänster som lagrar och ger allmänheten tillgång till stora mängder verk eller andra alster som laddats upp av deras användare ska, i samarbete med rättsinnehavare, vidta åtgärder för att säkerställa tillämpningen av avtal som ingåtts med rättsinnehavare för användning av deras verk eller andra alster eller för att hindra tillgång via deras tjänster till verk eller andra alster som identifierats av rättsinnehavare genom samarbete med tjänsteleverantörerna. Dessa åtgärder, t.ex. användningen av effektiv innehållsigenkänningsteknik, ska vara lämpliga och proportionerliga. Tjänsteleverantörerna ska förse rättsinnehavare med tillräcklig information om tillämpningen och utarbetandet av åtgärderna samt i förekommande fall med lämplig rapportering om erkännande och användning av verk och andra alster.

De nya skyldigheterna syftar alltså bl.a. till att ge rättighetshavarna bättre möjligheter att förhandla med och få ersättning från mellanhänder som fokuserar på användargenererat innehåll.

### 3. Kritik

#### 3.1 Inledning

Vid en första anblick kan förslaget uppfattas vara adekvat. Den principiella ståndpunkten, att upphovsmän och andra rättighetshavare bör få en skälig andel av det värde som användningen av deras verk och andra alster genererar, är högst rimlig och ligger väl i linje med upphovsrättens grundläggande rättspolitiska värderingar.

En närmare analys ger dock vid handen att artikel 13 är problematisk, på flera sätt. För det första har bestämmelsen givits en otydlig och alltför generell avfattning, vilket leder till uppenbara tolkningsproblem. Tillämpningsområdet går i princip inte att överblicka. För det andra

<sup>9</sup> Impact Assessment s. 142 ff.

vilar förslaget på felaktiga eller, i bästa fall, ofullständiga, analyser av gällande rätt. Det är särskilt svårt att se hur de nya skyldigheterna kan vara förenliga med e-handelsdirektivet, sanktionsdirektivet<sup>10</sup> och EU:s rättighetsstadga<sup>11</sup>. För det tredje är reglerna, av allt att döma, ägnade att motverka flera av de rättspolitiska mål, som anges i kommissionens vision för den digitala inre marknaden.<sup>12</sup>

Dessa brister diskuteras närmare nedan.

### 3.2 Oklart tillämpningsområde

#### 3.2.1 Vad är ”stora mängder”?

Förslaget är tämligen ingripande. Av bl.a. den anledningen är det angeläget att närmare klargöra vilka tjänsteleverantörer som skulle beröras av de nya skyldigheterna. Någon sådan förklaring lämnas dock inte. Adressaten sägs vara en leverantör som ”lagrar och ger allmänheten tillgång till stora mängder verk eller andra alster”, som laddats upp av användarna. Kommissionen avser, troligtvis, att göra åtskillnad mellan enorma bolag som dominerar mellanhandsmarknaden, å ena sidan, och bolag som inte tillhör denna kategori, å andra sidan. I Impact Assessment anges således att ”*[b]ased on the current market situation ... it is estimated that the number of services affected would be those that have a high number of users (from several millions to over a billion) and daily uploads ranging from hundreds to millions of files. This category includes services which may differ significantly in terms of size: Youtube is clearly the biggest service but services such as Dailymotion, Vimeo, Pinterest are also likely to fall into this category.*”<sup>13</sup>

YouTube är alltså förslagets huvudsakliga adressat. Även om det kan tyckas vara rimligt att skilja mellan olika aktörer, beroende på vilken marknadsposition de har, hade det varit önskvärt med en tydligare reglering. Vid vilken tidpunkt, i ett företags utveckling, måste de föreslagna skyldigheterna implementeras och följas upp? Var går gränsen

<sup>10</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, artikel 3.1.

<sup>11</sup> Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, antagen i Nice den 7 december 2000.

<sup>12</sup> Se bl.a. kommissionens meddelanden *En strategi för en inre digital marknad i Europa* den 6 maj 2015, COM(2015) 192 final, och *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten* den 9 december 2015, COM(2015) 626 final.

<sup>13</sup> Impact Assessment s. 152, not 466.

mellan ”stora mängder” innehåll och mindre volymer? Har antalet slutanvändare någon betydelse? Är det fråga om ”stora mängder”, i åsyftad bemärkelse, även om merparten av innehållet inte gör intrång?

Den vaga avfattningen tycks också innebära, att förslaget omfattar vissa typer av tjänsteleverantörer som kommissionen inte har uppmärksammat i Impact Assessment eller annars har haft i åtanke. Som exempel kan nämnas en rad molntjänstleverantörer, exempelvis Amazon, Dropbox, Apple och Microsoft, vilka tillhandahåller diverse lagrings- och delningstjänster åt enskilda personer, företag och myndigheter. Dessa molntjänster används av miljontals kunder varje dag. Enbart Dropbox har ca 200 miljoner användare, som tillsammans laddar upp mer än en miljard filer varje dygn.<sup>14</sup> Molntjänsten Microsoft OneDrive har omkring 500 miljoner användare.<sup>15</sup> Såvitt kan utläsas av Impact Assessment har det dock inte ens påståtts, att rättighetshavare uppfattar sådana lagrings- och delningstjänster som problematiska. Varför ska då dylika aktörer underkastas de övervakningsskyldigheter som förslaget innebär?

### 3.2.2 Vad betyder ”ger allmänheten tillgång till”?

Artikel 13 i förslaget omfattar mellanhänder som ”ger allmänheten tillgång till” stora mängder lagrat innehåll. I den engelska språkversionen används uttrycket ”provide to the public access to”. Vilka slags förfoganden omfattas av detta uttryck? Begreppet kan rimligen *inte* uppfattas på samma sätt som uttrycken ”överföring till allmänheten” (”communication to the public”) respektive ”tillgängliggörande för allmänheten” (”making available to the public”) enligt artikel 3 i infocodirektivet. Användningen av ett helt nytt begrepp tyder på en avsikt att låta de föreslagna skyldigheterna gälla oberoende av infocodirektivet. Om det nya begreppet ”ger allmänheten tillgång till” tvärtom skulle ges samma innebörd, som något av de liknande uttrycken i artikel 3 i infocodirektivet, skulle artikel 13 också förlora stora delar av sitt syfte. Förslaget vilar ju i hög utsträckning på kommissionens slutsats,

<sup>14</sup> Uppgiften har hämtats från <http://www.datacenterknowledge.com/archives/2013/10/23/how-dropbox-stores-stuff-for-200-million-users/>, senast besökt den 20 december 2016.

<sup>15</sup> Uppgiften har hämtats från <http://www.computerworld.com/article/3003140/cloud-storage/microsofts-onedrive-changes-follow-the-money.html>, senast besökt den 13 januari 2017.

att det är *oklart* om mellanhändernas förfoganden innebär allmänt tillgängliggörande enligt infosoc-direktivet. Förslaget avser att motverka de nackdelar som osäkerheten anses medföra för rättighetshavarna.<sup>16</sup> Det syftet kan inte uppnås om samma oklarhet överförs till de nya bestämmelserna. Av artikel 1.2 i direktivförslaget framgår dessutom att artikel 13 inte avser att påverka de befintliga bestämmelserna i infosoc-direktivet.

Mycket tyder alltså på att uttrycket ”ger allmänheten tillgång till” ska ges en självständig innebörd. Således hade det varit önskvärt med ett tydligt besked i frågan, hur det nya begreppet ska uppfattas. Något sådant besked lämnas dock inte.

Oklarheten förvärras genom att kommissionen följer upp sin första motivering (hänvisning till rättslig oklarhet) med tillägget, att berörda mellanhänder redan i dagsläget är skyldiga att ingå licensavtal med rättighetshavarna.<sup>17</sup> Den inställningen måste bygga på kommissionens uppfattning, att mellanhänderna förfogar över innehållet på ett sätt som är upphovsrättsligt relevant enligt infosoc-direktivet. Varför skulle mellanhänderna annars vara skyldiga att ingå licensavtal? Å ena sidan ska vi alltså, för att förslaget ska få avsedd effekt, bortse från reglerna i infosoc-direktivet vid tolkningen av begreppet ”ger allmänheten tillgång till”. Å andra sidan ska vi utgå från att mellanhändernas förfoganden utgör ”överföring till allmänheten” och/eller ”tillgängliggörande för allmänheten” enligt artikel 3 i infosoc-direktivet. Den ekvationen är svår att lösa.

### 3.2.3 Uttrycket ”verk eller andra alster”

Teknik för identifiering av innehåll ska, enligt förslaget, användas av mellanhänder som befattar sig med stora mängder ”verk eller andra alster”.

Begreppet ”verk” kan anses vara harmoniserat i EU, åtminstone beträffande de områden som regleras av infosoc-direktivet, databas-

<sup>16</sup> Se Impact Assessment s. 142 ff. och avsnitt 2 ovan.

<sup>17</sup> På s. 146 i Impact Assessment motiveras förslaget bl.a. med hänvisning till tjänsteleverantörernas ”role in giving access to the public to works and other protected subject matter, requiring the conclusion of licensing agreements with rightholders”. Liknande uttalanden förekommer i direktivförslagets ingress (se vidare avsnitt 3.3 nedan).

direktivet<sup>18</sup>, skyddstidsdirektivet<sup>19</sup> och datorprogramdirektivet<sup>20</sup>. EU-domstolen har vid upprepade tillfällen klargjort, att upphovsrättsligt skydd ska tillerkännas en prestation som är originell på så sätt att den är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.<sup>21</sup>

Annorlunda förhåller det sig med ”andra alster”. Begreppet syftar på närstående rättigheter, d.v.s. rättigheter till objekt som inte är verk men som ändå anses vara förtjänta av skydd, t.ex. därför att de är resultatet av ett personligt framförande, fotografering eller en väsentlig investering. De närstående rättigheterna är endast delvis harmoniserade i EU. EU-domstolen har klargjort bl.a. att infosoc-direktivet inte reglerar de närstående rättigheter som inte uttryckligen listas i direktivet.<sup>22</sup> EU:s medlemsländer har i många fall också möjlighet att föreskriva ett mer långtgående skydd för innehavare av närstående rättigheter, än det skydd som föreskrivs i exempelvis infosoc-direktivet.<sup>23</sup> Ett tydligt exempel härpå är skyddet av fotografier som inte uppfyller originalitetskravet och därför inte kan kvalificeras som verk. Rätten till sådana fotografiska bilder har överlåtits till nationell lagstiftning att reglera, vilket har medfört att bestämmelserna varierar avsevärt mellan olika länder. Som exempel kan nämnas att fotografier, som inte är verk, omfattas av närstående rättigheter bl.a. i de nordiska länderna och i Tyskland, och att ett sådant skydd saknas i Frankrike och UK. I Italien och Spanien finns en närstående rätt för fotografiska bilder, men där är skyddstiden endast 20 respektive 25 år, vilket kan jämföras med den nordiska skyddstiden om 50 år.

---

<sup>18</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

<sup>19</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter.

<sup>20</sup> Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

<sup>21</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgörande den 16 juli 2009 i mål C-5/08 (Infopaq).

<sup>22</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgörande den 12 november 2015 i mål C-572/13 (Reprobel) punkt 47.

<sup>23</sup> Jfr EU-domstolens avgörande den 26 mars 2015 i mål C-279/13 (C More Entertainment).



Direktivförslaget avser inte att definiera eller harmonisera de närstående rättigheternas föremål.<sup>24</sup> Av artikel 18.1 i förslaget framgår tvärtom att direktivet ska tillämpas på alla verk och andra alster ”som skyddas av medlemsstaternas lagstiftning om upphovsrätt”. Således överlämnas, även fortsättningsvis, till medlemsländerna att avgöra hur de närstående rättigheterna ska regleras. Svaret på frågan, om en mellanhand lagrar och ger tillgång till stora mängder ”andra alster” och därför omfattas av skyldigheterna artikel 13, blir därför beroende av vilket lands lag som tillämpas vid bedömningen. Sådana utmaningar kan tänkas uppstå bl.a. beträffande fotografier, dels eftersom rättsskyddet för fotografier inte är harmoniserat (se ovan), dels eftersom vissa mellanhänder fokuserar särskilt på fotografiska bilder (t.ex. Flickr och Pinterest). Om direktivförslaget leder till lagstiftning torde sådana mellanhänder, för att undgå tillämpning av artikel 13, föredra att erbjuda sina tjänster i länder där fotografiska bilder inte omfattas av närstående rättigheter. Sätillvida riskerar förslaget att motverka kommissionens ambition, att uppnå en högre grad av harmonisering ”i synnerhet vad gäller aspekter som rör upphovsrättens territorialitet”.<sup>25</sup>

### 3.3 Förhållandet till e-handelsdirektivet, sanktionsdirektivet och EU:s rättighetsstadga

Direktivförslaget bär tydliga spår av kommissionens egen inställning, att mellanhänderna överför det lagrade innehållet till allmänheten, d.v.s. förfogar över innehållet på sätt som kräver rättighetshavarnas tillstånd. I beaktandesats 38 anges följande:

När leverantörer av informationssamhällets tjänster lagrar och ger allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddade verk eller andra alster som laddats upp av användarna, och därmed går längre än att enbart tillhandahålla fysiska faciliteter och utför en överföring till allmänheten, är de skyldiga att ingå licensavtal med rättsinnehavare, såvida de inte är berättigade till undantag från ansvar enligt artikel 14 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG34.

<sup>24</sup> Här bortses från kommissionens avsikt att införa en närstående rättighet för utgivare av presspublikationer (se artikel 11 i direktivförslaget).

<sup>25</sup> Kommissionens meddelande *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten* den 9 december 2015, COM(2015) 626 final s. 3.

För den som är bekant med EU-domstolens tolkning av begreppet ”överföring till allmänheten” (”communication to the public”), såsom det används i artikel 3 i infoc-direktivet, framstår uttalandet som alltför kategoriskt. Den vedertagna uppfattningen, beträffande upphovsrättsliga tillgängliggöranden på internet, är att överföringen först och främst görs av den person som publicerar eller laddar upp verket. För att en mellanhand ska kunna hållas ansvarig, för eget upphovsrättsintrång, krävs inte endast att mellanhanden ”går längre” än att tillhandahålla fysiska faciliteter. Frågan om en åtgärd utgör en överföring till allmänheten ska avgöras med beaktande av flera kompletterande och sinsemellan beroende kriterier (den handlandes kännedom och avsikt, vilken publik som ges tillgång, eventuellt vinstsyfte, i vilken utsträckning agerandet har varit nödvändigt för att ge publiken tillgång m.m.).<sup>26</sup> Det är inte självklart att mellanhandens agerande ska betraktas som en intrångsgärning, när någon annan använder mellanhandens plattform för att begå upphovsrättsintrång. I sådana situationer är det främst medverkansansvar som brukar diskuteras.<sup>27</sup> Det upphovsrättsliga medverkansansvaret har visserligen inte harmoniserats inom EU. Det problemet bör dock inte avhjälpas genom att omdefiniera begrep-

<sup>26</sup> Se EU-domstolens avgöranden den 31 maj 2016 i mål C-117/15 (Reha Training) och den 8 september 2016 i mål C-160/15 (GS Media) och däri förekommande hänvisningar till tidigare avgöranden.

<sup>27</sup> Se t.ex. Nicander, Upphovsrätten och medverkansansvaret i en digital miljö, SvJT 2012 s. 258–281. I avvaktan på ytterligare klargöranden från EU-domstolen finns det inget självklart svar på frågan om – och i så fall under vilka förutsättningar – en tjänstelevererande mellanhand ska anses överföra det uppladdade innehållet till allmänheten enligt infoc-direktivet. I det pågående målet C-610/15 (Stichting Brein), som avser överföring av skyddat innehåll genom s.k. peer-to-peer-nätverk, har generaladvokaten ansett att den som indexerar innehållet och gör det sökbar via en webbplats (såsom The Pirate Bay) ska anses överföra innehållet till allmänheten, om vissa ytterligare förutsättningar är uppfyllda. Generaladvokaten har ansett att en sådan webbplatsoperatör gör sig skyldig till överföring av ett verk till allmänheten om (a) operatören är medveten om att verket olovligen görs tillgängligt via nätverket och (b) operatören inte vidtar åtgärder för att blockera åtkomsten till verket. I Sverige har motsvarande verksamhet (tillhandahållande av aktuell tjänst med indexerings- och sökfunktioner) ansetts innebära ett straffbart främjande av användarnas upphovsrättsintrång, d.v.s. medverkan (se Svea hovrätts deldom den 26 november 2010 i mål B 4041-09). Det återstår att se hur EU-domstolen kommer att resonera.

pet ”överföring till allmänheten”, i synnerhet inte genom ett kortfattat uttalande i en beaktandesats.

Således torde mellanhänderna, åtminstone enligt svensk rätt, i första hand exponeras för risken att hållas ansvariga för medverkan till upphovsrättsintrång. Enligt 53 b § upphovsrättslagen (1960:729), URL, kan vitesförbud meddelas mot den som medverkar till intrång. Artikel 14 i e-handelsdirektivet (se vidare nedan) ger ingen immunitet mot sådana förelägganden. Beträffande skadestånd gäller, enligt 54 § URL, att den som i strid med URL utnyttjar ett verk ska betala skälig ersättning för utnyttjandet. Sker det uppsåtligen eller av oaktsamhet ska ersättning betalas även för den ytterligare skada som intrånget har medfört. Medverkan till upphovsrättsintrång kan, i synnerhet om intrångsgärningen är straffbar, ge upphov till skyldighet att betala både skälig ersättning och ersättning för ytterligare skada. Vid bedömningen har emellertid graden av medverkan och den medverkandes uppsåt eller oaktsamhet stor betydelse. Således ligger medverkansansvaret ganska väl i linje med e-handelsdirektivets bestämmelser om ansvarsfrihet för vissa mellanhänder. Detta framhålls också i motiven till e-handelslagen (2002:562), som anger att det knappast torde ”komma i fråga att anse en mellanhands ageranden i de fall som avses i artiklarna 12–14 i direktivet som skadeståndgrundande” och att ansvarsfrihetsreglerna klargör detta förhållande.<sup>28</sup>

I artikel 14 i e-handelsdirektivet, som har implementerats genom 18 § e-handelslagen, föreskrivs följande:

1. Medlemsstaterna skall se till att en tjänsteleverantör som levererar någon av informationssamhällets tjänster bestående av lagring av information som tillhandahållits av tjänstemottagaren inte skall 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.

<sup>28</sup> Prop. 2001/02:150 s. 95.

2. Punkt 1 är inte tillämplig om tjänstemottagaren handlar under tjänsteleverantörens ledning eller överinseende.
3. Denna artikel skall inte påverka möjligheten för en domstol eller administrativ myndighet att i enlighet med medlemsstaternas rättssystem kräva att tjänsteleverantören upphör med eller förhindrar en överträdelse, inte heller skall den påverka medlemsstaternas möjlighet att inrätta förfaranden för att avlägsna information eller göra den oåtkomlig.

Bestämmelsen avser att begränsa de fall i vilka en tjänstelevererande mellanhand kan hållas ansvarig enligt nationell lagstiftning. Tanken är att ansvar, som mellanhanden ”inte på förhand kan utesluta utan att hans affärsmodell mister sin ekonomiska och tekniska livskraft”, inte ska utdömas.<sup>29</sup> Därför uppställs ett balanserat krav, i form av en aktivitetsplikt, som utlöses genom att mellanhanden får insikt om att olaglig verksamhet (intrång) förekommer. Ansvarsfrihet förutsätter, i varje enskilt intrångsfall, att mellanhanden inte känner till eller, beträffande skadeståndsansvar, bör känna till, det aktuella intrånget. Mellanhanden är skyldig att avlägsna innehållet eller göra det oåtkomligt så snart han får kännedom om intrånget eller, beträffande skadestånd, så snart han får kännedom om fakta eller omständigheter som borde föranleda en försiktig näringsidkare att inse att intrång föreligger. Försummas detta, kan ansvarsfrihet inte åtnjutas. Relevant kännedom kan uppkomma t.ex. om mellanhanden undersöker viss verksamhet eller information på eget initiativ eller om han informeras om sådan verksamhet eller information.<sup>30</sup> Artikel 14.1 fäster dock ingen avgörande vikt vid frågan hur mellanhanden fått den erforderliga insikten.

Kommissionens försäkran, att ”the obligation to put in place content identification technologies would not take away the safe harbour provided that the conditions of Article 14 are fulfilled”<sup>31</sup>, indikerar, felaktigt, att förslaget inte avser att begränsa möjligheten till ansvarsfrihet. Det förhåller sig precis tvärtom. Mellanhanden föreslås bli skyldig att implementera tekniska system för identifiering av innehåll.<sup>32</sup> De före-

<sup>29</sup> Se generaladvokat Jääskinens förslag till avgörande i mål C-324/09 (L’Oréal m.fl. mot eBay m.fl.), punkt 53.

<sup>30</sup> Se EU-domstolens avgörande den 12 juli 2011 i mål C-324/09 (L’Oréal m.fl. mot eBay m.fl.), punkterna 119–122.

<sup>31</sup> Impact Assessment s. 147.

<sup>32</sup> Användning av ”effektiv innehållsigenkänningsteknik” anges visserligen endast som exempel (se den föreslagna direktivtexten i avsnitt 2 ovan). Någon alter-

slagna reglerna utgår från att rättighetshavarna ska förse mellanhanden med behövliga uppgifter. Mellanhanden ska behandla denna information i sitt system, bl.a. för att förhindra att filer som innebär upphovsrättsintrång görs åtkomliga via mellanhandens plattform. Enligt förslaget ska mellanhanden också åläggas en skyldighet att hålla rättighetshavarna informerade om systemets användning och funktion samt, i förekommande fall, om hur det skyddade innehållet används.<sup>33</sup> Det handlar, enkelt uttryckt, om en övervakningsplikt. Härigenom tvingas mellanhänderna att skaffa sig sådan kunskap som utlöser en skyldighet att agera enligt artikel 14.1 b) i e-handelsdirektivet. En mellanhand som, trots sådan kunskap, inte utan dröjsmål avlägsnar innehållet eller gör det oåtkomligt, kan inte åtnjuta ansvarsfrihet enligt artikel 14.1. Därför har det endast begränsad, om ens någon, betydelse att "the limited liability regime for hosting providers is not changed"<sup>34</sup>. Förslaget avser visserligen inte att formellt revidera e-handelsdirektivet, men de föreslagna skyldigheterna skulle vara i hög grad ägnade att minska utrymmet för ansvarsfrihet enligt artikel 14.1. Sådan immunitet skulle förutsätta att det identifierade innehållet tas bort eller görs oåtkomligt.

Förslaget syftar, i själva verket, till att kringgå artikel 14.1 i e-handelsdirektivet. Skyldigheten, att effektivt hindra åtkomst, skulle nämligen "även gälla när leverantörer av informationssamhällets tjänster har rätt till undantaget från ansvar i artikel 14"<sup>35</sup>. Således skulle mellanhänderna vara skyldiga att säkerställa att identifierat innehåll *aldrig* görs tillgängligt via berörda plattformar, ens momentant. Härigenom skulle artikel 14.1 förlora sin grundläggande funktion. E-handelsdirektivets regler om ansvarsfrihet avser att ge visst utrymme åt mellanhanden att bedriva verksamhet som principiellt kan vara ansvarsgrundande

---

nativ teknik presenteras dock inte i förslaget eller i Impact Assessment. Det är också svårt att se hur mellanhanden skulle kunna "hindra tillgång ... till verk eller andra alster som identifierats av rättsinnehavare" utan att använda innehållsigenkänningsteknik. Således bör förkortningen "t.ex." i direktivtexten inte anses ge uttryck åt någon större valfrihet för mellanhanden. En teknik, som inte möjliggör förebyggande blockering av skyddat innehåll, torde inte uppfylla bestämmelsens krav. Användning av innehållsigenkänningsteknik anges också som ett exempel på "bästa praxis" i artikel 13.3.

<sup>33</sup> Se Impact Assessment s. 146 f. och 151 ff.

<sup>34</sup> Impact Assessment s. 154.

<sup>35</sup> Beaktandesats 38 i direktivförslaget.

enligt nationell lagstiftning. Syftet är inte att helt förhindra sådan verksamhet. Kommissionens förslag avser, uppenbarligen, att lösa det ”problemet”.<sup>36</sup>

I praktiken utgör förslaget ett hot mot de annonsfinansierade plattformarnas affärsmodell. Skyldigheten att bekosta och implementera tekniska system, som syftar till förhandskontroll och borttagande av innehåll från mellanhändernas plattformar, skulle bli klart betungande.

Kommissionen menar, att skyldigheterna skulle främja ingående av licensavtal mellan rättighetshavare och mellanhänder.<sup>37</sup> Antagandet vilar på lös grund. Den annonsfinansierade affärsmodellen bygger inte på licensavtal. Det är också svårt att förstå varför en mellanhand skulle vilja ingå ett stort antal licensavtal, utan att vara rättsligt förpliktigad därtill. Det är, som redan påpekats, inte alls givet att mellanhänderna utför en upphovsrättslig överföring till allmänheten, d.v.s. förfogar över innehållet på ett sätt som kräver rättighetshavarnas tillstånd. Det ligger betydligt närmare tillhands att anta, att bestämmelserna skulle medföra borttagande av innehåll från berörda plattformar. Dessutom talar den föreslagna direktivtexten om åtgärder till säkerställande av avtal *som ingåtts* med rättsinnehavare. Varför ska en mellanhand vidta sådana åtgärder, om mellanhanden inte har ingått några sådana avtal?

Det är också anmärkningsvärt, att kommissionen inte har analyserat eller uttalat någon uppfattning i frågan om förslaget är förenligt med artikel 15.1 i e-handelsdirektivet. Artikel 15 i e-handelsdirektivet rubriceras ”Avsaknad av allmän övervakningsskyldighet” och lyder som följer:

1. Medlemsstaterna får inte ålägga tjänsteleverantörerna en allmän skyldighet att, i samband med tillhandahållande av sådana tjänster som avses i artiklarna 12, 13 och 14, övervaka den information de överför eller

<sup>36</sup> Det sagda framgår även av Impact Assessment, i vilken följande anges (s. 140): ”The negotiation position of rightholders is affected by the fact that they are not in a position to keep their content away from these platforms. *When uploaded content is infringing, they can only ask the platforms to take down the content, in each individual case, which leads to significant costs for them and appears insufficient to them given the large scale of uploads.*” (Min kursivering.) Det är svårt att uppfatta uttalandet som något annat än kritik mot den ”notice and take down-modell” som möjliggörs av artikel 14.1 i e-handelsdirektivet.

<sup>37</sup> Se Impact Assessment s. 151 ff.

lagrar, och inte heller någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet.

2. Medlemsstaterna kan fastställa skyldigheter för leverantörer av informationssamhällets tjänster att omedelbart informera de behöriga myndigheterna om påstådda olagliga verksamheter som utförts eller olaglig information som tillhandahållits av mottagarna av deras tjänster eller att till behöriga myndigheter på deras begäran lämna information som gör det möjligt att identifiera de mottagare av deras tjänster med vilka de ingått lagringsavtal.

Artikel 15.1 tar, av allt att döma, sikte på just sådana övervaknings-skyldigheter som kommissionen önskar införa. EU-domstolen har vid upprepade tillfällen klargjort, att artikel 15.1 förbjuder införande av förebyggande skyldigheter som förutsätter (a) att leverantören, bland de filer som användarna lagrat på leverantörens servrar, urskiljer de filer som kan innehålla verk som de aktuella rättsinnehavarna gör anspråk på att ha rättigheter till, (b) att leverantören avgör vilka av dessa filer som olagligen lagras och ställs till allmänhetens förfogande, och (c) att leverantören blockerar tillhandahållandet av de filer som denne ansett vara olagliga.<sup>38</sup>

En tillkommande komplikation är förhållandet till sanktionsdirektivet och EU:s rättighetsstadga. Upphovsrättigheter garanteras inte ett undantagslöst skydd. Lagstiftaren måste göra en avvägning mellan skyddet för upphovsrätten och skyddet av andra grundläggande rättigheter.<sup>39</sup> Sådana överväganden anbefalls bl.a. i artikel 3.1 i sanktionsdirektivet, som kräver att vidtagna åtgärder ska vara ”rättvisa och skäligen, inte onödigt komplicerade eller kostsamma”. Liknande villkor förekommer visserligen också i den föreslagna direktivtexten (se avsnitt 2 ovan). Problemet är, emellertid, att obligatorisk användning av ”effektiv innehållsigenkänningsteknik” inte kan anses vara ett

<sup>38</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgöranden den 24 november 2011 i mål C-70/10 (Scarlet Extended) och den 16 februari 2012 i mål C-360/10 (SABAM). Jfr även EU-domstolens avgörande den 15 september 2016 i mål C-484/14 (Mc Fadden), punkt 87, i vilken domstolen konstaterar att ”övervakning av all överföring av information ... under alla omständigheter är utesluten, eftersom den strider mot artikel 15.1 i direktiv 2000/31”.

<sup>39</sup> Se t.ex. EU-domstolens avgöranden den 29 januari 2008 i mål C 275/06 (Pro-musicae), punkterna 62–68, den 3 september 2014 i mål C-201/13 (Deckmyn) och den 15 september 2016 i mål C-484/14 (Mc Fadden), punkt 83.

proportionerligt krav. Den allmänna övervakningsplikt, som förslaget innebär, skulle med nödvändighet innebära en aktiv övervakning av huvudsakligen allt uppladdat innehåll. Sådana skyldigheter är, enligt EU-domstolen, oförenliga med artikel 3 i sanktionsdirektivet.<sup>40</sup> Enligt EU-domstolen skulle en allmän övervakningsskyldighet också innebära ett klart ingrepp i mellanhandernas näringsfrihet (artikel 16 i EU:s rättighetsstadga) och skulle dessutom riskera att kränka användarnas yttrande- och informationsfrihet (artikel 11 i EU:s rättighetsstadga) och användarnas rätt till skydd för sina personuppgifter (artikel 8 i EU:s rättighetsstadga), i strid med kravet på rimlig avvägning mellan de motstående intressen som berörs. Dessa risker är beaktansvärda, av flera skäl. Det mest uppenbara är att systemet förutsätter övervakning av all eller merparten av den information som laddas upp, inklusive innehåll som inte är olagligt. Skyldigheterna skulle också syfta till att upptäcka framtida intrång, vilket skulle innebära en övervakning som är obegränsad i tiden. Det förebyggande syftet förutsätter också att övervakningen inkluderar framtida verk, som ännu inte har skapats vid tidpunkten för systemets införande. Härtill kommer att det är svårt att avgöra vilka förfoganden som är olagliga. Svaret på den frågan beror bl.a. på tillämpningen av gällande inskränkningar i och undantag från upphovsrätten. Dessa begränsningar och undantag är endast delvis harmoniserade.<sup>41</sup> Som redan påpekats finns det också betydande nationella skillnader i fråga om regleringen av närstående rättigheter.<sup>42</sup> Därmed kan det också antas, att allmän och förebyggande blockering av innehåll kommer att medföra oberättigade ingrepp i flera grundläggande fri- och rättigheter. Härvidlag hjälper det inte, att artikel 13.2 i förslaget anbefaller införande av mekanismer för klagomål och prövning i efterhand, t.ex. i anledning av felaktiga blockeringar.

För ordningens skull ska tilläggas att det självfallet finns många situationer då upphovsrätten måste ges företräde framför andra grundläggande fri- och rättigheter. Vid avvägningen bör de berörda parternas roller och aktiviteter beaktas. Användare som tillgängliggör intrångsgörande material via mellanhandens server bör givetvis inte

<sup>40</sup> Se EU-domstolens avgörande den 12 juli 2011 i mål C-324/09 (L'Oréal m.fl. mot eBay m.fl.), punkt 139.

<sup>41</sup> Se EU-domstolens avgöranden den 24 november 2011 i mål C-70/10 (Scarlet Extended) och den 16 februari 2012 i mål C-360/10 (SABAM).

<sup>42</sup> Se avsnitt 3.2.3 ovan.



vinna framgång med argumentet, att skadeståndsskyldighet och/eller förbud, i anledning härav, skulle kränka användarnas yttrandefrihet.<sup>43</sup> Däremot har det, som nyss nämnts, inte ansetts vara proportionerligt att värna upphovsrätten genom ingrepp i mellanhandens näringsfrihet och i övriga användares yttrande- och informationsfrihet och integritetsskydd.

Kommissionen, som anser att de grundläggande rättigheterna inte skulle påverkas nämnvärt av förslaget, hävdar att den risken är begränsad främst eftersom förslaget *"builds on existing voluntary practises"* och eftersom *"necessary procedural safeguards ... in the majority of cases already exist in the related context of notice and take down requests"*.<sup>44</sup> Det finns emellertid en betydande skillnad mellan överstatliga respektive statliga krav, å ena sidan, och frivilliga privata initiativ, å andra sidan. EU:s rättighetsstadga tillhör primärrätten. På nationell nivå säkerställs de grundläggande fri- och rättigheterna genom grundlag. Härigenom begränsas det allmännas möjlighet att utöva makt mot enskilda. De konstitutionella garantierna kan inte viftas bort med argumentet att privata aktörer, i viss utsträckning, frivilligt tillämpar system för anmälningar om intrång. Dessutom finns det flera avgörande skillnader mellan allmän och förebyggande övervakning, som helt förhindrar åtkomst till innehåll, och den typ av "notice and take down-system" som innebär att rättighetshavare i enskilda fall kan anmäla intrång och begära borttagning av innehåll. Här torde det räcka att hänvisa till de skäl som EU-domstolen har identifierat (se ovan). Skillnaden mellan allmän övervakning och andra slags system har också diskuterats vid analys av uppsiktskravet enligt den svenska lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor. Lagstiftaren har då ansett att uppsiktskravet är förenligt med artikel 15.1. i e-handelsdirektivet, eftersom kravet *inte* innebär någon skyldighet för mellanhanden att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet.<sup>45</sup> Sammanfattningsvis är det alltså ett välkänt förhållande, att förebyggande över-

<sup>43</sup> Jfr hovrättens avgörande den 17 maj 2016 i mål FT 2348-15 ("Järnrörsfilmen"), i vilket domstolen ansåg att det inte fanns tillräckliga skäl att med hänvisning till yttrandefriheten fränkänna rättighetshavaren hans rätt till ersättning för intrång enligt URL.

<sup>44</sup> Impact Assessment s. 154.

<sup>45</sup> Prop. 2001/02:150 s. 100.

vakning inte kan jämföras med system för anmälningar och åtgärder i enskilda fall.

Rättighetshavarnas predikament bör visserligen tas på allvar. Det är klart otillfredsställande att vissa plattformar används för att begå upphovsrättsintrång. Att införa generella övervakningsskyldigheter för mellanhanderna är dock inte rätt väg att gå. Då vore det bättre att återuppta den tidigare diskussionen om ett eventuellt harmoniserat förfarande för anmälan och åtgärder ("notice and take down"). Ett sådant direktiv skulle åtminstone undanröja problemet med skiljaktiga nationella tolkningar av ansvarsbestämmelserna i e-handelsdirektivet, såvitt gäller dylika förfaranden.<sup>46</sup> Vidare kan det vara angeläget att ytterligare underlätta lagföring av de användare som begår intrång.

### 3.4 Rättspolitiska mål för den digitala inre marknaden

Kommissionens strategi för den digitala inre marknaden<sup>47</sup> anger att digitalt innehåll är en viktig drivkraft för tillväxten av den digitala ekonomin. Kommissionen framhäver vikten av åtgärder för att i större utsträckning ge användare tillgång till innehåll på nätet och till en marknad och ett regelverk som främjar kreativitet, hållbar finansiering och kulturell mångfald. Som ett led i förverkligandet av dessa ambitioner har kommissionen också presenterat en vision, som syftar till att utveckla den inre marknaden, anpassa bestämmelserna till den digitala verkligheten, se till att de kreativa branscherna i Europa förblir konkurrenskraftiga och behålla en god balans mellan upphovsrätt och andra allmänna politiska mål.<sup>48</sup>

Artikel 13 i direktivförslaget torde inte bidra nämnvärt till förverkligandet av dessa mål. Bestämmelsen är snarare ägnad att hämma utvecklingen av nya plattformar och tjänster. Det gäller inte minst startup-bolag och andra mindre aktörer, som kommer att träffas av skyldigheterna i den mån deras tjänster blir tillräckligt populära, d.v.s.

<sup>46</sup> Se kommissionens meddelande *Samstämmiga ramar för att öka tilltron till en inre e-marknad för e-handel och nättjänster* den 11 januari 2012, COM(2011) 942 final, och avsnitt 3.4 i kommissionens åtföljande arbetsdokument, SEC(2011) 1641 final.

<sup>47</sup> Kommissionens meddelande *En strategi för en inre digital marknad i Europa* den 6 maj 2015, COM(2015) 192 final.

<sup>48</sup> Kommissionens meddelande *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten* den 9 december 2015, COM(2015) 626 final.

vid den tidpunkt de anses befatta sig med ”stora mängder verk eller andra alster”, oavsett om de tillhandahåller avancerade molntjänster eller andra slags värdtjänster. Det är svårt att se hur en sådan reglering kan bidra till ”bred tillgång till innehållstjänster online ’utan gränser’ för att ge människor ökad valfrihet och mer mångfald”.<sup>49</sup> Förslaget ger inte uttryck åt ”en god balans” mellan upphovsrätt och andra angelägna målsättningar, såsom bättre tillgång till innehåll på nätet. I den mån övervakningsskyldigheten verkligen skulle leda till ingående av fler licensavtal, mellan mellanhänder och rättighetshavare, är det sannolikt att avtalen skulle fokusera på det innehåll som är mest populärt hos den breda allmänheten och att annat innehåll skulle blockeras eller tas bort. Kravet på avvägning mellan upphovsrätten och övriga berörda intressen, inklusive näringsfriheten och informations- och yttrandefriheten, kan inte anses vara uppfyllt.<sup>50</sup> De föreslagna skyldigheterna skulle dessutom få olika räckvidd beroende på vilket lands lag som skulle tillämpas vid bedömningen, vilket skulle motverka harmoniseringsytet.<sup>51</sup>

#### 4. Sammanfattande kommentar

Det är tydligt att förslaget behöver genomgå ytterligare utvärderingar och diskussioner. Den nuvarande utformningen av artikel 13 är klart bristfällig, på en rad punkter. Avfattningen är oklar och motsägelsefull. Förslaget indikerar en oroväckande likgiltighet både till EU:s rättighetsstadga och till sekundärrätten. Om det skulle genomföras skulle reglerna slå obefogat hårt både mot mellanhänderna, som på olika sätt bidrar till den digitala ekonomins tillväxt och till förbättrad tillgång till innehåll, och mot användarna av berörda tjänster.

Kommissionens motivering, såsom den presenteras i Impact Assessment, lämnar också en hel del övrigt att önska. Exempelvis kan ambitionen, att framtvunga avtal mellan rättighetshavare och mellanhänder, vara berättigad endast om mellanhänderna skulle begå intrång i avsaknad av sådana avtal. Kommissionen tycks, utan närmare förklaring,

<sup>49</sup> Kommissionens meddelande *Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten* den 9 december 2015, COM(2015) 626 final s. 4.

<sup>50</sup> Se avsnitt 3.3 ovan.

<sup>51</sup> Se avsnitt 3.2.3 ovan.

utgå från att så är fallet. Samtidigt påstås att denna fråga är obesvarad av EU-domstolen. Det går inte ihop.

EU:s lagstiftare borde kunna prestera betydligt bättre. Ett förslag kan vara att initiera en ordentlig analys av möjligheten att harmonisera det upphovsrättsliga medverkansansvaret. Oavsett vilka åtgärder som övervägs bör kommande regelverk syfta till att vidareutveckla och inte underminera gällande rätt, med uppriktig respekt för grundläggande fri- och rättigheter.