



Justitiedepartementet

Enheten för immaterialrätt och transporträtt

Uppföljande 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 är naturligtvis även välkomna att belysa aspekter som inte finns med i denna promemoria.

Synpunkter lämnas, gärna senast den 22 juni 2020, till enheten för immaterialrätt och transporträtt (Ju/L3) på adress ju.l3@regeringskansliet.se.

Inledning

Den 24 september 2019 höll enheten för immaterialrätt och transporträtt ett möte i referensgruppen om hur artikel 17 i det nya upphovsrättsdirektivet bör genomföras i svensk rätt. Inför mötet skickades ett underlag med frågeställningar ut till deltagarna. Enheten har därefter mottagit skriftliga synpunkter och kommentarer från ett trettiootal aktörer. Det rör sig om kollektiva förvaltningsorganisationer och andra organisationer som företräder upphovsmän och utövande konstnärer (nedan förenklat kallade upphovsmannakollektivet), organisationer och enskilda aktörer som

producerar och förvärvar upphovsrättsskyddat material (nedan förenklat kallade producentsidan), tv-företag, leverantörer av innehållstjänster, näringslivsorganisationer, konsument- och användarorganisationer, myndigheter m.fl. Endast ett fåtal svaranden har besvarat samtliga frågor som ställdes i det tidigare underlaget. De flesta har begränsat sina svar till vissa specifika frågeställningar eller mer övergripande frågor.

Denna promemoria syftar till att följa upp det tidigare underlaget och de synpunkter som inkommit samt identifiera eventuella ytterligare frågeställningar. Promemorians redogörelser för inkomna synpunkter är övergripande i förhållande till de frågor som ställts i tidigare underlag. Det innebär att den inte utgör en fullständig redogörelse för alla de synpunkter som kommit in. Den som vill ta del av samtliga inkomna synpunkter är dock välkommen att höra av sig till enheten om detta.

Onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll (artikel 17)

1. Vilka plattformar omfattas av de nya bestämmelserna?

I det tidigare underlaget redogörs under detta avsnitt för definitionen av ”onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll” (Delningstjänster) i direktivets artikel 2.6 med tillhörande skäl. I underlaget ställs ett stort antal frågor i anslutning till vad som anges som ”särskilda frågeställningar”. Den ena av dessa rör definitionen i artikel 2.6 och hur denna bör förstås i ljuset av de tillhörande skälen 62 och 63. Den andra handlar om huruvida andra stycket i artikel 2.6, som listar ett antal plattformar som inte omfattas av regelverket, ska anses utgöra undantag från bestämmelserna eller endast ses som en exemplifierande uppräkningslista av vad som faller utanför direktivets definition.

När det gäller den första frågeställningen konstateras i det tidigare underlaget att artikel 17 (enligt definitionen i direktivets artikel 2.6) gäller för leverantörer av ”*en av informationshällets 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 skäl 62 anges bl.a. att direktivets definition 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. När det gäller den närmare bedömningen av om en viss plattform lagrar och ger tillgång till en stor mängd upphovsrättsskyddat innehåll anges i skäl 63 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.

I det tidigare underlaget konstateras att direktivets definition av vad som ska anses vara en delningstjänst är tämligen allmänt hållen och att mycket av det som anges i skälen inte återges uttryckligen i artikeltexten. Det konstateras emellertid också att flera av de begrepp som förekommer i artikeln (2.6) är relativa till sin natur och därför i någon mån måste hämta sitt konkreta innehåll i bestämmelsernas syfte, såsom de kommer till uttryck i skälen. Som exempel på sådana begrepp nämns bl.a. definitionens begrepp ”en stor mängd” och ”ordna och marknadsföra”.

I det tidigare underlaget ställs ett antal frågor om hur dessa och andra mer eller mindre ”relativa” begrepp ska förstås, också i ljuset av det som kommer till uttryck i skälen. Det ställs också frågor om hur den svenska lagstiftningen ska förhålla sig till det som sägs i skälen.

På ett övergripande plan påpekar flera aktörer – bl.a. på rättighetshavarsidan – att det i denna del är viktigt att den svenska lagtexten ligger nära artikeltexten i direktivet och övriga medlemsstaters lagstiftning, framför allt med tanke på Delningstjänsternas gränsöverskridande natur. Bland dessa aktörer förs bland annat fram att det som sägs i skäl 62 om vilka tjänster som bör omfattas av definitionen i första hand ska förstås som en redogörelse för de skäl som ligger bakom bestämmelserna och inte i sig påverkar innehållet i definitionen i artikel 2.6. Flera av dessa aktörer understryker också vikten av att lagstiftaren vid genomförandet inte lägger till några ytterligare moment (från skälen) när det gäller definitionen av vad som ska anses utgöra en Delningstjänst.

Flera andra aktörer – bland annat representanter för leverantörer av innehållstjänster – lyfter dock fram risken för att direktivets definition riskerar att slå för brett om inte de moment som redogörs för i skälen kommer till uttryck i den nationella lagstiftningen. Bland dessa förs till

exempel den uppfattningen fram att det annars finns en risk för att plattformar som inte avsetts omfattas av artikel 17, såsom plattformar inriktade på innehåll som skapas av användarna själva, träffas av bestämmelserna. Dessa aktörer förordar därför, i varierande grad, att vissa av de moment som beskrivs i skälen förs in i definitionen vid genomförandet.

Ett flertal aktörer pekar också på att det ytterst är upp till EU-domstolen att tolka de enskilda begrepp som ingår i definitionen i artikel 2.6.

När det gäller de enskilda begreppen tycks flertalet aktörer som yttrar sig i frågan vara ense om att vad som ska anses utgöra ”en stor mängd upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster” inte låter sig preciseras i lagtext, utan måste bedömas från fall till fall (i enlighet med vad som anges i skäl 63). Det redovisas emellertid olika syn på vilka utgångspunkter som bör gälla vid denna bedömning. Från rättighetshavare lyfts bland annat fram att det uppladdade materialets ekonomiska värde bör beaktas och att det alltså bör göras både en kvantitativ och en kvalitativ bedömning. Till exempel bör nyproducerade långfilmer bedömas efter andra kriterier än material av mindre omfång eller värde. Leverantörer av innehållstjänster pekar å sin sida på att vad som ska anses utgöra ”en stor mängd” ges ett närmare innehåll av skäl 62 och vad som där betonas om att det ska vara fråga om tjänster som har betydelse för innehållsmarknaden online och som konkurrerar med andra onlinetjänster.

När det gäller frågan om vad som ska anses ligga i kravet på att tjänsten ska ”ordna och marknadsföra” pekar flera aktörer, som företräder olika intressen, på att det finns vägledande praxis från EU-domstolen i frågan (bl.a. EU-domstolens avgöranden i mål C-324/09 [L'Oréal m.fl.] och mål C-610/15 [Stichting Brein]). Flera aktörer är också inne på att det kan se olika ut för olika innehållstyper och att en bedömning därför måste göras utifrån tjänstens innehåll och inriktning. Från andra aktörer förs fram att det följer av syftet att det ska handla om ett agerande som syftar till att locka en större publik. Det framhålls vidare att kravet rimligen måste ta sikte på det upphovsrättsligt skyddade materialet som sådant.

Också såvitt avser kravet på ”huvudsyfte” understryker flertalet aktörer att bedömningen måste göras från fall till fall. Även när det gäller detta begrepp redovisas emellertid olika uppfattningar kring hur begreppet i grunden ska förstås. Från en aktör lyfts det särskilt fram att många plattformar bygger på

delning av rent användargenererat innehåll och att definitionen bör ta detta i beaktande. Från kulturskapare framhålls bl.a. att det är tillräckligt att delning utgör ett av flera syften med tjänsten och att det därför torde vara tillräckligt att den del av Delningstjänstens verksamhet som innefattar tillgängliggörande av användaruppladdat innehåll uppfyller kriteriet ”en stor mängd upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster” för att plattformen ska anses omfattas av artikel 17. Ytterligare någon aktör på rättighetshavarsidan menar att det utgör ett huvudsyfte med en tjänst att tillgängliggöra upphovsrättsskyddat material, i de fall som tjänsten genererar mer än obetydlig trafik eller mer än obetydliga intäkter. Från en leverantör av innehållstjänster framhålls att det är viktigt att innehåll och tjänster som är uttryckligen undantagna från artikel 17, såsom meddelandetjänster och e-handelsplatser inte träffas av bestämmelserna i fall då andra delar av en tjänst omfattas av definitionen. Från en annan sådan aktör görs vidare gällande att det krävs att delning av innehåll är sådan normal användning som tjänsten är avsedd för och att tjänsten tydligt konkurrerar med licensierade innehållstjänster.

I det tidigare underlaget problematiseras vidare vad som ska anses ligga i definitionens begrepp *upphovsrättskyddade verk eller andra skyddade alster*. I underlaget förs som en av flera möjliga tolkningar fram att det ska röra sig om material som åtnjuter skydd mot just de konkreta handlingar som vidtas (uppladdning och tillhandahållande) av användaren, dvs. sådant material som användaren inte själv skapat och inte heller av annat skäl ”får” tillgängliggöra på plattformen. Med en sådan tolkning skulle till exempel plattformar som syftar till att användarna ska lägga upp sitt eget material falla utanför definitionen. Från framförallt upphovsmannakollektivet och producentsidan ifrågasätts den tolkningen, med hänsyn till ordalydelsen i artikeltexten. Synsättet får emellertid också stöd, bland annat från leverantörer av innehållstjänster.

Definitionens krav på *lagring* problematiseras av vissa aktörer i förhållande till det faktum att mycket material på Delningstjänster ofta delas genom länkning. Flera aktörer är i förhållande till samma krav också inne på frågan hur man ska se på livesändningar. På ett övergripande plan kan konstateras att det från rättighetshavarhåll framhålls att tjänster som tillhandahåller livesändningar omfattas, samtidigt som vissa leverantörer av innehållstjänster är av motsatt uppfattning. Från vissa rättighetshavare lyfts att också tjänster

som på motsvarande sätt tillhandahåller länkar till upphovsrättsligt skyddat material omfattas av regelverket.

Också när det gäller kravet på ”vinstsyfte” efterfrågas vissa förtydliganden, bl.a. med avseende på hur man ska se på situationen att någon annan än plattformen vidareutnyttjar det tillgängliggjorda materialet i vinstsyfte.

När det gäller de plattformar som anges i artikel 2.6 andra stycket delar de flesta bedömningen att det handlar om en exemplifierande uppräkningslista av tjänster som inte faller in under definitionen. Flera aktörer förespråkar ändå att dessa bör anges i den svenska lagtexten, främst för att den ska följa direktivet, men också för att det underlättar tolkningen av bestämmelserna. Det har också, beträffande samtliga eller vissa av de uppräknade plattformarna, betonats att det av olika skäl är viktigt att det tydligt framgår av den svenska lagstiftningen att just dessa inte utgör Delningstjänster.

Enbetens kommentarer

Det är, som flera aktörer påpekat, naturligtvis önskvärt med en så tydlig och förutsebar reglering som möjligt. Det gäller inte minst för de leverantörer av delningstjänster som kan komma att omfattas av regelverket, men också för de upphovsmän och andra rättighetshavare som har ett intresse av att licensiera eller skydda sina rättigheter på annat sätt och för de användare som vill kunna förlita sig på det regler som nu ska införas.

På sikt torde emellertid inte någon vara betjänt av ett regelverk som inte håller över tid. Det finns därför stora fördelar med att den svenska lagtexten i huvudsak motsvarar artikeltexten i direktivet. Risker för att lagstiftningen inte skulle stämma överens med framtida avgöranden från EU-domstolen minimeras samtidigt som det bidrar till en ökad harmonisering bland medlemsstaterna. Detta är naturligtvis särskilt viktigt på ett område med snabb teknikutveckling, där nya typer av tjänster ständigt utvecklas och lanseras och där alltför snäva definitioner riskerar att aktörer kan komma att falla utanför regelverket även i fall där det knappast kan ha varit avsikten. Direktivets användning av olika relativa begrepp i kombination med den helhetsbedömning av samtliga omständigheter som enligt skälen ska göras från fall till fall talar också för att syftet varit att skapa en flexibel reglering där det ytterst är upp till rättstillämpningen att bedöma huruvida olika tjänster faller in under definitionen i artikel 2.6.

Det som nu sagts talar alltså för att det vid genomförandet av direktivets definition som utgångspunkt finns anledning att nära följa direktivets ordalydelse. Det innebär emellertid inte att lagstiftaren i förarbetena inte kan ge uttryck för en närmare uppfattning om bestämmelsernas innebörd också i avseenden där det finns utrymme för tolkning, även om det ytterst är upp till EU-domstolen att bedöma den närmare gränsdragningen.

När det gäller frågan vad som ska anses utgöra ”en stor mängd” upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster är det naturligtvis lätt att instämma i uppfattningen att det måste bedömas från fall till fall, såsom också anges i direktivets skäl 63. Det ligger också nära till hands att utgå från att viss mängd av en viss verkstyp kan uppfylla kriteriet samtidigt som samma mängd av en annan verkstyp inte nödvändigtvis måste anses nå upp till kravet. I sådana fall torde man alltså kunna tala om ett kvalitativt krav. En sådan tolkning synes dock förutsätta att man i någon mån vid bedömningen väger in det som sägs i skäl 62 om att definitionen tar sikte på tjänster som spelar en viktig roll på innehållsmarknaden genom att de konkurrerar med andra tjänster för innehåll. Utan en sådan koppling är det inte alldeles lätt att finna stöd i direktivet för att på detta sätt relativisera ”en stor mängd” beroende på vilken verkstyp man har att göra med.

Det är också svårt att se att, som några av referensgruppens medlemmar menar, just denna del av skälen – som uttryckligen tar sikte på definitionens inriktning – helt skulle sakna betydelse för tolkningen av de i definitionen ingående delarna. Det finns också anledning att anta att det förhållandet att tjänstens publik enligt skäl 63 ska ingå som en omständighet i helhetsbedömningen har sin förklaring i just denna marknadspåverkansaspekt. Med det sagt utgör naturligtvis skälen endast tolkningsdata för förståelse av texten i artikel 2.6 och vad som bör läggas i de relativa begrepp som används där. Det som nu sagts utesluter alltså inte på något sätt att också tjänster som etableras på områden där det inte finns några innehållstjänster att konkurrera med kan utgöra delningstjänster i direktivets bemärkelse.

När det gäller frågan om vad som ska anses ligga i kravet på att tjänsten ska ”ordna och marknadsföra” står det klart att ledning kan hämtas från EU-domstolens praxis på området som ju också direktivet, i någon mån, försöker fånga. Det är samtidigt uppenbart att det även i denna fråga måste ske en bedömning med utgångspunkt från omständigheterna i det enskilda

fallet, då tjänsters inriktning och innehåll kan skilja sig åt väsentligt. Något krav på att ordnandet ska ske på visst sätt tycks dock inte kunna utläsas ur direktivet. Det ligger nära till hands att det avgörande är att innehållet struktureras på ett sådant sätt att det gör det möjligt för användarna att orientera sig i materialet och identifiera det de söker. När det gäller kravet på marknadsföring torde det t.ex. kunna handla om åtgärder som att på olika sätt föreslå eller rekommendera visst innehåll. I detta tycks också ligga att det är innehållet som sådant som ska vara föremål för åtgärderna. Att en viss tjänst genererar reklamintäkter torde alltså inte i sig självt nödvändigtvis innebära att tjänsten måste anses marknadsföra innehållet. I skäl 62 anges bl.a. att de tjänster som omfattas av direktivet är de som ordnar och marknadsför innehållet i avsikt att locka en större publik. Det torde naturligtvis ofta ligga i ordnandet och – inte minst – marknadsföringen av visst innehåll att det finns ett sådant syfte. Det som sägs i skälen om avsikten med ordnandet och marknadsföringen återges inte i artikeltexten, men kan ändå ge ledning i frågan om vad som ska anses ligga i att ordna och marknadsföra enligt detta direktiv.

Inte heller när det gäller kravet på ”*huvudsyfte*” är det självklart var den närmare gränsdragningen ska gå. Det torde dock stå klart att det är tjänsten som kravet tar sikte på och inte leverantören av tjänsten. Som utgångspunkt torde det vidare krävas att delning av upphovsrättsligt skyddat material utgör ett av de mer framträdande inslagen i tjänsten. Det ligger nära till hands att instämna i att detta inslag måste utgöra en sådan normal användning som tjänsten är avsedd för. Det torde följa redan av det förhållandet att tjänsten ska *syfta* till bland annat detta (huvudsyfte). Det framstår också i viss mån som rimligt att en tjänst som innehåller ett inslag av delning som uppfyller kriteriet ”en stor mängd upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster” bör anses ha sådan delning som ett huvudsyfte. Denna tolkning innebär emellertid samtidigt att kravet på huvudsyfte skulle sakna reell innebörd. Det bör rimligen antas att detta inte har varit avsikten. Att alla delningsinslag som genererar mer än obetydlig trafik eller mer än obetydliga intäkter skulle medföra att kravet på huvudsyfte var uppfyllt, torde också det föra för långt. Det skulle i praktiken innebära att kravet skulle kunna anses uppfyllt också för tjänster där delningsinslaget i förhållande till tjänstens innehåll i övrigt är påtagligt perifert. En sådan tolkning av begreppet huvudsyfte torde inte vara möjlig.

Det framstår samtidigt som otillfredsställande att ett delningsinslag på en viss tjänst som uppfyller samtliga kriterier i övrigt och som dessutom är lika omfattande som andra tjänster som har delning som ett huvudsyfte skulle falla utanför definitionen enbart på den grunden att tjänsten har andra, och mer framträdande, inslag. Frågan är naturligtvis nära förknippad med vad som å ena sidan ska anses utgöra en egen tjänst och vad som å andra sidan är en del av en större tjänst med andra inslag än delning. Den hänger på så sätt också ihop med den frågeställning som en av referensgruppens medlemmar är inne på, nämligen hur man ska se på reglernas genomslag för de delar av en tjänst som sedda var för sig hade fallit utanför definitionen, i situationer där delningsinslaget är tillräckligt stort för att uppfylla definitionen. Det framstår på många sätt som rimligt – utifrån denna problematik – att se varje klart avgränsbar tjänst eller funktion inom ramarna för en större plattform som en egen tjänst. ***Enheten tar emellertid gärna emot referensgruppens ytterligare synpunkter i denna del.***

När det gäller vad som ska anses ligga i definitionens begrepp *upphovsrättskyddade verk eller andra skyddade alster* finns det som framgår ovan olika uppfattningar bland referensgruppens medlemmar. Som konstateras i det tidigare underlaget ligger det naturligtvis väl i linje med direktivets syfte att i detta sammanhang lägga någonting mer i användandet av dessa begrepp än att det ska vara fråga om innehåll som uppfyller kriterierna för att utgöra verk eller andra skyddade prestationer. Det framstår som mindre lyckat att definitionen – i vart fall i teorin – skulle kunna träffa plattformar vars inriktning uteslutande består i att användare ska kunna ladda upp innehåll som de själva skapat och där tredjepartsinnehåll inte heller förekommer annat än undantagsvis. Även om en sådan plattform inte skulle behöva göra någonting mer än att agera för att ta bort innehåll i de fall det påtalas att det finns olovligt upplagt material där, riskerar det att i onödan kunna skapa viss osäkerhet kring hur plattformen ska agera. Enheten tar emellertid med sig de synpunkter som inkommit i dessa delar i de fortsatta övervägandena.

När det gäller definitionens krav på *lagring* i förhållande till länkning och livesändningar tangerar det frågeställningar som tas upp också i nästa avsnitt. I det här sammanhanget kan konstateras att det ligger mycket i uppfattningen att ageranden som i grunden är lika varandra och leder till samma effekter bör bedömas på samma sätt. Det kan samtidigt konstateras att det – rent språkligt – är svårt att se att de flyktiga exemplar som uppstår vid livesändningar skulle kunna anses uppfylla kravet på lagring. Av delvis

samma anledningar framstår det som mycket tveksamt om en tjänst som tillhandahåller länkar (till upphovsrättsligt skyddat material) som laddas upp av användarna skulle kunna falla in under definitionen. I ett sådant fall vare sig lagras eller laddas det upphovsrättsligt skyddade materialet upp på den ifrågavarande tjänsten och uppladdningen behöver inte heller ha gjorts av tjänstens användare.

Kravet på vinstsyfte tar enligt ordalydelsen sikte på ordnandet och marknadsföringen av innehållet. Det talar för att det är tillhandahållandet av innehållet som ska syfta till att generera vinst, snarare än huruvida leverantörens verksamhet i stort sker i vinstsyfte eller på andra grunder. Det torde också stå klart att om delningstjänsten inte syftar till att generera vinst, saknar det betydelse om någon annan än leverantören av tjänsten i ett senare led utnyttjar materialet i ett sådant syfte. ***Enheten tar emellertid gärna emot referensgruppens ytterligare synpunkter i denna del.***

När det gäller de plattformar som anges i artikel 2.6 andra stycket delar, som framgått, de flesta bedömningen att det handlar om en exemplifierande uppräknings av tjänster som inte faller in under definitionen. Enheten tar i det fortsatta arbetet med sig de synpunkter som inkommit om att det ändå kan finnas skäl att ange dessa i den svenska lagtexten.

2. Det upphovsrättsliga ansvaret – artikel 17.1

Bakgrund och synpunkter från referensgruppen

I det tidigare underlaget ställs under detta avsnitt ett antal frågor om vilka upphovsrättsliga förfoganden som artikel 17 avser att omfatta, hur artikeln förhåller sig till artiklarna 3.1 och 3.2 i det s.k. infosoc-direktivet samt hur artikel 17.1 andra stycket om skyldigheten för Delningstjänster att ingå licensavtal bör förstås och beaktas vid det svenska genomförandet.

En fråga som särskilt berördes i det tidigare underlaget är om artikel 17 endast reglerar vad som ska gälla när innehåll görs tillgängligt på begäran (on demand) på en plattform eller om också ”livesändningar” omfattas. Bland referensgruppens medlemmar finns det olika uppfattningar i frågan. Flera aktörer, bl.a. leverantörer av innehållstjänster, instämmer i att ordalydelsen talar mot att livesändningar omfattas. Andra, företrädesvis

upphovsmannakollektivet, producentsidan och tv-företag, påpekar att begreppet ”laddats upp” kan förstås på flera sätt och inte nödvändigtvis behöver avse att en lagring sker på Delningstjänsten i den bemärkelse att en varaktig kopia av ett verk framställs för att sedan göras tillgänglig ”on demand”. Från flera aktörer påpekas också att det framstår som olämpligt att inte behandla linjära tillhandahållanden på samma sätt som tillhandahållanden som sker on demand.

Beträffande förhållandet till infosoc-direktivet finns även här olika synsätt representerade bland referensgruppens medlemmar. En del menar att artikel 17 utgör en ny rättighet utifrån hur artiklarna i direktivet är formulerade, medan andra fokuserar på det som anges i skälen, vilket talar mot att så är fallet. På ett principiellt plan instämmer några aktörer, som menar att artikel 17 inte utgör en ny rättighet, i uppfattningen att det skulle kunna räcka med att låta redan existerande ensamrätter tolkas i ljuset av artikeln. Flertalet förespråkar dock ändå att artikel 17.1 genomförs i svensk lagstiftning på grund av den osäkerhet som ändå finns och för att åstadkomma en ökad tydlighet. Från något håll påpekas också att syftet med artikeln är att underlätta licensiering och att detta syfte knappast uppnås genom att skapa överlappande rättigheter.

Ett flertal aktörer menar vidare, oavsett svaret på frågan ovan, att artikel 17 gäller *i stället* för de generella bestämmelserna i infosoc-direktivet när det kommer till Delningstjänsters befattning med upphovsrättsskyddat material och att artikel 17 därmed inte skapar en ordning med två parallella system som kan tillämpas samtidigt. Framför allt upphovsmannakollektivet och producentsidan understryker emellertid att tjänster som i och för sig faller utanför definitionen av Delningstjänst i artikel 2.6 ändå kan komma att anses upphovsrättsligt förfoga över material enligt de allmänna bestämmelserna i infosoc-direktivet.

Flertalet aktörer från olika kategorier delar vidare synsättet att artikel 17.1 andra stycket är att se som en påminnelse om vad som följer av att en Delningstjänst upphovsrättsligt anses förfoga över verk och andra alster och att det därmed inte finns anledning att återge detta i svensk lagstiftning. Några aktörer förespråkar dock att bestämmelsen ska återges i lagtext, dels för att lagstiftningen bör följa artikeltexten, dels för att den avgränsar vilka kategorier av verk som omfattas av artikeln genom hänvisningarna till infosoc-direktivet.

Enbetens kommentarer

När det gäller vilka förfoganden som omfattas av artikel 17 är den avgörande frågan när ett verk eller alster kan anses ha "laddats upp" av en användare på en Delningstjänst. Vad som ska anses ligga i det begreppet är naturligtvis inte helt självklart, även om det som konstateras i det tidigare underlaget rent språkligt är svårt att se att det sker en uppladdning vid livesändningar. Det ligger naturligtvis också nära till hands att utgå från att begreppet "laddats upp" kopplar till definitionens begrepp "lagra" eftersom definitionen rimligen syftar till att ringa in de plattformar på vilka det ageras på det sätt som man nu önskar reglera.

Samtidigt ligger det mycket i synpunkten att det framstår som olyckligt om två närliggande ageranden som i praktiken ger samma effekt skulle behandlas på olika sätt. Det ligger till och med nära till hands att utgå från att detta inte varit avsikten. Det kan emellertid också konstateras att frågan om livesändningar och andra linjära tillhandahållanden inte var föremål för någon diskussion under förhandlingarna. För att det inte förelegat någon avsikt att reglera mer än just tillhandahållanden på begäran talar också det förhållandet att direktivet, såvitt avser de närstående rättigheterna, enbart hänvisar till artikel 3.2 i infosoc-direktivet. Direktivet innehåller inte någon hänvisning till t.ex. den rätt till ersättning som tillkommer utövande konstnärer och framställare av ljudupptagningar när deras prestationer utnyttjas för andra former av överföringar till allmänheten än sådana som sker "on demand" (jfr 45 och 47 §§ upphovsrättslagen samt artikel 8.2 i direktiv 2006/115/EG [uthyrnings- och utlåningsdirektivet]).

Även om detta alltså talar för att regleringen inte har varit avsedd att omfatta mer än tillhandahållanden på begäran, är det inte helt självklart hur direktivet ska tolkas i denna del. ***Enheten tar i det fortsatta arbetet med sig de synpunkter som hittills kommit in och tar också gärna emot ytterligare synpunkter, inte minst när det gäller hur man bör se på det förhållandet att de närstående rättighetshavarnas "linjära rättigheter" inte regleras.***

Vad gäller förhållandet till de befintliga ensamrätterna i artiklarna 3.1 och 3.2 i infosoc-direktivet är avsikten, såsom den framgår av direktivets skäl, att klargöra nuvarande regelverks tillämpning på nu aktuella plattformar. Även med den utgångspunkten talar, som flera av referensgruppens medlemmar är

inne på, starka skäl för att det upphovsrättsliga ansvaret för dessa plattformar nu bör regleras särskilt. En sådan reglering torde i praktiken ersätta och gälla i stället för de allmänna reglerna såvitt avser plattformar som faller inom definitionen. Det kan också konstateras att EU-kommissionen i det pågående målet C-682/18 (YouTube) uttalat att man är av uppfattningen att artikel 17 utgör *lex specialis* i förhållande till infosoc-direktivet. Det torde därutöver stå helt klart att direktivet inte avser att i någon riktning reglera det upphovsrättsliga ansvaret för plattformar som faller utanför definitionen. Frågan om huruvida en sådan plattform tillgängliggör verk för allmänheten måste alltså – på samma sätt som i dag – bedömas enligt det allmänna regelverket (se t.ex. skäl 64). Detta bör komma till tydligt uttryck i de svenska förarbetena.

När det gäller ”skyldigheten” att ingå licensavtal i artikel 17.1 andra stycket delar de flesta medlemmarna i referensgruppen bedömningen att det rör sig om en påminnelse om vad som gäller i detta avseende. Mot den bakgrunden och då det i artikel 17.4 särskilt regleras vad som närmare gäller beträffande skyldigheten att ingå licensavtal, är det enhetens bedömning att övervägande skäl talar för att inte särskilt reglera detta. Även om man som utgångspunkt bör vara mycket försiktig med att utelämna delar av artikeltexten, riskerar en sådan reglering att skapa otydlighet kring vad som verkligen gäller. Sådana otydligheter bör i möjligaste mån undvikas.

En fråga som inte behandlades i det tidigare underlaget är den om förhållandet till den närstående rättigheten för framställare av fotografisk bild i 49 a § upphovsrättslagen. Denna rättighet är inte harmoniserad på EU-nivå och återfinns därmed inte i artikel 3.2 i infosoc-direktivet. Ensamrätten enligt 49 a § upphovsrättslagen omfattar dock, i likhet med övriga närstående rättigheter, bland annat tillgängliggörande för allmänheten, och anses i övrigt ligga den egentliga upphovsrätten nära. Detta talar för att låta det nya regelverket gälla också i förhållande till de rättigheter som tillkommer framställare av fotografiska bilder och direktivet torde vare sig kräva eller förbjuda en sådan tillämpning av bestämmelserna. Mot en sådan ordning talar möjligen det förhållandet att fotografiska bilder är en kategori av skyddade prestationer som (numera) i synnerligen hög grad består av (rent) användarskapat (ofta icke-kommersiellt) innehåll. Det gäller naturligtvis i än högre grad på den typ av tjänster som skulle kunna omfattas av de nya reglerna. ***Enheten tar därför gärna emot synpunkter från referensgruppens medlemmar i denna fråga.***

3. Licensavtalens omfattning – artikel 17.2

Bakgrund och synpunkter från referensgruppen

Detta avsnitt behandlar direktivets krav på att de licenser en Delningstjänst erhåller från rättsinnehavare också ska omfatta användarnas upphovsrättsliga förfoganden, när dessa inte agerar i kommersiellt syfte eller när verksamheten inte genererar betydande intäkter. Tre förslag på möjliga lösningar presenteras i det tidigare underlaget. Vidare behandlas frågan om hur det som 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 – bör beaktas vid det svenska genomförandet.

På ett övergripande plan efterfrågar flera medlemmar i referensgruppen praktiska lösningar på direktivets krav på att licenser också ska omfatta användarnas upphovsrättsliga förfoganden. Framförallt framför de aktörer som kan tänkas komma att ingå licensavtal, dvs. upphovsmannakollektivet, producentsidan och leverantörer av innehållstjänster detta. Enheten tolkar också svaren som att de flesta är av uppfattningen att artikel 17 ska förstås som att den föreskriver eller klargör att Delningstjänster anses delta i den överföring eller det tillgängliggörande som redan i dag sker när en användare laddar upp innehåll och att det därmed är fråga om *en* överföring eller *ett* tillgängliggörande som behöver klareras.

Mot den bakgrunden ifrågasätts även från något håll om artikel 17.2 överhuvudtaget behöver genomföras i svensk lagstiftning. Detta eftersom artikel 17.2 endast reglerar användarnas förfoganden enligt artikel 3 i infosoc-direktivet, dvs. samma förfoganden som artikel 17 nu stadgar att Delningstjänster ägnar sig åt. Beträffande det som sägs i skäl 69 om situationen då användaren erhållit tillstånd att ladda upp material på en plattform råder det bland de aktörer som svarat i stort sett samsyn om innebörden av skrivningen, men delade meningar om huruvida den bör återges i lagtexten. Mellan främst upphovsmannakollektivet och producentsidan å ena sidan och leverantörer av innehållstjänster å den andra finns dock vissa skillnader i fråga om hur skrivningen om att

Delningstjänster inte bör anta att användaren införskaffat relevanta tillstånd bör förstås (även denna i skäl 69).

När det gäller vilken lösning som bör väljas framstår det som att många aktörer från både från upphovsmannakollektivet, producentsidan och leverantörer av innehållstjänster förespråkar att det bör ske genom införandet av en skyldighet för Delningstjänster och rättsinnehavare att i licensavtalen reglera också användarnas förfoganden i enlighet med direktivet. Det framhålls bl.a. att detta är viktigt för att möjliggöra för parterna att även licensiera kommersiella användares förfoganden om så skulle önskas. Från något håll påpekas att det inte torde vara nödvändigt att särskilt reglera frågan eftersom artikeln endast återspeglar de normala reglerna för gemensamt ansvar. Även lösningen att i lag föreskriva att licensavtalen ska anses gälla också i förhållande till de aktuella användarna förs fram som en möjlighet, främst då denna lösning ligger närmast ordalydelsen i artikel 17.2. Från delar av upphovsmannakollektivet förespråkas också att en särskild avtalslicens för användning av verk på Delningstjänster bör införas.

Från delar av upphovsmannakollektivet och producentsidan görs det även gällande att ett krav på laglig förlaga bör gälla beträffande verk som laddas upp på Delningstjänster.

Enhetens kommentarer

De flesta svarande argumenterar utifrån utgångspunkten att artikel 17 inte skapar någon ny parallell rättighet, utan endast klargör att även Delningstjänster deltar i den överföring eller det tillgängliggörande som sker när en användare laddar upp ett upphovsrättsskyddat verk eller alster på tjänsten. Med detta synsätt påminner artikel 17 därmed om den reglering som finns i direktiv 2019/789/EU beträffande så kallad direktinjicering, där det stadgas att det vid användning av den tekniken sker en överföring till allmänheten av två aktörer (som behöver klarera rättigheterna för detta).

När det gäller frågan om hur direktivets krav på att de licenser en Delningstjänst erhåller från rättsinnehavare också ska omfatta användarnas upphovsrättsliga förfoganden framstår det inte som en framkomlig väg att helt avstå från att reglera frågan. I första hand gäller detta eftersom direktivet uttryckligen ålägger medlemsstaterna att göra detta, men också då det inte är

helt klart hur man bör se på frågan om det som regleras är ett eller två förfoganden.

Beträffande det närmare genomförandet delar enheten bedömningen att införandet av en skyldighet för avtalsparterna att licensiera också användarnas förfoganden framstår som en tilltalande lösning, särskilt mot bakgrund av konstaterandet i det tidigare underlaget om att det i praktiken torde vara så frågan i många fall kommer att lösas. Som påpekats torde Delningstjänster många gånger inte ha något intresse av att ingå licensavtal om inte förutsättningarna för att kunna tillgängliggöra verk fullt ut regleras, utan är beroende av någon annans agerande. Från någon svarande påpekas emellertid att det förkommer att ett upphovsrättsligt licensavtal endast avser en parts upphovsrättsligt relevanta åtgärd, eller – i förekommande fall – en parts del av en upphovsrättsligt relevant åtgärd. Det kan konstateras att en skyldighet för parterna att avtala om användarnas förfogande (eller del av förfogandet) inte ger något svar på frågan om vad som ska gälla om så inte sker. Det riskerar att skapa en osäker situation, inte minst för användare av tjänsterna, vilket vore olyckligt. Detta medför att den svenska lagstiftningen behöver reglera denna situation.

Som konstateras ligger lösningen att ge licensavtalen en ”utsträckt verkan” i förhållande till vissa användare också mer i linje med direktivtexten. Med utsträckt verkan bör i det här sammanhanget inte förstås någonting annat än att det i lag föreskrivs att en licens för en Delningstjänst att tillgängliggöra verk på nu aktuellt sätt, ska anses avse också det förfogande eller den del av förfogandet som de aktuella användarna står för. Vare sig mer eller mindre. Som några aktörer påpekar är begreppen ”icke-kommersiellt syfte” och ”betydande intäkter” inte helt enkla att tolka och skulle i vissa fall kunna ge upphov till svårigheter att bedöma om en användare omfattas av en sådan reglering. Dessa gränsdragningsfrågor uppstår emellertid oavsett vilken lösning som väljs och utesluter naturligtvis inte på något sätt att parterna i avtalet kommer överens om vad som ska gälla i förhållande till de förfoganden som vidtas av alla användare som faller utanför den särskilda regleringen. Som någon aktör särskilt lyfter fram är den lösning som väljs i denna fråga i viss mån också beroende av hur regleringen genomförs i andra medlemsstater. I en gränsöverskridande kontext är det naturligtvis viktigt att nationella regler i möjligaste mån inte skapar onödiga administrativa svårigheter. Enheten följer genomförandearbetet i övriga medlemsstater. Det

innebär att det kan komma att finnas anledning att göra en annan bedömning i frågan än den som görs ovan.

När det gäller frågan om avtalslicens för förfoganden som sker på Delningstjänster kan det konstateras att direktivet inte föreskriver någon sådan ordning. Det finns emellertid anledning att påminna om den befintliga generella avtalslicensen i 42 h § upphovsrättslagen. Det finns alltså redan idag möjlighet att för användning i Sverige ingå sådana avtal inom avgränsade områden, under förutsättning att paragrafens övriga kriterier är uppfyllda. Att det i svensk rätt nu finns en generell avtalslicens, utesluter naturligtvis inte att det kan finnas anledning att överväga nya särskilda avtalslicenser på områden där det finns ett behov av detta. Att införa en särskild avtalslicensbestämmelse för användning på Delningstjänster skulle emellertid kräva en noggrann analys av såväl behov som utformning. Det är svårt att se att det finns utrymme för att göra sådana överväganden inom ramen för det genomförandearbete som nu pågår. ***Enheten tar dock gärna emot ytterligare synpunkter i denna del från referensgruppens medlemmar.***

När det gäller det som sägs i skäl 69 om att Delningstjänster inte behöver inhämta tillstånd att tillgängliggöra visst innehåll om användaren redan inhämtat sådant tillstånd framstår det på många sätt som en påminnelse av det som ändå gäller. Det är viktigt att understryka att detta endast gäller i situationer där det tillstånd som användaren erhållit inte är begränsat på ett sådant sätt att det skulle krävas ytterligare tillstånd från användare eller plattform för att materialet ska kunna laddas upp på en viss Delningstjänst. Mot denna bakgrund och eftersom det som sägs i skälen inte återspeglas i artikeltexten finns det anledning att avstå från att särskilt reglera frågan i lagtext. Detsamma gäller det som sägs i skälen om att en Delningstjänst inte bör förutsätta att det finns ett tillstånd. Här är det naturligtvis viktigt att framhålla att det inte är möjligt för Delningstjänster att undkomma det upphovsrättsliga ansvar som nu åläggs dem genom att förutsätta att användaren klarerat rättigheterna. Här gäller, precis som i alla andra situationer där någon upphovsrättsligt förfogar över material, att man har ett ansvar att se till att man har de tillstånd som krävs. Det är alltså inte möjligt att lägga över det ansvaret på användarna, till exempel genom att de ombeds intyga att de har tillstånd att genomföra en uppladdning.

När det gäller synpunkten om krav på laglig förlaga kan konstateras att artikel 17 endast reglerar förfoganden enligt artiklarna 3.1 och 3.2 i infocodirektivet och Delningstjänsters ansvar beträffande dessa. Infosoc-direktivets bestämmelser om rätten till exemplarframställning och till exempel inskränkningen för privat kopiering ändras inte genom det nu aktuella direktivet (jfr artikel 1.2). Exemplarframställning som görs av användare som ett led i en överföring eller tillgängliggörande får därmed bedömas enligt gällande regler. Det kan möjligen tilläggas att i den mån visst innehåll licensieras i avtal mellan rättighetshavare och en Delningstjänst, det i det avtalet finns utrymme att särskilt avtala om vad som ska gälla också i det här avseendet. I den mån det inte ingås något sådant avtal för visst innehåll framgår av det som behandlas längre fram i denna promemoria att Delningstjänster under vissa förutsättningar ändå inte ska vara ansvariga för det tillgängliggörande som sker. Den ansvarsfriheten gäller oavsett om förlagan för en användares uppladdning i ett enskilt fall är laglig eller inte. Den påverkar däremot inte användarens ansvar för de upphovsrättsliga förfoganden som denne vidtar.

4. Förhållandet till e-handelsdirektivets ansvarsfrihetsregler – artikel 17.3

Bakgrund och synpunkter från referensgruppen

Under detta avsnitt i det tidigare underlaget behandlas frågan om direktivets förhållande till det s.k. e-handelsdirektivet, som genomförts i svensk lagstiftning genom lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. I underlaget konstateras att det som utgångspunkt bör införas särskilda ansvarsfrihetsregler i nationell rätt som gäller i stället för det som anges i 18 § den lagen (som motsvarar artikel 14 i e-handelsdirektivet).

I underlaget konstateras också att direktivet tar sin utgångspunkt i att det i dag råder rättslig osäkerhet om i vilken utsträckning ansvarsfrihetsreglerna i artikel 14 i e-handelsdirektivet överhuvudtaget är tillämpliga på Delningstjänster. Denna osäkerhet speglas också i de svar som inkommit till enheten från referensgruppens medlemmar. Något förenklat kan sägas att bland upphovsmannakollektivet och producentsidan är den dominerande uppfattningen att det som stadgas i artikel 17.3 redan gäller i dag (dvs. att det

inte finns någon ansvarsfrihet) medan det motsatta gäller bland leverantörer av innehållstjänster och användarorganisationer. Dessa skilda uppfattningar om vad som faktiskt gäller i dag, påverkar naturligtvis också bedömningen av hur direktivet bör genomföras. Det framförs dock, med något undantag, inte önskemål eller behov av att göra undantag från annat än den civilrättsliga ansvarsregleringen i 18 § lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. Från framför allt leverantörer av innehållstjänster har särskilt framhållits att artikel 17 inte ändrar e-handelsdirektivets tillämpning på andra områden än just upphovsrätten.

Enhetens kommentarer

Beroende på vilken uppfattning man har beträffande gällande rätt kan man naturligtvis komma till olika slutsatser om artikeln överhuvudtaget behöver medföra ändringar e-handelslagen. Det framstår som naturligt att den som menar att Delningstjänster inte heller enligt gällande rätt kan anses ansvarsfria enligt artikel 14 i e-handelsdirektivet, kan anse att någon närmare reglering av den frågan inte heller nu behövs.

Det är visserligen inte självklart att en aktör som anses vidta ett upphovsrättsligt relevant förfogande i form av överföring eller tillgängliggörande för allmänheten samtidigt kan komma i fråga för ansvarsfrihet enligt artikel 14 i e-handelsdirektivet. Som anges i det tidigare underlaget pågår ett antal mål i EU-domstolen som rör bl.a. just denna fråga. Det går därför inte att med någon visshet säga att det förhåller sig på det ena eller andra sättet.

Artikel 17.3 bör därför redan av den anledningen återges i svensk lagstiftning. Bestämmelsen bör kunna genomföras genom att i 18 § lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster föra in en hänvisning om att särskilda bestämmelser om ansvar för upphovsrättskyddat material i vissa fall finns i upphovsrättslagen. Det torde däremot inte finns något skäl att göra undantag från 19 § samma lag. Som påpekas av några aktörer gäller artikel 17.3 endast det upphovsrättsliga ansvar som artikel 17 reglerar och e-handelsdirektivets regler för andra situationer och material gäller alltså. Det framgår uttryckligen av direktivet och det är naturligtvis rimligt att det framgår tydligt även i svensk lagstiftning.

5. En ny ansvarsfrihetsreglering artikel 17.4–17.8

Bakgrund och synpunkter från referensgruppen

Inledningsvis kan det konstateras att det i det tidigare underlaget gjordes en del övergripande bedömningar om hur artikel 17 i direktivet närmare bör tolkas. Avsikten har, som då aviserades, varit att följa upp och fördjupa resonemanget kring dessa bedömningar mot bakgrund också av referensgruppens synpunkter och EU-kommissionens arbete med att ta fram riktlinjer för tillämpningen av artikel 17. EU-kommissionens arbete i dessa delar har dock ännu inte kommit så långt att något skriftligt underlag har presenterats och medlemsstaterna har heller ännu inte involverats i det arbetet. Innehållet i denna promemoria begränsas därför till en redogörelse för de synpunkter som inkommit och de ytterligare slutsatser som kan dras mot den bakgrunden. I avvaktan på EU-kommissionens arbete görs dock inte nu några bedömningar i detalj kring frågor om hur samarbetet mellan rättighetshavare och Delningstjänster (och i förekommande fall användare) bör se ut. När EU-kommissionen presenterar ett skriftligt underlag avser enheten att på det sätt och så långt det är möjligt involvera referensgruppen.

I det tidigare underlaget ges några förslag till övergripande synsätt på de delar av artikel 17 som gäller de åtgärder Delningstjänster ska vidta enligt 17.4 för att hållas ansvarsfria i förhållande till upphovsrättsliga förfoganden som sker via tjänsten. Bland annat redogörs för de tre moment Delningstjänster ska vidta enligt artikel 17.4 a-c med beaktande av det som framgår om proportionalitet i artikel 17.5 samt, när det gäller 17.4 b, hur man bör se på förhållandet till det som sägs i artikel 17.7 och 17.8 första stycket. Även frågor om de inskränkningar som genom artikel 17.7 nu i viss utsträckning görs obligatoriska för medlemsstaterna och direktivets förhållande till avtalsfriheten tas upp, liksom kravet på information i artikel 17.8.

Ett stort antal frågeställningar lyfts av de aktörer som yttrar sig. Leverantörer av innehållstjänster och användarorganisationer instämmer över lag helt eller delvis i de inledande utgångspunkter som anges i det tidigare underlaget. Upphovsmannakollektivet och producentsidan är däremot, på ett övergripande plan, av uppfattningen att direktivet ställer betydligt högre krav på Delningstjänster än vad underlaget ger uttryck för. Fokus i svaren ligger i

många och mycket på hur kravet på att ”göra vad man kan” (eng. best efforts) i artikel 17.4 ska förstås samt vilken betydelse skrivningen om proportionalitet i artikel 17.5 har för denna bedömning. Flera andra språkversioner av direktivet lyfts fram för jämförelse i denna del. Det framstår därutöver som att de olika synsätten i viss mån hänger samman med uppfattningarna om hur definitionen i artikel 2.6 bör tolkas och genomföras. Från flera aktörer framhålls också att det kan finnas risker med en allt för detaljerad reglering om vad detta i praktiken kan innebära, då det kan leda till en mindre flexibel lagstiftning som inte förmår att följa den tekniska utvecklingen.

När det gäller kravet på att göra vad man kan för att erhålla tillstånd i artikel 17.4 a resonerar flera aktörer, utöver de mer allmänna frågeställningarna ovan, kring förhållandet till avtalsfriheten. Att artikel 17.4 a inte innebär någon skyldighet för Delningstjänster att acceptera oskäligena licensvillkor synes de flesta vara överens om, inte minst med hänsyn till det som stadgas om proportionalitet i artikel 17.5. Däremot förekommer olika uppfattningar i fråga om vilka ansträngningar Delningstjänster behöver göra för att erhålla tillstånd och om bestämmelsen överhuvudtaget innebär en skyldighet för Delningstjänster att ingå licensavtal (under vissa förutsättningar). Det handlar alltså om den grundläggande frågan om avtalsfrihet.

När det gäller skyldigheten att hindra tillgång till sådant material som anmälts av rättsinnehavare kan konstateras att tre huvudsakliga intressen förs fram i referensgruppens svar. Det handlar dels om intresset av att kunna tillvarata sin upphovsrätt, dels om intresset av att inte få uppladdat material felaktigt borttaget eller blockerat samt om intresset av att kunna driva Delningstjänster utan en alltför betungande eller oförutsebar ansvarsreglering. Av naturliga skäl framförs det olika uppfattningar i fråga om hur avvägningen mellan dessa intressen närmare ska se ut. Vissa aktörer påpekar att möjligheterna till identifiering av material ser olika ut beroende på verkstyp och att lagstiftningen måste beakta detta. Det framförs även olika uppfattningar om förhållandet mellan artikel 17.4 b och 17.7, främst i fråga om artikel 17.7 begränsar eller till och med omöjliggör användning av automatiserad identifieringsteknik.

Beträffande inskränkningarna för citat, kritik, recensioner samt användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte som genom direktivet görs obligatoriska beträffande användning på Delningstjänster menar flera aktörer att dessa bör

införas som generella inskränkningar i 2 kap. upphovsrättslagen. Vissa deltagare, främst på rättighetshavarsidan, menar i stället att de flesta av dessa inskränkningar får anses inrymmas inom de befintliga inskränkningarna i upphovsrättslagen.

De flesta aktörer har delat bedömningen att förbudet mot en allmän övervakningsskyldighet i artikel 17.8 första stycket bör förstås som en påminnelse om vad som gäller enligt artikel 15 i e-handelsdirektivet och inte ändrar den senare bestämmelsen på något sätt. Särskilt lyfts EU-domstolens dom i mål C-70/10 (SABAM) fram i detta sammanhang och det förs (i olika riktningar) resonemang kring vilken betydelse avgörandet har för Delningstjänsters användning av automatiserad identifieringsteknik för att uppfylla kravet i artikel 17.4 b.

När det gäller skyldigheten för Delningstjänster att på begäran förse rättsinnehavarna med information i artikel 17.8 andra stycket delar de flesta svarande uppfattningen att bestämmelsen inte påverkar den befintliga rapporteringsskyldigheten som en användare har enligt 9 kap. 5 § lagen om kollektiv förvaltning av upphovsrätt. Det har dock från upphovsmannakollektivet påpekats att rapporteringsskyldigheten i nu aktuellt direktiv även omfattar information som inte regleras av lagen om kollektiv förvaltning av upphovsrätt och därmed bör anses komplettera den lagen i dessa avseenden.

Beträffande den övergripande frågan om förhållandet mellan artikel 17 och avtalsfriheten förekommer i princip två synsätt. Det ena är att direktivet faktiskt tillerkänner användare ett antal rättigheter, både gentemot rättsinnehavare men också Delningstjänster. Det skulle betyda att t.ex. användarvillkor som strider mot dessa rättigheter inte kan göras gällande mot en användare. Det andra synsättet är att direktivet inte begränsar avtalsfriheten i dessa avseenden.

Enbetens kommentarer

Som många av referensgruppens medlemmar lyfter fram finns det på ett övergripande plan naturligtvis ett stort intresse av att den svenska regleringen i anledning av artikel 17 ligger i linje med övriga medlemsstaters med hänsyn till de aktuella tjänsternas gränsöverskridande natur. Som konstaterats har det arbetet – av uppenbara skäl – ännu inte kommit så långt som var avsett. Det kan alltså finnas anledning att göra delvis andra

överväganden sedan EU-kommissionen presenterat sina slutsatser. I nuläget kan dock följande sägas.

Av de olika synpunkterna som inkommit från referensgruppens medlemmar står klart att innebörden av begreppet *göra vad man kan* har gett upphov till relativt vitt skilda tolkningar. Det kan också konstateras att det föreligger vissa skillnader mellan de olika språkversionerna i detta avseende, där den engelska språkversionen anger att Delningstjänsten ska vidta ”*best efforts*” i olika avseenden.

Bestämmelserna i artikel 17 kan på ett övergripande plan sägas ge uttryck för tre intressen som enligt EU-lagstiftaren samtidigt måste värnas. Det handlar naturligtvis om att säkerställa rättighetshavares möjligheter att ingå avtal på rimliga villkor men också att skydda sina rättigheter från olovliga utnyttjanden. Detta intresse utgör bakgrunden till regleringen om att Delningstjänster ska anses förfoga upphovsrättsligt över materialet som laddas upp. Det andra intresset är att säkerställa att Delningstjänster har rimliga förutsättningar att verka på den europeiska marknaden. Detta intresse utgör bakgrunden till regleringen om att Delningstjänster under vissa förutsättningar inte ska anses ansvara för det uppladdade materialet. Det tredje intresset avser att skydda användarnas yttrande- och informationsfrihet och det intresset utgör bakgrunden till reglerna om att samarbetet mellan rättighetshavare och Delningstjänster inte får leda till att lovlig användning hindras och att användarna ska kunna förlita sig på vissa undantag och inskränkningar samt kunna få rättelse om material felaktigt plockas bort.

Dessa utgångspunkter och den övergripande balans som eftersträvas i direktivet är inte oväsentliga när det kommer till tolkningen av vad som utgör *best efforts*. Det är riktigt som någon av referensgruppens medlemmar lyfter fram att begreppet *best efforts* förekommer i andra sammanhang. Det är också riktigt att det i avtalsrättsliga sammanhang inom framförallt anglosaxisk rätt innebär ett mycket högt ställt krav. Det innebär emellertid inte nödvändigtvis att begreppet ska anses ha samma innebörd i det här sammanhanget. Det är dessutom så att direktivet tydligt anvisar vissa grunder för bedömningen av om kravet på *best efforts* ska anses uppfyllt. Här föreskriver direktivet en helhetsbedömning varvid en mängd olika faktorer ska beaktas och proportionalitetsprincipen iakttas. Enhetens bedömning är att det genom detta står klart att direktivet inte ställer upp ett så högt krav att

Delningstjänsten ska vidta alla åtgärder som i och för sig är möjliga att vidta, utan att kravet är lägre ställt än så, men att vilka åtgärder som behöver vidtas naturligtvis kan variera med hänsyn till bl.a. tjänstens förutsättningar.

Exakt var ribban ligger för vilka ansträngningar som måste vidtas är alltså inte alldeles enkelt är ringa in. I praktiken kan detta också bli beroende av de kommande riktlinjerna från EU-kommissionen, i vart fall vid en bred efterlevnad av dessa. Det talar – som många aktörer är inne på – för att den svenska lagstiftningen bör ligga nära direktivet i dessa avseenden. Samtidigt är det naturligtvis viktigt att den svenska lagtexten blir begriplig och att motsägelsefulla skrivningar undviks. I det sammanhanget bör det ju också understrykas att på samma sätt som *best efforts* i den här kontexten inte nödvändigtvis betyder samma sak som i internationella kontraktsrättsliga sammanhang gäller detsamma för uttrycket ”skäliga åtgärder”. Vad som utgör skäliga åtgärder måste ta sin utgångspunkt i direktivet och dess syfte och så småningom också fyllas med det ytterligare innehåll som rättstillämpningen och ytterst EU-domstolen lägger i det. Det är också önskvärt att finna en lagregel som på ett enklare sätt ger uttryck för de överväganden som ska göras, men som samtidigt ger utrymme för att beakta alla dessa aspekter som kan aktualiseras. Möjligen kan det uttryckas tydligare och mer närliggande direktivet på det sättet att Delningstjänsterna i dessa avseenden ska visa att de gjort vad som ”*skäligen kan krävas*” av dem i de avseenden som anges i artikel 17.4 a–c. ***Enheten tar gärna emot referensgruppens medlemmars ytterligare synpunkter i denna del.*** Det bör i sammanhanget också framhållas att det – som flera aktörer påpekar – framgår uttryckligen av direktivet att det är Delningstjänsten som ska *visa* att man gjort det som krävs enligt artikel 17.4 a–c.

När det gäller kravet på att göra vad man kan för att *erhålla tillstånd* i artikel 17.4 a talar – som redogjordes för i det tidigare underlaget – ordalydelsen för att det faktiskt innefattar en skyldighet för Delningstjänster att också, under vissa förutsättningar, teckna de licensavtal som erbjuds av rättsinnehavare. De förutsättningar för ansvarsfrihet som anges i artikel 17.4 är kumulativa och man torde inte kunna välja att avstå från att ingå avtal och i stället endast agera enligt punkterna b och c. En annan tolkning skulle också innebära att artikel 17.4 a i praktiken skulle sakna betydelse. Det innebär emellertid inte att det finns en absolut skyldighet att ha försökt ingå avtal för alla rättigheter som kan beröras. I den frågan kan följande tilläggas utöver det som redan konstaterats i det tidigare underlaget. Delningstjänster kan verka under en

mängd olika förutsättningar och med mycket olika inriktning. En Delningstjänst kan till exempel vara helt dedikerad till ett visst innehåll, t.ex. bildmaterial. Även på en sådan tjänst kan det naturligtvis undantagsvis hända att annat material laddas upp, t.ex. musikinspelningar. Det framstår inte som vare sig proportionerligt eller skäligt att en sådan Delningstjänst – i syfte att säkerställa att den har tillstånd för de få musikinspelningar som kan komma att laddas upp – skulle behöva vidta omfattande åtgärder för att kontakta rättighetshavare och ingå avtal beträffande alla de rättigheter som eventuellt kan beröras. Här skulle typiskt sett transaktionskostnaden för klareringen överstiga vinsten för alla parter, även om det naturligtvis skulle bli mest betungande för Delningstjänsten. Enhetens bedömning är också alltför direktivet inte ställer upp några sådana krav. EU-kommissionen har gett uttryck för motsvarande uppfattning. Situationen kan emellertid behöva bedömas annorlunda om musikinspelningar förekommer mer frekvent och det finns tillgängliga licenser som erbjuder rimliga villkor i förhållande till i vilken utsträckning det förekommer sådant material.

Det som nu och i det tidigare underlaget sagts om vad som ska anses ligga i uttrycket *best efforts* och hur detta ska tolkas i ljuset också av artikel 17.5 gäller också i förhållande till de åtgärder som kan behöva vidtas enligt punkterna b och c. När det gäller frågan om att hålla Delningstjänsten fri från sådant material som anmälts av rättighetshavare måste emellertid också beaktas det som sägs i artikel 17.7 om att samarbetet mellan tjänsten och rättsinnehavarna inte bör leda till att det inte går att få tillgång till verk som laddats upp av användare och som inte utgör intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter, inbegripet när sådana verk omfattas av ett undantag eller inskränkning.

Denna fråga har också ägnats stort utrymme i EU-kommissionens pågående dialoger mellan berörda intressenter. Den har också ett visst samband med frågan om hur artikel 17 förhåller sig till avtalsfriheten. I korthet kan konstateras att det finns tre huvudsakliga sätt att se på förhållandet mellan bestämmelserna. Det första är att tillåten användning enligt artikel 17.7 som felaktigt blockerats eller tagits bort får hanteras inom ramen för klagomåls- och avhjälpmekanismen i artikel 17.9 *i efterhand*. Det andra synsättet är att artikel 17.7 mer eller mindre innebär ett *absolut förbud* för Delningstjänster att överhuvudtaget vidta åtgärder som riskerar att felaktigt blockera eller ta bort sådant material. Det tredje synsättet ligger mer i linje med det som framförs i det tidigare underlaget från enheten om att bestämmelserna får

anses 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. Här kan man konstatera att det finns olika uppfattningar bland referensgruppens medlemmar och enheten tar i avvaktan på EU-kommissionens underlag i frågan med sig de inkomna synpunkterna i det fortsatta arbetet. Här kan dock följande framhållas.

Även om artikel 17 som tidigare konstaterats bygger på att finna en balans mellan flera olika intressen syftar bestämmelsen i grunden till att förbättra situationen för kulturskapare och andra rättighetshavare. I dag bygger rättighetshanteringen på många plattformar på automatiska identifieringstekniker. Det förekommer naturligtvis att det som ett resultat av användandet av sådan teknik felaktigt plockas bort material. Detsamma gäller när sådana åtgärder vidtas manuellt. Oavsett vilket system som väljs i ett enskilt fall kommer det alltså ofrånkomligen att förekomma felaktigheter. En tolkning som skulle innebära att varje åtgärd som riskerar att medföra också felaktiga blockeringar eller nedtagningar skulle vara otillåten skulle i princip innebära att inte heller riktiga åtgärder skulle kunna vidtas. Det skulle innebära ett rejält kliv bakåt för upphovsmän och andra rättighetshavares möjligheter att göra sina rättigheter gällande. Det skulle inte heller innebära en rimlig balans mellan dessa två grundläggande intressen. En sådan tolkning framstår därför som alltför långtgående.

Detsamma gäller en tolkning som innebär att man endast i efterhand – och i samband med ett eventuellt klagomål – skulle behöva ta hänsyn till om material plockats bort eller blockerats på felaktiga grunder. Användarnas rätt att t.ex. tillgängliggöra material med stöd av vissa inskränkningar uttrycks – sett till hela artikel 17 – i termer av rättigheter, vilket också ligger i linje med den praxis som etablerats i EU-domstolen. Som konstaterades i det tidigare underlaget ligger det alltså nära till hands att uppfatta direktivet i denna del som att det syftar till att upprätthålla en rimlig balans mellan rättighetshavares och användares intressen och att de åtgärder som vidtas måste ta hänsyn till de grundläggande rättigheter som båda dessa intressen vilar på. Några av referensgruppens medlemmar har lämnat detaljerade förslag på hur denna balans i praktiken skulle kunna upprätthållas, t.ex. genom att hantera exakta kopior på ett annat sätt än material som skulle kunna vara tillåtet att använda med stöd av t.ex. en inskränkning, men också om alternativ till automatiska identifieringstekniker. ***Enheten tar gärna***

emot fler sådana konkreta förslag till hur samarbetet mellan rättighetshavare och Delningstjänster kan fungera.

När det kommer till inskränkningarna för citat, kritik, recensioner samt användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte menar flera av referensgruppens medlemmar att dessa bör införas som generella inskränkningar i upphovsrättslagen. Det är också lätt att instämma i att det är önskvärt att svensk lagstiftning ser likadan ut oberoende av i vilket sammanhang eller på vilken typ av tjänst ett utnyttjande sker.

Direktivet tar i denna del sikte på de befintliga inskränkningarna i infosoc-direktivets artikel 5.3. d och artikel 5.3 k. Enligt den förstnämnda av dessa artiklar får medlemsstaterna föreskriva en inskränkning för citat för användning i t.ex. kritik och recensioner, förutsatt att de avser ett verk eller annat alster som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten, att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt, och att användningen sker i enlighet med god sed samt i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet.

I svensk rätt finns en inskränkning till förmån för citat. Enligt 22 § upphovsrättslagen får var och en citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet. Enligt 3 § ska vidare upphovsmannen anges i den omfattning och på det sätt god sed kräver då exemplar av verket framställs eller görs tillgängligt för allmänheten. Enligt 11 § gäller dessutom att när verk återges med stöd av en inskränkning så ska källan anges i den omfattning och på det sätt som god sed kräver.

Den citaträtt som finns i svensk rätt ger alltså, på motsvarande sätt som i direktivet, möjligheter att citera för t.ex. kritik och recensioner och den omfattar endast offentliggjorda verk. Också vad som sägs om god sed och i vilken omfattning verket får återges är förenligt med direktivet. De svenska bestämmelserna skiljer sig dock något från direktivet när det gäller kravet på namn- och källangivelse. I samband med genomförandet av infosoc-direktivet bedömdes dock de svenska bestämmelserna vara förenliga med detta. Det kan konstateras att EU-domstolen därefter i ett antal domar prövat förutsättningarna för nationella bestämmelser om inskränkningar som sker med stöd av artikel 5 i infosoc-direktivet. Av dessa avgöranden kan den allmänna slutsatsen dras att medlemsstaternas möjligheter att själva

bestämna över den närmare utformningen av inskränkningar är mer begränsade än vad som antogs vara fallet då infosoc-direktivet genomfördes i svensk rätt.

Den eventuella avvikelser som – i förhållande till infosoc-direktivet – finns i svensk rätt när det gäller namn- och källangivelse gäller dock inte enbart för citaträtten. Mot den bakgrunden och då svensk rätt inte ger ett mer begränsat utrymme för citat än det som möjliggörs enligt infosoc-direktivet, ligger det nära till hands att inte nu föreslå några ändringar i svensk rätt vad gäller möjligheterna till citat. ***Enheten tar dock gärna emot referensgruppens synpunkter i denna del.***

När det gäller användning i karikatyr-, parodi-, eller pastischsyfte konstateras i det tidigare underlaget att svensk rätt inte innehåller något uttryckligt sådant undantag, men att sådan användning ändå har ansetts tillåten. Även om svensk rätt alltså skulle kunna anses ge det utrymme som direktivet föreskriver redan i dag talar tydlighetsskäl starkt för att en uttrycklig inskränkning för dessa ändamål nu bör införas.

Infosoc-direktivet innehåller inte några ytterligare kvalificerande element än att medlemsstaterna får tillämpa inskränkningar för användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte. Som ovan nämnts följer det av EU-domstolens praxis att medlemsstaternas möjligheter att själva avgöra avgränsningarna av inskränkingsbestämmelser är relativt begränsad (se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-516/17 [Spiegel Online]). Enligt det avgörandet gäller bl.a. att medlemsstaterna måste iaktta samtliga rekvisit i den motsvarande unionsrättsliga bestämmelsen då en inskränkning införs i nationell rätt.

Det är alltså inte möjligt att utelämna rekvisit som följer av bestämmelserna i artikel 5 då en inskränkning införs i nationell rätt. Det är däremot inte helt självklart att dra slutsatsen att EU-domstolen uppställt ett förbud mot att i vissa avseenden begränsa inskränkningens räckvidd i förhållande till det utrymme EU-rätten ger medlemsstaterna.

När det gäller just parodier finns emellertid också praxis från EU-domstolen som talar för att möjligheterna att avgränsa inskränkningens räckvidd i olika avseenden i nationell rätt är synnerligen begränsade (se EU-domstolens avgörande i mål C-201/13 [Deckmyn och Vrijheidsfonds]). Av avgörandet följer dock också att det i det konkreta fallet ska iakttas en skäligen avvägning mellan å ena sidan intressena och rättigheterna för de personer som avses i

artiklarna 2 och 3 i direktivet och å andra sidan yttrandefriheten för en användare av ett skyddat verk som stöder sig på parodiundantaget i nämnda artikel 5.3 k. Det som nu sagts talar för att införa en inskränkning i svensk rätt som följer ordalydelsen i infosoc-direktivet. ***Enheten vill dock gärna ha synpunkter från referensgruppens medlemmar i denna fråga.***

Beträffande artikel 17.8 första stycket har enheten i nuläget inte något ytterligare att anföra än det som redogjordes för i det tidigare underlaget. ***Enheten tar dock med sig de inkomna synpunkterna i denna del i det fortsatta arbetet.***

När det gäller rapporteringsskyldigheten i artikel 17.8 andra stycket bör en bestämmelse som återger denna införas i svensk lagstiftning. I avvaktan på EU-kommissionens fortsatta arbete har enheten därutöver inte något ytterligare att tillägga till det som konstaterades i det tidigare underlaget.

Vad slutligen gäller frågan om avtalsfrihet i förhållande till de användarrättigheter som anges, främst i artikel 17.7 kan följande konstateras. Direktivets ordalydelse talar för att det ger användare vissa rättigheter som inte kan avtalas bort (artikel 17.7 jämfört med artikel 17.9). Med detta sagt kan artikel 17 dock naturligtvis inte förstås som att den fråntar Delningstjänster friheten att själva välja vilken typ av material som får tillgängliggöras på tjänsten och att frågor om detta regleras i aktuella användarvillkor. De rättigheter användarna ges genom direktivet måste förstås i relation till de skyldigheter som åläggs Delningstjänster enligt artikel 17.4. En Delningstjänst kan till exempel således inte genom sina användarvillkor frånta en användare möjligheten att ladda upp verk inom ramen för en inskränkning endast på den grunden att det handlar om användning inom ramen för just en inskränkning. På samma sätt kan en Delningstjänst inte heller genom sina användarvillkor förbehålla sig rätt att vidta åtgärder för att hindra tillgång till sådant material som anmälts av rättsinnehavare enligt artikel 17.4 b på ett sätt som leder till att sådan användning som stadgas i artikel 17.7 i praktiken omöjliggörs. Med detta sagt är det naturligtvis ändå möjligt för en Delningstjänst att blockera eller ta bort innehåll som visserligen faller in under artikel 17.7, under förutsättning att det strider mot användarvillkoren i övrigt eller mot lag. En Delningstjänst som exempelvis är inriktad på temat fiske torde alltså få blockera eller ta bort material som inte följer detta tema, även om det skulle vara exempelvis en parodi.

6. Tvistlösning – artikel 17.9

Bakgrund och synpunkter från referensgruppen

I det tidigare underlaget behandlas i detta avsnitt direktivets krav på Delningstjänster att tillhandahålla en klagomåls- och avhjälpningsmekanism och kravet på medlemsstaterna att tillse att det finns möjlighet till alternativ tvistlösning och domstolsprövning.

På ett övergripande plan påtalar flera av referensgruppens medlemmar att genomförandet bör ske på liknande sätt inom hela EU för att minska risken för så kallad ”forum shopping”. Därutöver förs olika resonemang om hur klagomål ska behandlas för att det ska kunna anses ha skett utan ”otillbörligt dröjsmål”. Det finns också mer konkreta förslag på hur material bör hanteras när klagomåls- och avhjälpningsmekanismen aktiveras. Olika förslag och synpunkter kopplade till kravet på alternativ tvistlösning har framförts. Och det finns olika syn på vad Delningstjänstens roll egentligen bör vara i dessa situationer. Olika uppfattningar kring kravet på en *motiverad begäran* från rättsinnehavare kopplat till det liknande kravet på *välgrundad underrättelse* i artikel 17.4 framförs också. Detsamma gäller förhållandet mellan begreppet *legitim användning* och den användning som uttryckligen anges i artikel 17.7. De flesta synes dock vara överens om att det som sägs om personuppgifter och identifiering av enskilda användare endast är en påminnelse om gällande rätt i dessa avseenden.

Enhetens kommentarer

Direktivets regler om tvistlösning är centrala för att skydda användarnas rättigheter, inte minst när det gäller möjligheterna att utnyttja verk och andra skyddade prestationer med stöd av olika inskränkningar i upphovsrätten. Systemet bygger på tanken att det ska vara möjligt att få sin sak prövad, i en eller annan form, såväl inom som utom Delningstjänstens regi. Utöver den klagomåls- och avhjälpningsmekanism som Delningstjänsten ska tillhandahålla regleras i direktivet även möjligheterna till alternativ tvistlösning och sedvanlig domstolsprövning.

När det gäller hur den förstnämnda mekanismen ska organiseras och fungera har enheten fått värdefull input från flera aktörer. Enheten tar med sig dessa

förslag i det fortsatta arbetet, men välkomnar självklart också ytterligare synpunkter i denna del.

Enheten vill dock i detta sammanhang och i anledning av de svar som kommit in lyfta en mer grundläggande fråga som gäller Delningstjänsternas ställning inom ramarna för tvistlösningen. Några aktörer har gett uttryck för uppfattningen att tjänsterna vare sig har något ansvar för att besluta i tvistefrågor eller någon partsställning i de tvister som kan aktualiseras. Andra aktörer tycks ta sin utgångspunkt i förutsättningen att tjänsterna har ett sådant ansvar och/eller en sådan ställning även om frågan inte uttryckligen berörs i de svar som kommit in.

De tvister som direktivet avser att skapa en ordning för att hantera gäller i grunden förhållandet mellan användare och rättighetshavare, i så måtto att de ofta kan ha olika syn på tillåtligheten av en viss användning. Det skulle kunna tala för att klagomåls- och avhjälpningsmekanismen (och tvistlösningen i övrigt) i första hand bör inriktas på att lösa meningsskiljaktigheter mellan dessa båda parter. Det kan samtidigt konstateras att direktivet ger användarna vissa rättigheter. Dessa tycks i vissa avseenden gälla gentemot Delningstjänsterna. Av artikel 17.9 följer att en Delningstjänst i sina användarvillkor ska informera användare om rätten att använda sig av innehåll inom ramarna för inskränkningar och enligt artikel 17.7 får de åtgärder en Delningstjänst vidtar (tillsammans med rättighetshavare) inte leda till att det inte går att få tillgång till lovligt upplagt innehåll. Det framstår enligt enheten därför som mycket tveksamt att tolka direktivet som att det möjliggör en ordning där Delningstjänst i praktiken helt står utanför den tvistlösningssystem som nu ska finnas på plats (förutom att tillhandahålla mekanismen). För det fall Delningstjänsten skulle stå utanför tvistlösningssystemet infinder sig också frågan hur det ska säkerställas att resultatet av denna får återverkningar för tjänstens agerande i de fall en användare får ”rätt” när det gäller huruvida en viss användning utgör till exempel en parodi. ***Enheten tar mot denna bakgrund gärna mot ytterligare synpunkter från referensgruppen när det gäller Delningstjänsternas ansvar för beslutsfattande och deras eventuella partsställning inom ramarna för tvistlösningen.***

När det sedan gäller kravet på medlemsstaterna att säkerställa att det finns mekanismer för tvistelösning utom domstol kan konstateras att direktivet är mycket allmänt hållet på denna punkt. Skrivelserna i skälen om flexibilitet för

medlemsstaterna beträffande kostnadsfördelning m.m. torde innebära att det i princip räcker med att hänvisa till ett sedvanligt skiljeförfarande för att uppfylla direktivets skyldigheter. En annan möjlighet skulle vara att, som anges i det tidigare underlaget, ålägga Delningstjänsten att också tillhandahålla möjlighet till prövning i ett särskilt för ändamålet upprättat opartiskt organ eller genom till exempel en extern medlare eller skiljeman. Från framför allt användarorganisationer har dock framhållits att användarna inte rimligen bör stå kostnaden för ett sådant förfarande och det har lämnats förslag som i stället går ut på att någon typ av organ eller ombudsman i stället bör inrättas. *Enheten tar med sig dessa och övriga synpunkter som inkommit i denna och övriga frågor med anknytning till alternativ tvistlösning i det fortsatta arbetet.*

7. EU-kommissionens riktlinjer – artikel 17.10

EU-kommissionen påbörjade under hösten de dialoger med berörda parter som föreskrivs i direktivet. Sex möten har hittills hållits med företrädare från olika rättsinnehavare, Delningstjänster och teknikföretag samt användarorganisationer och andra organisationer från civilsamhället. De första två mötena ägnades åt anföranden från de olika aktörerna där de fick presentera sin syn på artikel 17 och vad de kommande riktlinjerna från EU-kommissionen bör innehålla. Följande två möten ägnades åt att diskutera mer riktade frågeställningar som tagits fram av EU-kommissionen. Olika aktörer har i detta sammanhang även hållit presentationer kring bl.a. olika typer av igenkänningsteknik som i dag används och finns tillgänglig på marknaden. De senaste två mötena har haft ett mer framåtblickande fokus på vad de kommande riktlinjerna bör ha för innehåll.

Det kan konstateras att EU-kommissionen hittills inte delat med sig av sina egna tankar kring vad riktlinjerna kan komma att innehålla. Medlemsstaterna har inte heller involverats i planeringen av mötena eller vid utformningen av de frågeställningar som diskuterats. Dock har kommissionen tidigare meddelat att det i anslutning till det sedermera inställda mötet den 30 mars 2020 skulle komma att ske en skriftlig konsultation där deltagarna och medlemsstaterna skulle ges tillfälle att ge synpunkter på förslag och idéer som presenteras. Enligt uppgift från EU-kommissionen pågår arbetet med

konsultationen alltjämt och förhoppningen är att kunna presentera denna i närtid. Någon mer detaljerad tidsplan för arbetet har dock inte getts. Det är alltså fortfarande oklart när de färdiga riktlinjerna kommer att presenteras och vad dessa närmare kommer att innehålla. Utifrån ett svenskt perspektiv är detta naturligtvis i viss mån otillfredsställande med tanke på tidsplanen för det nationella lagstiftningsarbetet, där en departementspromemoria är tänkt att remitteras efter sommaren 2020. Som anges i underlaget från den 23 september 2019 är riktlinjer från EU-kommissionen inte juridiskt bindande för rättstillämparen, men sådana ger ändå en bild av hur EU-kommissionen tolkar lagstiftningen. I detta fall skulle också en eventuell samsyn, helt eller delvis, mellan berörda aktörer gällande framför allt Delningstjänsternas skyldigheter enligt artikel 17.4 kunna få betydelse för bedömningen av huruvida en Delningstjänst agerat i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed enligt artikel 17.4 b). Utifrån de möten som hållits i Bryssel framstår det dock hittills som mindre realistiskt att dessa skulle leda fram till konkreta överenskommelser som samtliga berörda parter fullt ut kan stå bakom.