

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

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

1 INLEDNING

- 1.1 Den främsta uppgiften för ICC är som bekant att främja den internationella handeln och underlätta för företag att möta de möjligheter och utmaningar som följer av en ständigt ökande globalisering. En viktig förutsättning för den internationella handeln är skyddet för immateriella rättigheter. ICC ställer sig därför överlag positiv till genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv.
- 1.2 Det är emellertid återigen värt att poängtera att det är av yttersta vikt att lagstiftningen inte blir så betungande för marknadens aktörer att den internationella handeln hämmas. Syftet med den aktuella lagstiftningen och de intressen som lagstiftningen avser att skydda måste således noggrant vägas mot de kostnader och olägenheter som kan uppkomma för aktörerna på marknaden. Det är med andra ord viktigt att proportionalitetshänsyn ges en framträdande roll under lagstiftningsarbetet och i den färdiga lagstiftningsprodukten.
- 1.3 Mot denna bakgrund har ICC valt att särskilt uttala sig på ett antal punkter i Justitiedepartementets promemoria av den 22 maj 2020 ("**Promemorian**"). Samtliga punkter berör aspekter där det, enligt ICC:s mening, finns ett särskilt stort behov av sådana proportionalitetshänsyn som anförts ovan.
- 1.4 Som framgår enligt nedan vidmakthåller ICC, i allt väsentligt, de ståndpunkter som framfördes i det tidigare lämnade yttrandet av den 3 december 2019 avseende genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv ("**Yttrandet**"). För mer utförliga resonemang kring dessa ståndpunkter hänvisas till Yttrandet.

2 ANSVARSSUBJEKT ENLIGT DE NYA BESTÄMMELSERNA – SÄRSKILT ARTIKEL 2.6

- 2.1 **Går det att i lagtext precisera vad som avses med "en stor mängd verk" enligt artikel 2.6 i direktivet?**
 - 2.1.1 ICC är, som framgår av Yttrandet, av uppfattningen att bedömningen avseende vad som ska utgöra "en stor mängd verk" bör göras från fall till fall i enlighet med skäl 63. Vidare anser ICC fortsatt att det, vid genomförandet i svensk lagstiftning, vore önskvärt med ytterligare preciseringsringar av hur bedömningen av vad som ska anses utgöra "en stor mängd verk" ska utföras. Sådana preciseringsringar kan genomföras genom att vägledning för vad som utgör "en

stor mängd verk” så långt som möjligt anges i de svenska förarbetena, exempelvis genom att delar av det som lyfts fram i skäl 63 till direktivet uttryckligen anges i förarbetena.

2.1.2 Utöver det som sagts ovan framgår det av Promemorian att vad som anses utgöra *”en stor mängd upphovsrättsskyddade verk*” kan variera beroende på vilken verkstyp det är fråga om. Även om så kan vara fallet – bedömningen ska som bekant göras *”från fall till fall*” – vill ICC understryka att en sådan aspekt i möjligaste mån bör preciseras under lagstiftningsarbetet, förslagsvis i förarbetena till den svenska genomförandelagstiftningen. Över huvud taget bör de faktorer som adderas till de som anges i skäl 63 konkretiseras. Annars riskerar tillägg att bidra till ytterligare oklarheter.

2.1.3 Det bör i detta sammanhang uppmärksammas att preciseringar och klargöranden av EU-rätt i svenska förarbeten kan medföra vissa komplikationer. Komplikationerna ligger i att det ytterst är upp till EU-domstolen att bedöma den närmare gränsdragningen av tolkningsfrågor, vilket skulle kunna få till följd att svenska aktörer kan komma att få sina tolkningar underkända i EU-domstolen. Mot bakgrund av att det idag saknas klargöranden från EU avseende de tolknings- och tillämpningsfrågor som finns i artikel 17 anser dock ICC att klargöranden och preciseringar i svenska förarbeten är den i nuläget bästa lösningen.

2.2 Vad krävs för att en tjänst ska anses ha delning av innehåll som *”ett huvudsyfte*” enligt artikel 2.6 i direktivet?

2.2.1 Utöver det som anges i skäl 62 framgår av Promemorian att det är viktigt att klargöra 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. Detta eftersom en tjänst kan uppfylla definitionen i artikel 2.6 om man avgränsar tjänsten till en enskild tjänst men eventuellt inte om man ser tjänsten som en del av en större helhet. Utan att närmare gå in på denna bedömning vill ICC understryka att det finns ett behov av att klargöra detta i det svenska lagstiftningsarbetet, exempelvis i förarbetena.

2.2.2 Av Promemorian framgår också att kravet avseende *”ett huvudsyfte*” ofta bör vara uppfyllt om kravet avseende *”en stor mängd*” är uppfyllt. Även om så kan vara fallet i praktiken, vill ICC understryka att det rör sig om två olika krav som båda måste vara uppfyllda för att det ska röra sig om en Delningstjänst. Att det ena kravet anses uppfyllt bara på den grunden att det andra kravet är uppfyllt skulle innebära att ett av kraven blir innehållslöst. Detta kan knappast ha varit tanken. ICC framhåller därmed vikten av att i det svenska lagstiftningsarbetet hålla isär kraven avseende *”ett huvudsyfte*” och *”en stor mängd*”.

2.2.3 ICC:s ståndpunkt i denna del kan sammanfattas med att kravet avseende *”ett huvudsyfte*” bör preciseras så långt som möjligt i det svenska lagstiftningsarbetet. Framförallt bör vägledning ges avseende vad som anses vara *”ett huvudsyfte*”, samtidigt som kravet hålls isär från vad som utgör en *”stor mängd*”.

3 ANSVAR FÖR UPPHOVSRÄTTSSKYDDAT MATERIAL ENLIGT DE NYA BESTÄMMELSERNA – SÄRSKILT ARTIKEL 17.4, 17.5 OCH 17.7

3.1 Vilka överväganden/konkretiseringar bör göras i den svenska lagtexten när det kommer till Delningstjänstens skyldigheter enligt artikel 17.4 i direktivet?

3.1.1 I enlighet med Yttrandet såväl som med Promemorian vill ICC återigen framhålla att de skyldigheter som föreskrivs i artikel 17.4 inte är absoluta skyldigheter. Det faktum att ingen

skyldighet i artikel 17.4 är absolut bedöms enligt ICC vara ändamålsenligt. Detta eftersom motsatsen vore allt för betungande för marknadens aktörer.

- 3.1.2 ICC anser alltså att en proportionalitetsbedömning ska göras i varje enskilt fall i enlighet med artikel 17.5 samt att en uttrycklig proportionalitetsprincip bör införas i den svenska lagtexten. I fråga om utgångspunkten för proportionalitetsbedömningen och de faktorer som ska beaktas bör återigen framhållas att begreppet *"åtgärder som en samvetsgill operatör skulle ha vidtagit"* i skäl 66 till direktivet är svårdefinierat. ICC förespråkar istället att uttrycket *"skäligen kan krävas"*, som lyfts fram i Promemorian, används i den svenska lagtexten. Vid en första anblick kan förvisso tyckas att uttrycket *"skäligen kan krävas"* ligger på en lägre nivå än uttrycket *"har gjort vad de har kunnat"*. En viss åtgärd kan nämligen ha varit möjlig att genomföra samtidigt som det inte är skäligt att kräva att åtgärden ska genomföras. Uttrycket *"skäligen kan krävas"* är dock fördelaktigt av bland annat följande anledningar. För det första, bör det, som anförs i Promemorian, efter en sammanhängande bedömning av direktivet stå 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 än så. För det andra, passar uttrycket väl in i den svenska rättstraditionen, vilket också framförs i Promemorian. För det tredje, ger skäl 66, enligt ICC:s mening, stöd för att en skälighetsbedömning låter sig göras. Detta eftersom vad som *"skäligen kan krävas"* bör motsvara sådana *"åtgärder som en samvetsgill operatör skulle ha vidtagit"*. I begreppet samvetsgill ligger med andra ord en skälighetsaspekt.
- 3.1.3 Som framgår av Yttrandet bör proportionalitetsbedömningen, enligt ICC:s mening, säkerställa att skyldigheten att vidta åtgärder inte blir oskäligt betungande för marknadens aktörer. Således vill ICC återigen framhålla att faktorer, såsom Delningstjänstens årsomsättning och marknadsandelar, antalet besökare per år samt hur länge tjänsten varit tillgänglig för allmänheten, särskilt beaktas. Dessutom bör, utöver faktiska kostnader som åtgärderna medför, hänsyn tas även till andra eventuella olägenheter som kan uppkomma för Delningstjänsterna. Även sannolikheten för att otillåtet material kan komma att läggas upp på tjänsten bör beaktas.
- 3.2 **Vad bör utgångspunkten vara för den intresseavvägning som ska göras mellan ändamålet att hindra tillgång till olovligt material enligt artikel 17.4 och skyddet för användarnas rättigheter enligt artikel 17.7?**
- 3.2.1 Som anförs i Yttrandet anser ICC att utgångspunkten för intresseavvägningen bör vara att ett starkt skydd för immateriella rättigheter ger ökade förutsättningar för en god och lönsam internationell handel. Som tidigare nämnts måste dock även beaktas att genomförandet av EU:s nya upphovsrättsdirektiv inte ska bli oskäligt betungande för marknadens aktörer. En viktig faktor i detta avseende är vilka krav som kan ställas på Delningstjänsterna i fråga om tekniska lösningar samt vilken komplexitet i de metoder som dessa måste ha på plats för att uppfylla skyldigheterna enligt artikel 17.4. ICC:s mening är alltså att skyddet för användarnas rättigheter, i form av risken för att lovligt material hindras eller tas bort, inte får föras så långt att orimliga eller alltför betungande krav ställs på Delningstjänsterna.
- 3.2.2 I sammanhanget är det värt att understryka att artikel 17, enligt den uppfattning som redogörs för i Promemorian, i grunden syftar till att förbättra situationen för kulturskapare och andra rättighetshavare. Det ska dock tilläggas att oavsett vilket system som används kommer felaktigheter att förekomma, således kan inte varje åtgärd som innebär en risk för att lovligt material tas bort vara förbjuden.
- 3.2.3 ICC vill också återigen peka på att artikel 17.9 i direktivet har till särskilt syfte att skydda användarnas rättigheter och intressen i nu berört hänseende. Således är ICC:s uppfattning att

de svårigheter och eventuella olägenheter som kan komma att uppstå för användarna i stor utsträckning bör kunna lösas genom den klagomåls- och avhjälpningsmekanism som ska tillhandahållas enligt artikel 17.9. Detta innebär inte att all tillåten användning som enligt artikel 17.7 felaktigt blockerats eller tagits bort bör hanteras inom ramen för artikel 17.9. Det viktiga är dock att artikel 17.9 bör leda till att de krav som ställs på Delningstjänsterna i fråga om tekniska lösningar kan sättas på en lägre nivå. På så sätt ställs inte allt för betungande krav på Delningstjänsterna, samtidigt som användarna får sina intressen tillgodosedda både enligt artikel 17.7 och artikel 17.9.

3.3 Vilken typ av information bör en rättsinnehavare ha lämnat för att uppfylla kraven på ”relevant och nödvändig information” respektive ”tillräckligt välgrundad underrättelse” enligt artikel 17.4 (b) och (c)?

3.3.1 Som anføres i Yttrandet anser ICC att det bör ställas höga krav på vad som ska anses utgöra ”*relevant och nödvändig information*” samt ”*tillräckligt välgrundad underrättelse*” med hänsyn till att det torde gynna såväl Delningstjänsterna som rättsinnehavarna. Ett högt krav på vad som ska anses utgöra ”*relevant och nödvändig information*” samt ”*tillräckligt välgrundad underrättelse*” bör heller inte innebära några större bekymmer för de rättsinnehavare som är föremål för skyldigheten att lämna information till Delningstjänsterna. Det kan nämligen antas att rättsinnehavarna bör ha den information som krävs tillgänglig när det rör deras egna verk.

3.3.2 Avseende vilken typ av information som bör lämnas för att kravet ska anses vara uppfyllt kan återigen framhållas att det följer av skäl 66 till direktivet att informationen eller underrättelsen måste vara så utförlig och specifik att verken utan svårighet ska kunna identifieras. Således bör det krävas att rättsinnehavaren kan beskriva och specificera var verket finns tillgängligt samt att rättsinnehavaren kan förebringa stöd för att det rör sig om upphovsrättsskyddat material som tillgängliggjorts på ett otillåtet sätt.

3.3.3 Mot bakgrund av att skyldigheterna för rättsinnehavare att överlämna information om sina verk utgör ramen för Delningstjänsternas ansvar finner ICC att det är viktigt att ytterligare klargöranden i detta avseende anges i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

4 TVISTLÖSNING ENLIGT DE NYA BESTÄMMELSERNA – SÄRSKILT ARTIKEL 17.9

4.1 I enlighet med Promemorian anser ICC att det är av central betydelse att genomförandet av artikel 17.9 sker på liknande sätt inom hela EU i syfte att minska risken för så kallad ”forum-shopping”.

5 BEHOV AV YTTERLIGARE KLARGÖRANDEN FRÅN EU

5.1 Ett återkommande tema ovan är att direktivets bestämmelser är öppna för vitt skilda tolkningar. ICC finner därför avslutningsvis att det för samtliga punkter finns ett behov av ytterligare klargörande från EU, en uppfattning som delas i Promemorian. Utan klargörande från EU finns det enligt ICC en överhängande risk för att införlivandet av direktivet kommer skilja sig avsevärt i EU:s olika medlemsstater. Detta skulle i sin tur kunna komma att ha en negativ inverkan på den inre marknadens funktion.

5.2 ICC anser därför alltjämt att det vore önskvärt med förtydligande uttalanden/riktlinjer/exemplifieringar från EU, dels för att underlätta tolkning/tillämpning men även för att undvika alltför stora skillnader mellan medlemsstaternas nationella

lagstiftning. Framtida riktlinjer är att vänta under artikel 17.10 av direktivet. Vikten av att invänta dessa riktlinjer följer uttryckligen av Promemorian, där det anges att det kan finnas anledning att göra delvis andra överväganden sedan EU-kommissionen presenterat sina slutsatser. ICC instämmer i denna del med Justitiedepartementet.

Susanna Zeko
Generalsekreterare

Thomas G. Lindqvist
Ordförande Immaterialrättskommittén