

Remissvar

2021-12-13

Till
Justitiedepartementet

Ju2021/03517

Upphovsrätten på den digitala marknaden (Ds 2021:30)

Sveriges Konsumenter är en obunden, ideell organisation som arbetar för alla konsumenters bästa genom att granska företag, påverka politiken och stärka konsumentmakten. I vårt remissvar fokuserar vi på de förslag och resonemang som återfinns i promemorians avsnitt 12 och som rör implementeringen av direktivets artikel 17.

Sveriges Konsumenter tillstyrker i stort avsnittets förslag och vill särskilt påtala nedanstående.

Sveriges Konsumenter...

- Anser att de allmänna utgångspunkterna för genomförandet är riktiga, särskilt vad gäller ambitionen att i den svenska implementeringen förtydliga delar av direktivet med hjälp av EU-kommissionens vägledning och generaladvokat Saugmangsgaard Øes förslag till avgörande i mål c-401/19 (promemorians avsnitt 12.1, s. 133–134).
- Tillstyrker förslaget till tillämpningsområde, vilket innebär att enbart de mycket stora vinstdrivande tjänsteleverantörerna omfattas (promemorians avsnitt 12.2 och avsnitt 17.1, 52 i §).
- Tillstyrker förslaget att automatisk blockering endast ska få användas för att hindra tillgång till innehåll som med en hög grad av sannolikhet kan antas medföra intrång i upphovsrätt (promemorians avsnitt 12.6, avsnitt 17.1, 52 o §).

- Tillstyrker resonemanget att tjänsteleverantörer i alla situationer där det är tveksamt om visst material medför intrång i upphovsrätt som utgångspunkt måste låta materialet vara kvar på tjänsten, men anser att detta resonemang kan behöva förtydligas (promemorians avsnitt 17.1, s. 294, se diskussionsdelen för motivering)
- Tillstyrker resonemanget att direktivet inte reglerar livesändningar eller andra linjära sändningar (promemorians avsnitt 12.3, s. 142 och avsnitt 17.1, s. 285).
- Tillstyrker förslaget att i den svenska lagtexten använda termen ”som skäligen kan krävas” för att bättre spegla den helhetsbedömning och intresseavvägning som direktivets artikel 17 och skäl 66 ger uttryck för (promemorians avsnitt 12.5, s. 151 och avsnitt 17.1, 52 l §).
- Tillstyrker förslaget att klagomål ska avgöras skyndsamt och att en bortre tidsgräns på sju dagar införs (promemorians avsnitt 12.8, s. 170 och avsnitt 17.1, 52 q §).
- Anser att hindrat material som prövas enligt föreslagen klagomålsmekanism bör återställas under granskningsperioden för att säkerställa användarnas rättigheter enligt direktivets artikel 17.7 (promemorians avsnitt 12.8 och avsnitt 17.1 52 q §, för motivering se diskussionsdelen).
- Tillstyrker förslaget att införa en uttrycklig reglering om att användare ska kunna få ersättning för skador som uppkommer till följd av att en tjänsteleverantör felaktigt hindrar åtkomst till lovligt material eller inte informerar om att åtkomst hindrats (promemorians avsnitt 12.8, s. 176–177 och avsnitt 17.1, 52 r §).
- Tillstyrker förslaget att tjänsteleverantörer som åsidosätter sina skyldigheter att inte hindra tillgång till lovligt material eller åsidosätter sina skyldigheter att hantera klagomål ska kunna föreläggas av domstol att vidta rättelse vid vite samt att en sådan talan ska få väckas av en användare eller av en organisations som företräder användare (promemorians avsnitt 12.8, s. 176–177 och avsnitt 17.1, 52 s §).
- Tillstyrker förslaget att avtalsvillkor som inskränker användarnas rättigheter ska vara ogiltiga (promemorians avsnitt 12.8, s. 176 och avsnitt 17.1, 52 u §).
- Hänvisar till ARN:s och MPRT:s remissvar vad gäller förslagen om tvistlösning utom domstol (promemorians avsnitt 12.8).

Diskussion

Sveriges Konsumenter anser att Justitiedepartementets förslag uppnår en god balans mellan användarnas, tjänsteleverantörernas och rättsinnehavarnas intressen givet de förutsättningar som EU-direktivet har skapat. Vi har i en tidigare skrivelse till departementet (bilaga 1, s. 2–3) redogjort för hur direktivets artikel 17 leder till starka ekonomiska incitament för tjänsteleverantörer att hellre fälla än fria användares uppladdningar. Sveriges Konsumenter välkomnar därför att departementet understryker att användarnas intresse av att lovligt material inte hindras ska sättas före kravet att hindra olovligt material (promemorians s. 156).

Box 38001, 100 64 Stockholm
 BESÖK Hornsgatan 172
 TELEFON 08 674 43 00
info@sverigeskonsumenter.se
www.sverigeskonsumenter.se

I detta sammanhang är det också positivt att användare så väl som konsumentorganisationer ges möjlighet att väcka talan gällande tjänsteleverantörer som åsidosätter de skyldigheter som rör användarnas rättigheter och intressen (promemorians s. 176–177; 52 s §). Sveriges Konsumenter vill ändå understryka att möjligheten att väcka talan inte som ensam åtgärd kan skydda användarnas rättigheter i ett framtidsscenario där tjänsteleverantörerna systematiskt premierar rättsinnehavarnas intressen.

De starkaste skydden för användares rättigheter och intressen finns i förslaget som begränsar användningen av automatiserad blockering (promemorians s. 159; 51 o §) och promemorians resonemang om att tjänsteleverantörer i situationer där det är tveksamt om materialet medför upphovsrättsintrång måste låta materialet ligga kvar på tjänsten (promemorians s. 294).

Justitiedepartementet förklarar vidare med hänvisning till generaladvokat Saugmangsgaard Øe att det inte bör ankomma på tjänsteleverantörerna att göra ”komplexa juridiska bedömningar av om en inskränkning är tillämplig eller inte i det enskilda fallet” och att leverantörens skyldighet att avlägsna material från tjänsten ”bara gäller de situationer där det med ledning av den underrättelse som lämnats står klart att det rör sig om ett intrång” (promemorians s. 158).

Sveriges Konsumenter tolkar ovanstående som att det ligger på rättsinnehavarna att bevisa att misstänkt material uppenbart medför intrång i upphovsrätten och att allt annat misstänkt material som inte når upp till den graden av bevisstyrka ska antas vara lovligt och således ligga kvar på tjänsten tills att motsatsen bevisats. Om tjänsteleverantören inte ska tvingas till komplexa juridiska bedömningar i enskilda fall förstår vi resonemanget som att en antydning i materialet till exempelvis parodi, recension eller annan inskränkning, vilket gör materialet svårbedömt, i utgångsläget bör räcka för att fria materialet från misstanke om upphovsrättsintrång.

I de fall tjänsteleverantören trots ovanstående resonemang går på rättsinnehavarens linje och beslutar att felaktigt hindra material anser vi att föreslagen klagomålsmekanism (52 q §) inte ger ett fullgott skydd till användarna. Detta eftersom materialet förblir otillgängligt under prövningen. Sveriges Konsumenter anser att materialet ska återställas under granskningsperioden för att säkerställa användarnas rättigheter enligt direktivets artikel 17.7. (se vidare resonemang i bilaga 1, s. 4).

Vad gäller promemorians förslag till tvistlösning utom domstol hänvisar Sveriges Konsumenter till Allmänna reklamationsnämndens remissvar och deras påpekande att nämnden saknar immaterialrättslig specialistkompetens samt till Myndigheten för press radio och tv:s remissvar som uppmärksammar att det vore önskvärt att överväga samordning med den tvistlösningsmekanism som föreslås inom ramen för implementeringen av AV-direktivet.

Sinan Akdag
2021-12-13

2019-11-15

Till:
Justitiedepartementet
Enheten för immaterialrätt och transporträtt

Synpunkter rörande genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv

Sveriges Konsumenter välkomnar att Justitiedepartementet inhämtar synpunkter från intressenter i arbetet med att implementera upphovsrättsdirektivet i svensk rätt. Konsumentperspektivet som Sveriges Konsumenter företräder är av särskild vikt att beakta för att reformen som nu genomförs ska leda till positiva utfall.

Sveriges Konsumenter anser att:

- Ordalydelsen i artikel 17.4 bör ändras från *gjort vad de har kunnat* till *vidtagit skäligen åtgärder* (s. 2).
- Utgångspunkten vid intresseavvägningen mellan att hindra tillgång till olovligt material och att skydda användarnas rättigheter bör vara att säkerställa användarnas rättigheter (s. 2).
- Andra lösningar ska sökas i situationer där det finns risk för att lovligt material i betydande utsträckning blockeras till följd av automatiserade lösningar, oaktat andra lösningars potentiellt lägre effektivitet (s. 3).
- Användaruppladdningar som flaggats för manuell granskning, bör fortsätta vara tillgängliga till dess att granskningen genomförts (s. 4).
- Krav bör riktas mot delningstjänster att tillse att endast ett litet och slumpmässigt urval av allt uppladdat material granskas med automatiserade medel (s. 5).
- Det inte finns möjlighet för delningstjänster att avtala om att andra förutsättningar än de som anges i artikel 17 gäller för användarna av deras tjänst (s. 5).
- Det är av största vikt vad gäller inrättandet av instanser för opartisk alternativ tvistlösning att sådana instanser verkligen är fullt ut opartiska (s. 5).
- Kostnaden för alternativ tvistlösning under inga omständigheter ska falla på användarna då detta avskräcker från att utnyttja de rättigheter som i direktivet föreskrivs (s. 5).
- Det svenska genomförandet bör som huvudregel och i syfte att understödja harmoniseringen av det aktuella rättsliga ramverket sträva efter att tydligt återspegla de riktlinjer som EU-kommissionen tar fram (s. 6).

7. En ny ansvarsfrihetsreglering – artikel 17.4 – 17.8

Några utgångspunkter (s. 20)

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

De föreslagna utgångspunkter som promemorian för fram är i huvudsak riktiga. Sveriges Konsumenter delar åsikten att den svenska översättningen av artikel 17.4 ger ett felaktigt intryck av att delningstjänster med *alla till buds stående medel* ska uppfylla artikeln moment a) och b). På förekommen anledning bör, när direktivet genomförs i svensk rätt, formuleringen ändras från *gjort vad de har kunnat* till det tydligare *vidtagit skäligen åtgärder*, i linje med vad som föreslås i promemorian (s. 21).

Vi instämmer i sak med promemorians tolkning att artikel 17 inte innebär någon *allmän skyldighet att hålla delningstjänsten fri från olovligt material*, men vill uppmärksamma att delningstjänster i avvägningen mellan rättsinnehavarnas och användarnas intressen har starka ekonomiska incitament att premiera de förstnämnda. Därför kan behövas kompensatoriska åtgärder som även tilldelar användarnas intressen relevans vid rättstillämpningen.

Särskilt om skyldigheten att hindra tillgång till sådant material som anmälts av rättsinnehavare (s. 24)

- Vad bör utgångspunkterna vara för den intresseavvägning som finns inbyggd i direktivet mellan ändamålet att hindra tillgång till olovligt material och skyddet för användarnas rättigheter?
- Vilka andra aspekter bör belysas under de fortsatta övervägandena i denna del?

Intresseavvägning och incitament

Vid intresseavvägningen mellan att hindra tillgång till olovligt material och att skydda användarnas rättigheter bör utgångspunkten vara att säkerställa användarnas rättigheter.

Direktivets skäl 61 stipulerar att rättsinnehavare bör få lämplig ersättning för användningen av deras verk eller andra alster. Sveriges Konsumenter ser denna rättighet som ett viktigt fundament i en fungerande inre marknad som i linje med vad som beskrivs i skäl 2 *stimulerar innovation, kreativitet, investeringar och produktion av nytt innehåll*. Vad som är en lämplig ersättning varierar från fall till fall.

I det fall en delningstjänst inte har erhållit tillstånd för överföring ska delningstjänsten för att inte anses ersättningskyldig visa att den uppfyller samtliga moment i artikel 17.4, exempelvis att genom som i 17.4 b) *i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed har gjort vad de har kunnat för att säkerställa att specifika verk och alster (...) inte är tillgängliga*, och som i c) *har gjort vad de har kunnat för att motverka framtida uppladdningar (...)*.

Artikel 17.7 stipulerar dock att delningstjänsternas samarbete med rättsinnehavare – oaktat artikel 17.4 – inte får leda till att det inte går att få tillgång till användaruppladdat material som inte gör intrång i upphovsrätt eller närstående rättigheter, inbegripet material som omfattas av undantag och inskränkningar. Både den svenska och engelskspråkiga texten i artikel 17.7 använder otvetydiga formuleringar: *får inte/ shall not*.

I promemorian konstateras att det i praktiken kan vara svårt att *fullt ut och i alla lägen tillgodose båda*

dessa intressen (s. 24). Sveriges Konsumenter delar denna uppfattning, men önskar uppmärksamma att i de situationer då innehållets laglighet är svårbedömd, så är delningstjänsternas incitament för att tillgodose rättsinnehavarnas intressen avsevärt mycket starkare än incitamenten för att tillgodose användarnas.

Detta är en logisk följd av att delningstjänsterna som enligt artikel 2.6 omfattas av direktivet agerar i vinstsyfte och att kostnaden för att manuellt granska svårbedömda uppladdningar är större, eller åtminstone mer lättöverskådlig, än kostnaden för överblockering. Lägg därtill att delningstjänsterna kan tvingas betala stora ersättningsbelopp om olovligt material påträffas på tjänsten.

En mekanism för att uppnå en bättre balans mellan intressena består i att låta flaggat material vara tillgängligt för allmänheten under granskningsperioden, så som redogörs för längre ned i dokumentet.

Automatiserade lösningars begränsningar

Även om direktivet inte uttryckligen berör frågan om automatiserade lösningar så utesluts de heller inte och precis som beskrivs i promemorian tillämpar större delningstjänster redan i dag olika typer av identifieringsteknik. Tekniken uppvisar en bristfällig träffsäkerhet och har till exempel flaggat för upphovsrättsintrång i privat framförda Bach-stycken och videoupptagningar av elektroniskt brus¹. Den förstnämnda upptagningen omfattas av ett undantag, den sistnämnda är en helt felaktig identifiering.

Trots de uppenbara bristerna i de automatiserade lösningarnas tillförlitlighet ligger det nära till hands att de kommer att anses vara i linje med de *höga branschstandarder för god yrkessed* som nämns i artikel 17.4 b). Givet att automatiserad identifieringsteknik förväntas användas av delningstjänster för att uppfylla direktivets krav anser Sveriges Konsumenter det vara av största vikt att förtydliga under vilka omständigheter tekniken kan och bör användas i detta syfte.

Sveriges Konsumenter instämmer med promemorians tolkning (s. 26) att andra lösningar ska sökas i situationer där det finns risk för att lovligt material i betydande utsträckning blockeras till följd av identifieringstekniken, oaktat andra lösningars potentiellt lägre effektivitet. Detta följer av skyddet för användarnas rättigheter i artikel 17.7.

Vi delar också uppfattningen om att tekniken kan användas för att plocka ner uppladdningar som helt och hållet överensstämmer med ett skyddat verk, men att uppladdningar som bara till viss del överensstämmer med verket i fråga bör granskas manuellt. Detta är en förutsättning för att säkerställa användarnas rätt att förlita sig på de undantag och inskränkningar som direktivet gör gällande.

Vilka gränsvärden och trösklar som ska användas för att avgöra huruvida en uppladdning måste granskas manuellt bör diskuteras närmare i samråd med rättsinnehavare, delningstjänster och representanter för användarnas intressen så som framställs i artikel 17.10.

¹ <https://thenextweb.com/eu/2018/09/11/copyright-takedown-notices-are-completely-baroque-en/>,
<https://www.bbc.com/news/technology-42580523>

Tillgång till uppladdat material under granskning

I situationer då det via automatiserade eller andra lösningar kan fastställas att en användaruppladdning helt och hållet överensstämmer med ett upphovsrättsskyddat verk är det rimligt att delningstjänsten omedelbart blockerar eller plockar ner innehållet. Användaren bör i sådana situationer få tillräcklig information för att kunna nyttja de rättigheter som anges i artikel 17.9.

Om automatiserade eller andra lösningar i enlighet med tidigare föreslagen ordning flaggar en användaruppladdning för manuell granskning, bör innehållet fortsätta vara tillgängligt på delningstjänsten till dess att granskningen genomförts. Detta för att motverka överblockering till följd av de starka ekonomiska incitament som redogjorts för tidigare i detta dokument.

Det moderna digitala samtalet och den omgärdande internetkulturen präglas starkt av kommunikationsmedlens omedelbarhet. Eftersom manuella granskningar med största sannolikhet kommer att ta mycket tid i anspråk, skulle en ordning där innehåll under granskning gjordes otillgängligt innebära en kraftig begränsning av den innovation och kreativitet som direktivet i skäl 2 förklaras slå vakt om.

Användaruppladdningar som kräver manuell granskning kan dessutom i stor utsträckning antas utgöras av innehåll som skyddas av de undantag och inskränkningar som redogörs för i artikel 17.7. Att otillgängliggöra sådant material under en sorts karantänperiod skulle därför i Sveriges Konsumenters mening strida mot artikelns andemening.

I ett scenario där en sådan karantänperiod blir verklighet skulle användares satir och kritik av politiska skeenden vara tillgänglig först långt efter att det faktiska skeendet ägt rum och recensioner av film och musik försenas på samma sätt.

Förbudet mot allmän övervakningsskyldighet (s. 27)

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

Givet att generellt applicerad automatiserad identifieringsteknik är den mest kostnadseffektiva lösningen för större delningstjänster att uppfylla ansvarsfrihetsreglerna i artikel 17.4 samt att många av de nuvarande delningstjänsterna redan använder sådan teknik, förefaller det förbud mot allmän övervakningsskyldighet som föreskrivs i artikel 17.8 tämligen svårt att tolka som verkansfullt annat än i strikt teoretisk mening.

I praktiken innebär ansvarsfrihetsreglerna, i synnerhet kravet att motverka framtida uppladdningar, att delningstjänster med större mängder innehåll tvingas tillämpa automatiserad identifieringsteknik på allt användaruppladdat innehåll. I EU-domstolens beslut *C-70/10 Scarlet Extended SA v. Sabam* samt *C-360/10 Sabam v. Netlog* bedömdes liknande, om än explicita, krav på identifieringsteknik strida mot e-handelsdirektivets artikel 15.

Sveriges Konsumenter finner det oroväckande att direktivet i sin helhet och mot bakgrund av ovanstående resonemang, i praktiken förefaller leda till en allmän övervakningsskyldighet trots att en sådan explicit förbjuds i artikel 17.8.

En möjlig lösning på denna paradox skulle vara att kräva att delningstjänster tillser att endast ett litet och slumpmässigt urval av allt uppladdat material granskas med automatiserade medel. Ett

sådant krav skulle kunna grundas i EU-kommissionens kommande riktlinjer. Där kan fastställas att användning av automatiserade medel på små och slumpmässiga urval är vad som maximalt kan godtas inom begreppet *höga branschstandarder för god yrkessed* i artikel 17.4 eftersom mer omfattande användning strider mot artikel 17.8.

Hur förhåller sig artikel 17 till avtalsfriheten? (s. 29)

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

Som promemorian konstaterar berör direktivet inte uttryckligen frågan om avtalsfriheten i relation till artikel 17, men att direktivet däremot på ett tydligt sätt gör gällande att medlemsstaterna åläggs *säkerställa* användarnas möjlighet att förlita sig på undantagen och inskränkningarna i artikel 17.7 samt att samarbetet mellan delningstjänsterna och rättsinnehavarna inte *får* leda till att lovligt innehåll blockeras.

Mot bakgrund av detta och de föreskrifter som stipuleras i artikel 17.9, där delningstjänster i sina villkor åläggs informera användare om deras rättigheter samt införa en *effektiv och snabb klagomåls- och avhjälpningsmekanism*, anser Sveriges Konsumenter att det inte finns möjlighet för delningstjänster att avtala om att andra förutsättningar än de som anges i artikel 17 gäller för användarna av deras tjänst.

8. Tvistlösning – artikel 17.9

Särskilda frågeställningar (s. 30)

- Hur snabbt bör ett klagomål behandlas för att det ska kunna anses ha skett utan ”otillbörligt dröjsmål”?
- Hur bör mekanismen för alternativ tvistlösning genomföras? Vem bör bära kostnaden för prövningen?
- Har ni andra uppfattningar eller medskick när det gäller tvistlösningsbestämmelserna?

Användaruppladdat innehåll som flaggas för manuell granskning bör som redogjorts för på sida 4 fortsätta vara tillgängligt till dess att granskningen är genomförd. Mot bakgrund av den stora mängden innehåll som kan antas bli föremål för manuell granskning kan handläggningstiderna antas bli relativt omfattande.

Vi har ingen insyn i delningstjänsternas resurser i detta avseende och kan därför i skrivande stund inte presentera ett specifikt antal dagar som om de överskrids skulle innebära ett otillbörligt dröjsmål. Eventuellt är detta en tolkningsfråga som till en början kan baseras på delningstjänsternas nuvarande handläggningstider för att sedan från fall till fall grundas på genomsnittlig handläggningstid för liknande ärenden.

Sveriges Konsumenter vill framföra att det är av största vikt vad gäller inrättandet av instanser för opartisk alternativ tvistlösning att sådana instanser verkligen är fullt ut opartiska. Vi är inte övertygade om att opartiskhet kan garanteras om det likt möjligheten som presenteras i promemorian (s. 31) åläggs delningstjänsterna att inrätta sådana organ på egen hand. I det fall att denna möjlighet verkställs bör dessa organ i syfte att säkerställa opartiskhet vara fullt transparenta och erbjuda offentliga instanser insyn i deras dagliga verksamhet. Denna fråga bör diskuteras närmare i det fortsatta implementeringsarbetet.

Vad gäller kostnaden för alternativ tvistlösning är det Sveriges Konsumenters bestämda åsikt att denna under inga omständigheter ska falla tillbaka på användarna då detta avskräcker från att utnyttja de rättigheter som de i direktivet föreskrivs.

9. EU-kommissionens riktlinjer – artikel 17.10

Särskilda frågeställningar (s. 32)

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

Sveriges Konsumenter anser att Sverige i överläggningarna bör framhålla de synpunkter Sveriges Konsumenter framställt här: att risken för överblockering behöver minimeras, att material ska vara tillgängligt under granskningsperioden samt att användares rättigheter i enlighet med artikel 17 ska ges den starka ställning vid tillämpning som ordföljden i artikel 17 förefaller innebära att den europeiska lagstiftaren avsett.

Sveriges Konsumenter anser i övrigt att det svenska genomförandet som huvudregel och i syfte att understödja harmoniseringen av det aktuella rättsliga ramverket bör sträva efter att tydligt återspegla de riktlinjer som EU-kommissionen tar fram.

Sinan Akdag
2019-11-15