

Justitiedepartementet
Ju2021/03517

Sara Övrebj

2012-12-13

Remissvar

Google Swedens synpunkter på Ds 2021:30, Upphovsrätten på den digitala inre marknaden

Google uppskattar möjligheten att få lämna synpunkter när det svenska justitiedepartementet samråder om hur man bäst genomför Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG ("Direktivet").

Internetekonomin har vuxit till att bli en pelare för global ekonomisk utveckling och möjligheter. Digitala plattformar inklusive YouTube, hjälper miljontals konsumenter att hitta legitimt innehåll på internet, vilket medför nästan 26 miljarder euro i onlinehandel varje år. Tjänster som tillhandahåller originalinnehåll och användargenererat innehåll, som YouTube, stimulerar en explosion av ny kreativitet genom att göra det enklare än någonsin för kreatörer av alla slag, amatörer och professionella, nya och etablerade, att hitta sin publik.

Resultatet är att mer innehåll skapas av fler människor än någonsin tidigare.¹ Under 2019 upplevde den globala marknaden för inspelad musik tillväxt för femte året i rad². Streaming växte med 22,9 % till 11,4 miljarder dollar och står för 56,1 % av de totala inspelade musikintäkterna. Över hela Europa steg intäkterna från streaming av betald musik med 22,4 % under 2019.³ Globalt förväntas intäkterna från digital video växa från 57,8 miljarder euro till 107 miljarder euro mellan 2017 och 2022⁴ och i EU har intäkterna från prenumerationer på onlinevideo ökat med 128 % årligen.⁵ Genom att skapa nya och växande intäktsströmmar och låta kreatörer nå globala publik har digitala tjänster blivit en central och viktig del av den kreativa ekonomin.

Internet har också skapat mer mångfald och valmöjligheter när det gäller nyheter än någonsin tidigare. Från tidningswebbplatser till poddar, appar, sociala medier och mer, det finns otaliga ställen att läsa, titta på och lyssna på nyheter. Google Sök är ett sätt för människor att upptäcka

¹ United Nations Conference on Trade and Development, Global e-Commerce sales surged to \$29 trillion (March 29, 2019), tillgänglig på <https://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=505>.

² CCIA, the sky is rising (2019), tillgänglig på <https://skyisrising.com>.

³ <https://www.ifpi.org/news/IFPI-issues-annual-Global-Music-Report>

⁴ Ibid.

⁵ Juniper Research, OTTs Vs TV Networks ~ 3 Winning Strategies, tillgänglig på <https://www.rbr.com/wp-content/uploads/OTTs-vs-TV-Networks-3-Winning-Strategies.pdf>.

och välja relevant nyhetsinnehåll bland detta omfattande och mångsidiga utbud av och storlek på utgivare. För varje nyhetsresultat som Google visar i Sök ser användarna en rubrik som länkar direkt till nyhetssajten. Vissa resultat visar också förhandsvisningar av innehållet, som en miniatyrbild (s k tumnagelsbild). Dessa rubriker och förhandsvisningar hjälper människor att avgöra om ett resultat är relevant för deras specifika sökning och om de vill klicka på det.

Att hjälpa människor att välja det mest relevanta resultatet för sin sökning ökar sannolikheten för att de stannar på en utgivares webbplats när de klickar sig vidare på en länk. Utgivare kan sedan tjäna pengar på dessa besök genom reklam och/eller prenumerationer. Bara i Europa skickar Google mer än åtta miljarder besök till EU:s utgivares webbplatser varje månad, eller mer än 3 000 besök varje sekund. I en nyligen genomförd studie fann Deloitte att det genomsnittliga värdet för en webbutgivare av ett webbbesök är mellan 0,04–0,06 euro.

Även om många aspekter av utkastet ligger i linje med Direktivet välkomnar vi ändå denna möjlighet att uppmärksamma departementet på områden i utkastet som verkar vara mer utmanande. Vårt bidrag fokuserar på följande centrala delar:

Införlivandet av artikel 15: Ny bestämmelse i 48 b § i upphovsrättslagen:

- Tydlighet med avseende på vad som utgör ett mycket kort utdrag för utgivarens rätt.
- Vikten av en bredare tolkning av hyperlänkar som går längre än bara webbadressen (URL:n).
- Medling för utgivares rättigheter bör vara förenlig med EU-lagstiftningen.

Införlivandet av artikel 17: Nytt kapitel 6 b i upphovsrättslagen:

- Artikel 17 tillåter inte att införlivandet omfattar ytterligare nationella rättigheter såsom "närstående rättigheter till fotografier";
- Innehåll som inte omfattas av artikel 17 behöver inte licensieras även om licensgivare försöker samla rättigheter och fastställa tariffer för sådant innehåll.
- Införlivandet av en "göra det man kan" (best efforts) licens enligt artikel 17.4 a bör fullt ut erkänna avtalsfriheten för rättighetshavare och leverantörer av onlinetjänster för delning av innehåll ("OCSSP:er") enligt Direktivet.
- De "åtgärder" som krävs enligt artikel 17.4 b och c bör införlivas så nära Direktivet som möjligt för att undvika nya och osäkra rättsliga standarder som riskerar att bryta mot Direktivet.
- Klagomålsprocedurens omloppstid på 7 dagar är en godtycklig tidsperiod och är inte förenlig med Direktivet.
- Genom att enbart göra OCSSP:er ansvariga för att balansera användarnas och rättighetsinnehavarnas intressen, i strid med artikel 17.7, inklusive för skadestånd, åsidosätter införlivandet den avvägning som eftersträvas av Direktivet och riskerar att försätta OCSSP:er i en ohållbar situation.

Kommentarer på de viktigaste utmaningarna med det föreslagna utkastet

1. Rätt till presspublikationer: Bestämmelsen i 48 b § – Artikel 15

Artikel 15 i direktivet syftar till att träffa rätt balans mellan nyhetsutgivare och plattformar. Det är av kritiskt vikt att syftet med den här artikeln och utgivarnas rätt att ge utgivare av presspublikationer mer kontroll att tillåta och förbjuda användningen av deras publikationer, samtidigt som man bevarar möjligheten för alla att upptäcka, åtkomma och dela information online. Direktivet tillhandahåller skyddsåtgärder med kraftfulla undantag från dessa rättigheter för hyperlänkar, faktainformation, korta utdrag och användning av enskilda användare.

Mycket korta utdrag – bestämmelsen i 48 b §

För att ge klarhet och rättssäkerhet för tjänsteleverantörer och rättighetsinnehavare och ge undantagen och begränsningarna i artikel 15 en ändamålsenlig verkan, måste omfattningen av ”mycket korta utdrag” i 48 b § tydligt kvantifieras.

I linje med EU-domstolens rättspraxis är det upp till medlemsstaterna att säkerställa att undantagen är effektiva och att tillåta att deras syfte tillgodoses, för att säkerställa en skälig avvägning mellan rättigheter och intressen hos de olika rättsinnehavarkategorierna samt mellan de olika rättsinnehavarkategorierna och användarna av skyddade alster (C-516/17, Spiegel Online; Se även Europeiska kommissionens vägledning om artikel 17 i direktiv 2019/790 om upphovsrätt på den digitala inre marknaden).

Dessutom tjänar begränsningen för mycket korta utdrag – och begränsningen för hyperlänkar – båda till att säkerställa att utgivarrättigheterna inte på ett otillbörligt sätt inkräktar på rätten att ta emot och förmedla information, inklusive det fria flödet av information online och rätten att bedriva verksamhet (artikel 11 respektive 16 i EU-stadgan). EU-domstolen har uttalat att *”kravet på att samtliga begränsningar i utövandet av grundläggande rättigheter ska vara föreskrivna i lag, innebär att den rättsliga grund som gör ingreppet i rättigheterna möjligt i sig ska definiera räckvidden av begränsningen i utövandet av den aktuella rättigheten”* (C-311/18, Schrems II, punkt 175).

Begränsningarna i artikel 15 måste därför vara tillräckligt precisa för att kunna användas av de avsedda mottagarna, dvs. informationssamhällets tjänster, inklusive nyhetsaggregatorer: en för begränsad definition av ”mycket korta utdrag” kommer att skada slutanvändare och pressutgivare, eftersom onlinetjänster kanske inte kommer kunna visa länkar och/eller korta utdrag överhuvudtaget, eller endast med en licens från en pressutgivare, om de inte kan förlita sig på undantagen. Det är viktigt att komma ihåg att mycket korta utdrag gör det möjligt för en informationssamhällstjänst att informera slutanvändare om länkarnas karaktär genom att visa tillräckligt mycket för att ge en användare en känsla av innehållet men inte så mycket att han/hon/hen inte längre behöver besöka den länkade webbplatsen för att läsa hela artikeln. Även om detta är ett kvalitativt syfte, fungerar onlinetjänster i kvantitativa termer – en onlineplattform som en sökmotor eller nyhetsaggregator kan inte utföra en individuell bedömning av varje webbplats eller utdrag. Kvantitativa regler är således nödvändiga inte bara för att ge klarhet och säkerhet för alla parter utan också för att följa Direktivet så

begränsningarna blir ändamålsenliga. Samtidigt utesluter inte en kvantitativ lägstanivå att längre utdrag kan falla under undantaget (eller faktiskt under andra undantag för upphovsrätt).

Vi kan söka inspiration till hur detta syfte uppfylls idag, för att utröna hur detta kvantitativa begrepp bestäms. Till exempel använder många utgivare sociala medieplattformar, som Twitter, för att marknadsföra sina egna artiklar för potentiella läsare, vilket medger upp till 280 tecken, inklusive länken till publikationen. Det är därför rimligt att se 200 tecken som en omfattning som ger en känsla av innehållet och uppmuntrar användare att klicka sig igenom, utan att ersätta behovet av att besöka innehållet.

200 tecken räcker inte för att förmedla hela innehållet i pressartikeln till läsaren och ersätter därmed inte hela artikeln men det är det genomsnittliga minimumet för att kunna kontextualisera artikeln på ett sätt som lockar läsaren att besöka utgivarens webbplats. Många presspublikationer kommer att täcka samma nyheter eller fakta och det är den speciella stilistiken hos en specifik presspublikation som lockar en läsare att besöka utgivarens webbplats. Det är dock svårt att återspegla en utgivares stilistik – det vill säga dess viktigaste tillgång som är grunden för utgivarens läsekrets – med färre än 200 tecken. Utgivare använder ett liknande tillvägagångssätt för att intressera potentiella läsare i artiklar som publicerats bakom en betalvägg. Ofta är utdraget som används för att marknadsföra en artikel på Twitter detsamma som den offentligt tillgängliga delen av artikeln på utgivarens webbplats innan användaren ombeds att antingen betala eller registrera sig för att få tillgång till hela artikeln. Med andra ord måste längden på utdragen vara tillräcklig för att ge läsarna tillräckligt med insikt för att få dem intresserade och tillräckligt intresserade ("cliffhanger") så att de vill återkomma och betala för den fullständiga artikeln.

Vidare, när det används i nyhetsaggregatorer som visar svar på användarfrågningar, skadar inte ett kort utdrag pressutgivarnas investeringar (beaktandesats 58), utan främjar dem. Utdraget eller fragmentet ger ett viktigt sammanhang för användare att identifiera om en artikel matchar deras sökfråga. I den här funktionen ersätter utdrag inte heller den motsvarande artikeln, utan säkerställer snarare att den hittas och tas fram av användarna som söker efter den. Sådana utdrag är därför också i linje med skäl 58 i direktivet, eftersom de inte omintetgör pressutgivarnas investeringar utan just främjar dem.

Det bör därför klargöras i bestämmelsen i 48 b § att utdrag med en längd på upp till 200 tecken faller under tröskeln för mycket korta utdrag. En sådan fast kvantitativ nedre gräns skapar rättssäkerhet för tjänsteleverantörer. Samtidigt lämnar det utrymme för längre extrakt att hamna under tröskeln (eller andra undantag). Den nedre gränsen bör definieras av ett fast antal tecken, inte av ett fast antal ord. En teckenbegränsning är mer neutral och bättre lämpad för att säkerställa konsekvent klassificering oavsett uttrycksform eller språk.

Slutligen är en kombination av gratis visning av rubriker och utdrag nödvändig på grund av de olika funktionella förutsättningarna för sökmotorer och nyhetsaggregatorer. Rubriker är användbara för att referera till, citera eller beskriva en artikel. Rubriker eller titlar bör därför också undantas från tillämpningsområdet för rättigheter enligt artikel 15.

Exempel på "best practice": Litauen har kvantifierat "mycket korta utdrag" till 200 tecken vid genomförandet av upphovsrättsdirektivet (utkast till lagförslag). En sådan lägre gräns ger

tjänsteleverantörer förutsägbarheten att de kan använda textutdrag under en viss gräns. Samtidigt utesluter det inte möjligheten att längre utdrag kan falla under undantaget (eller till och med under andra upphovsrättsliga undantag).

På samma sätt har Bulgarien i sitt senaste utkast till lagförslag som implementerar upphovsrättsdirektivet kvantifierat "mycket korta utdrag" som titeln på publikationen, tillsammans med de första upp till 100 på varandra följande tecknen i texten, som kan åtföljas av en förhandsvisning i liten format med en upplösning på upp till 128 gånger 128 pixlar och en del av en ljud- eller videofil som varar i upp till tre sekunder.

En bestämmelse som liknar de tidigare nämnda exemplen skulle innebära att potentiella tvister om längden på publicerade utdrag undviks.

Hyperlänkar – bestämmelsen i 48 b §

I det Förklarande Dokumentet anges att *"som framgår nedan begränsas emellertid den nya ensamrätten också på det sättet att den inte omfattar enstaka ord eller mycket korta utdrag ur presspublikationer. Det innebär att skyddet är avsett att omfatta utdrag ur presspublikationer som är mer omfattande än så. Det förefaller rimligt att utgå från att denna bestämmelse inte är avsedd att kunna kringgås genom att använda ett sådant större utdrag med stöd av undantaget för hyperlänkning".* Detta verkar antyda att hyperlänkundantaget endast kan täcka själva webbadressen och inte bredare användningar än vad som är tillåtet enligt undantaget för "mycket korta utdrag".

Artikel 15 i direktivet ger utgivare av presspublikationer mer kontroll samtidigt som de bevarar möjligheten för alla att upptäcka, få tillgång till och dela information online. Den ger därför utgivare av presspublikationer de rättigheter som anges i artikel 2 och artikel 3.2 i direktiv 2001/29/EG som de fritt kan utöva i samband med informationssamhällets tjänster online. Detta förenklar upprätthållandet av deras rättigheter genom att undvika behovet av att bevisa "äganderättskedja". Å andra sidan tillhandahåller Direktivet ytterligare garantier med kraftfulla undantag från dessa rättigheter för hyperlänkar, faktainformation, korta utdrag och enskilda användares användning.

Det tillvägagångssätt som används i bestämmelsen i 48 b § kan vara särskilt problematisk med tanke på vikten av hyperlänkar för internets funktion och för yttrandefriheten. I likhet med begränsningen för mycket korta utdrag, säkerställer begränsningen avseende hyperlänkar i direktivet att utgivarrättigheter inte på ett otillbörligt sätt inkräktar på rätten att ta emot och förmedla information, inklusive det fria flödet av information online, och rätten att bedriva verksamhet (artikel 11 respektive 16 i EU-stadgan). En webbadress (URL) i sig räcker inte för att en användare ska känna igen om det länkade innehållet är relevant för hans eller hennes informationsintresse. Det är vanligt att ta med miniatyrbilder, illustrationsdiagram och annat förhandsgranskningsinnehåll för att en användare ska känna igen om ett länkat innehåll är relevant för deras informationsintresse. Att tolka hyperlänkar för restriktivt skulle hindra användare från att få detta sammanhang. För att begränsningen för hyperlänkar ska vara ändamålsenlig måste införlivandet innebära en funktionell tolkning av hyperlänkning. Det är därför den nederländska regeringen, till exempel, drar slutsatsen i sitt införlivande att "en leverantör av informationssamhällets tjänster kan därför fortsätta att kopiera hyperlänkar med

tidningsrubriker, flera ord eller mycket korta utdrag inklusive miniatyrbilder från en presspublikation, utan föregående tillstånd från utgivaren.”

Artikel 15 föreskriver att hyperlänkar ovillkorligen undantas från tillämpningsområdet för artikel 15 och återspeglar därmed att hyperlänkar används i många olika fall. I enlighet med Direktivet bör hyperlänkar därför förstås brett, med beaktande av betydelsen av termen i vardagligt språkbruk och syftet med undantaget. Hyperlänkar bör uteslutas oavsett om de har formen av ord, bilder eller andra uttryck. Att tolka undantaget för hyperlänkar för snävt skulle därför varken överensstämma med syftet med artikel 15 samt artikel 11 och 16 i EU-stadgan, eller återspegla hur information vanligtvis sprids eller konsumeras online.

Frivillig medling – 5 §

Vi välkomnar förslaget att ändra 1 a, 3 och 5 § § i lagen (2017:322) om medling i vissa upphovsrättstvister för att täcka presspublikationer, särskilt i den mån detta förutser en frivillig medlingsprocess som ger utrymme för att *”deltagande i den förhandlingsmekanismen och efterföljande ingående av avtal bör vara frivilligt och bör inte påverka parternas avtalsfrihet”* som beskrivs i skäl 52 i direktivet.

”Frivillig medling” innebär dock att alla parter bör gå med på medling innan den kan utlösas. Däremot kräver den föreslagna ändringen att en part ska ”välja bort” en medling som motparten föreslagit, det vill säga motparten ska aktivt motsätta sig andras ansökan om medling, (*”motparten, när ansökan gäller en sådan tvist som anges i 1 a §, inte motsätter sig medling”*, 5 § p. 4 lagen om medling i vissa upphovsrättstvister). För att vara frivillig bör införlivandet följaktligen säkerställa att ansökningar om medling endast görs med parternas i förväg lämnade samtycke. Det bör också klargöra att om parterna inte kommer överens under medlingen finns det ingen överenskommelse.

Vi instämmer i det Förklarande Dokumentet att det är viktigt för både utgivare och tjänsteleverantörer att det finns så goda förutsättningar som möjligt för att nå överenskommelser. Även om ändringen av lagen om medling i vissa upphovsrättstvister föreskriver att medling är frivillig, skulle detta kunna förtydligas ytterligare genom att uttryckligen göra den ”icke-bindande”, nämligen att (i) det inte meddelas något bindande beslut i slutet av processen, (ii) att det endast gäller mellan parterna (inter partes) och (iii) att det inte finns någon skyldighet för parterna att nå en överenskommelse. Om det vore bindande skulle det sannolikt inte leda till ett samarbetsinriktat och konstruktivt förfarande, utan snarare till ”självförsvarspositioner”. Detta synsätt har stöd i EU-domstolens dom i målet *Alassini m.fl.* (C-317-320/08) där domstolen accepterade att medlingen var obligatorisk före utövandet av en rättslig åtgärd *”under förutsättning att förfarandet inte mynnar ut i ett beslut som är tvingande för parterna, möjligheten att väcka talan vid domstol inte väsentligen fördröjs, preskriptionstiden för aktuella rättigheter avbryts under förfarandet, [och] det inte uppkommer några – eller i vart fall inte några betydande – kostnader för parterna”*. Om resultatet av medlingsprocessen var bindande skulle det i själva verket inte vara en medling utan ett skiljedomsförfarande eller ett förvaltningsrättsligt förfarande.

Den konfidentiella medlingen bör också vara strikt mellan parterna (inter partes), eftersom det är ett försök att nå en överenskommelse mellan parterna, inte ett s.k. *rate court proceeding*. Den

syftar inte till att *reglera* avtal mellan utgivare av presspublikationer och informationssamhällets tjänster, utan att stödja en avtalsförhandling avseende de exklusiva rättigheterna i artikel 15 (dvs utan att inkräkta på avtalsfriheten och äganderätten i rättigheterna).

Lagen om medling i vissa upphovsrättstvister föreskriver vidare att medlaren är en domare som är bunden av tystnadsplikt. Vi välkomnar denna centrala bestämmelse: om medlingsprocessen inte vore konfidentiell, skulle ett verkligt samarbetsinriktat och konstruktivt förfarande inte kunna uppnås, eftersom det istället igen skulle provocera fram en position av "självförsvar", som i alla förfaranden som konfronterar två parter som kan väl utnyttja den information som framkommit mot varandra på ett strategiskt sätt som inte främjar den försonande idé som ligger till grund för någon medling.

2. Skyldigheter för OCSSP:er: Bestämmelsen i 52 § – Artikel 17

Enligt vår bedömning syftar artikel 17 till att utjämna villkoren mellan OCSSP:er, rättighetsinnehavare och andra leverantörer av onlineinnehåll, samtidigt som användarrättigheterna bevaras. För att uppnå detta mål att skapa en rättvis spelplan, upprättas genom artikel 17 ett harmoniserat system för sekundärt ansvar (secondary liability) enligt vilket – och detta är en central princip i denna ordning – OCSSP:er är undantagna från ansvar om de vidtar de åtgärder som beskrivs i artikel 17.4, viktigast av allt är att göra proportionerliga ansträngningar så långt de har kunnat för att licensiera och säkerställa att intrångsgörande innehåll inte är tillgängligt. Denna omsorgsfulla avvägning i artikel 17 återspeglas dock inte alltid på ett adekvat sätt i införlivandet.

Riktad omfattning och definition av en OCSSP – bestämmelsen i 52 i §

Vi välkomnar förtydligandena av räckvidden av artikel 17 i utkastet till införlivande.

Vi är dock oroade över att det Förklarande Dokumentet antyder att även om delning av innehåll inte är en av tjänstens huvudfunktioner, så kan "delningsfunktioner" behandlas som separata OCSSP:er. Detta skulle helt enkelt resultera i ett alltför vidsträckt tillämpningsområde för artikel 17 och strida mot det riktade tillvägagångssättet i både Direktivet och det svenska införlivandet.

Även om innehållsdelning inte är en av tjänstens huvudfunktioner, kan delningsfunktionen ses isolerat och behandlas som en OCSSP.

Vidare är det enligt artikel 17 inte tillåtet att inkludera ytterligare rättigheter, såsom närstående rättigheter till fotografier, i införlivandet av artikel 17 (52 t §). Artikel 17 gäller för "de rättighetshavare som avses i artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2001/29/EG". Om EU-lagstiftaren velat tillåta att medlemsstaterna hade möjlighet att inkludera icke harmoniserade rättigheter, skulle den inte ha hänvisat till en uttömmande lista över rättighetshavare enligt direktiv 2001/29 och skulle ha tagit hänsyn till nationella rättigheter (som EU-lagstiftaren gjorde t.ex. i direktiv 2006/116/EG om skyddstiden, artikel 6). Vidare är, till exempel, fotografier som utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse (vad som också benämns "verkshöjd") redan skyddade enligt upphovsrättslagen: det är inte klart varför detta ytterligare skydd för fotografier som inte uppnår verkshöjd skulle vara nödvändigt och proportionerligt. Slutligen, att inkludera fotografier som inte uppnår verkshöjd inom tillämpningsområdet för artikel 17 i Sverige skulle leda till fragmentering av den digitala inre marknaden, i strid med Direktivets

harmoniseringssyfte: tjänster som verkar inom hela EU skulle behöva ta bort eller blockera vissa fotografier endast i Sverige.

Mindre allmänt förekommande innehåll – 52 h §

Innehåll som är mindre vanligt förekommande på en OCSSP:s plattform bör inte omfattas alls eftersom detta innehåll varken finns i stora mängder eller lockar publik från konkurrerande innehållstjänster. Syftet med Direktivet är att skapa en väl fungerande marknadsplats för upphovsrätt, inte ett alltför brett licenssystem för alla typer av innehåll som kan förekomma på en OCSSP. För att motverka detta ställer Direktivet upp ett proportionalitetskriterium som utgår från ”de typer av verk eller andra alster som laddas upp”. Utan detta fokus kan OCSSP:er – som YouTube – återigen behöva överblockera innehåll för att undvika otillbörligt rättsligt ansvar eftersom det kommer att vara oproportionerligt och orealistiskt att förvänta sig att OCSSP:er ska förhandla om mindre utbrett innehåll. Om den huvudsakliga ”publiken” för en OCSSP inte använder plattformen för att titta på bilder ska plattformen inte behöva söka tillstånd för bilder. På liknande sätt, om en plattform huvudsakligen är avsedd för en publik som konsumerar bilder, och inte musik, bör närvaron av ett litet antal musikverk på den plattformen inte kräva att plattformen söker tillstånd för dessa musikverk. Detta tillvägagångssätt räcker för att ta itu med den tidigare upplevda obalansen mellan innehållsdelningstjänster och andra innehållstjänster som tillhandahåller liknande innehåll.

Även om det Förklarande Dokumentet tycks stödja en sådan tolkning, anger det ett undantag från denna tolkning: om innehåll är licensierat och aggregerat av en upphovsrättsorganisation med en taxa anpassad till det faktum att innehållet inte är utbrett på tjänsten, bör tjänsten behöva träffa avtal med upphovsrättsorganisationen. Detta är varken förenligt med Direktivet eller med det Förklarande Dokumentet. Om innehållet inte omfattas på grund av att det inte uppfyller de riktade kriterierna i artikel 17, faller det inte inom tillämpningsområdet för artikel 17 igen bara för att en upphovsrättsorganisation vill licensiera det.

”Gjort vad de har kunnat” (”best efforts”) för auktorisering/licensiering – bestämmelsen i 52 §

1. Varje bedömning av ”best efforts” standarder (med hänsyn både till att erhålla ett tillstånd och de andra delarna av artikel 17.4) och proportionalitet måste göras utifrån ett helhetsperspektiv, med hänsyn tagen till beaktandesatserna 6 till 63, 66 och 69. För tydlighetens skull bör en OCSSP endast åläggas att göra det man kan för att söka ett tillstånd för innehåll som görs tillgängligt på en annan tjänst som inte laddas upp av användare som OCSSP kan sägas konkurrera med. För det första faller inte allt innehåll som laddas upp till en OCSSP under artikel 17 (se Q. 1). För det andra är underrättelser och att en skyldighet att tillse att innehåll fortsätter vara borttaget en proportionerlig efterlevnad av kravet på att ha gjort vad man kunnat enligt artikel 17.4 för mindre vanliga typer av innehåll.

Ett exempel på hur en OCSSP gör vad de har kunnat (använder ”best efforts”) är följande: en videodelningsplattform som har betydande mängder musikinnehåll söker tillstånd från stora skivbolag, musikförlag och insamlingsorganisationer som representerar musikverk. Viss proaktivitet från denna OCSSP:s sida kan förväntas. Med detta sagt, kommer det att finnas tiotusentals fler innehavare av musikverk och ljudinspelningar som antingen inte har avtal med

ett skivbolag eller en utgivare, eller inte är medlemmar i ett upphovsrättssällskap, som skulle vara svåra (om inte omöjliga) att närma sig proaktivt, vilket medför att de skulle behöva träda fram själva. Ett reaktivt synsätt med avseende på dessa mindre rättighetshavare skulle vara mer lämpligt och proportionerligt.

2. Det är väsentligt att utkastet upprätthåller och skyddar avtalsfriheten, vilket uttryckligen betonas i Direktivet. Precis som en rättighetshavare inte är skyldig att lämna ett anbud, är en OCSSP inte skyldig att acceptera ett anbud, även om anbudet är "rättvist och balanserat". Artikel 17 skapar en skyldighet att vidta "best efforts" / "göra det man kan" för att söka tillstånd, inte en skyldighet att acceptera licenser. Denna avtalsfrihet skyddas enligt artikel 16 i EU-stadgan och inkluderar friheten att inte ingå avtal. Vi välkomnar det Förklarande Dokumentets erkännande av att OCSSP:er kan ha goda skäl att vägra att ingå ett avtal. Det bör dock tydliggöras att OCSSP:er åtnjuter full avtalsfrihet enligt artikel 17. Detta skulle innefatta att stryka bestämmelsen i 52 u §. Utformningen av denna bestämmelse är otydlig och även om avsikten kan vara att skydda enskilda användare, kan den oavsiktligt begränsa en OCSSP:s förmåga att fritt förhandla om villkoren i sina licensavtal med kommersiella rättighetsinnehavare som också kan vara "användare" eller uppladdare.

Det faktum att en OCSSP förvärvar rättigheter för visst innehåll betyder inte att den proaktivt måste söka upp och licensiera allt annat innehåll av samma typ. En OCSSP kan förvärva rättigheter till vissa liveframträdanden såsom konserter, men det betyder inte att det ska krävas att den ska söka tillstånd till alla konserter eller liknande evenemang. Till exempel kan en OCSSP erhålla licenser för utdrag av UEFA Champions League-spel men det betyder inte att den också är skyldig att skaffa licenser för allt innehåll i fotbollsligorna. I den mån mindre vanliga typer av innehåll görs tillgängliga på särskilda plattformar, är befintliga meddelande- och borttagningsprocesser (enligt artikel 17.4. c) ett tillräckligt, effektivt och proportionerligt svar, och vägledningen bör återspegla detta meddelande och borttagning förblir en fungerande mekanism.

Skyldighet att göra det man kan för att förhindra tillgång ("best efforts") – bestämmelsen i 52 o §

Ansträngningen att utarbeta en balanserad standard för automatiserade verktyg är lovvärd. Det förutsätter att OCSSP:er endast använder proaktiva åtgärder som inte förhindrar lagliga överföringar till allmänheten i någon betydande utsträckning. Det anges vidare att "metoder för automatisk blockering får endast användas för att hindra tillgång till innehåll som med en hög grad av sannolikhet kan antas medföra intrång i upphovsrätt."

Men genom att ta in nya koncept som inte är inskrivna i Direktivet leder dessa ansträngningar oundvikligen till en rättslig osäkerhet som är ohållbar för OCSSP:er. Som det konstateras i motiveringen faller dessa frågor under EU-lagstiftningen och i slutändan EU-domstolen, där ett mål om ogiltigförklaring pågår. Det sundaste sättet att införliva är att undvika att införa nationella begrepp och standarder som kan strida mot Direktivets standarder såsom de tolkats av domstolen – åtminstone tills frågan om ogiltigförklaring har avgjorts.

Vidare är även utformningen av 52 o § oroande. Å ena sidan kan det förstås som att OCSSP:er måste ha rutiner för att kontrollera noggrannheten och effekten av deras automatiserade

verktyg. Detta skulle vara rimligt och effektivt. Alternativt skulle det kunna förstås som att det skapar en resultat skyldighet, i vilket fall det är praktiskt taget omöjligt för OCSSP:er att utifrån den svenska införlivandet förstå hur de ska bete sig för att följa lagen. Vi uppmanar till omarbetning längs den tidigare linjen.

Klagomålsmekanism – bestämmelsen i 52 q §

I utkastet anges att OCSSP:er måste lösa användartvister inom 7 dagar. Vi anser att en fast handläggningstid är problematisk och oönskad. Mer flexibla standarder är mer lämpade för att beakta de enskilda omständigheterna i varje fall som kan variera kraftigt. Vi uppmanar starkt den svenska lagstiftaren att undvika fasta och rigida handläggningstider eftersom varje ansökan behöver utvärderas från fall till fall och kan kräva ytterligare tid för utvärdering. Strikta deadlines kan vara operativt utmanande och riskerar att OCSSP:er överblockerar innehåll för att möta denna påförda handläggningstid.

Dessutom anges det korrekt i utkastet att OCSSP:er inte bör göra komplicerade bedömningar av om innehållet gör intrång. Om det inte framgår av rättighetsinnehavarnas motivering att det föreligger ett intrång ska innehållet återinföras. För att säkerställa att förslaget inte kan leda till överblockering krävs dock ytterligare två förtydliganden.

För det första bör utkastet klargöra att OCSSP:er som återställer en uppladdning inte är ansvariga om det senare visar sig att denna uppladdning gjorde intrång. Detta framgår inte av den nuvarande texten.

För det andra skulle det vara bra att ange att innehåll bör återställas när rättighetsinnehavarna inte styrker en automatisk borttagning som en användare har ifrågasatt. Bristen på information gör det svårt för OCSSP:er att granska, särskilt om de inte är skyddade från ansvar (se stycket ovan). Det indikerar också att rättighetsinnehavaren inte tycker att det påstådda intrånget är tillräckligt betydande för att motivera sin tid att skriva ett svar. Vårt föreslagna tillvägagångssätt skulle uppmanar rättighetsinnehavarna att göra den ansträngningen, eller släppa anspråket.

Användarrättigheter – 52 p §

Motiveringen tycks ibland antyda att användare har rätt att ladda upp innehåll som inte gör intrång till OCSSP:er. Den noterar dock att denna "rättighet" inte påverkar tjänsteleverantörernas möjligheter att förhindra åtkomst till innehållet av andra skäl, till exempel om innehållet bryter mot andra lagar eller användarvillkoren.

Även med denna varning strider förslaget mot Direktivet. Artikel 17.7 ger inte användarna rättigheter att ladda upp innehåll. Istället erkänner den att undantag är rättigheter som användare kan "lita" på. Vidare, även om kommissionen och generaladvokaten i stora drag anser att skyldigheten att skydda användarnas intressen bör vara starkare än att göra det man kan för att skydda rättighetsinnehavarna, innebär ingen av dessa slutsatser en rättighet att ladda upp innehåll.

Vidare, medan artikel 17.7 uppställer ett ansvar för både rättighetsinnehavare och OCSSP:er att inte förhindra lagliga uppladdningar, tilldelar motiveringen tydligt och medvetet ansvaret enbart

på OCSSP:er. Detta resulterar i ett införlivande som inte respekterar balansen i artikel 17 och försätter OCSSP:er i en svår situation.

I motiveringen hävdas att detta beror på att OCSSP:er kontrollerar de åtgärder som vidtas för att följa artikel 17.4. Detta är i grunden felaktigt. OCSSP:er kan tillhandahålla effektiva tekniska verktyg för att matcha en användarvideo med innehåll som en rättighetsinnehavare har identifierat som sitt, men rättighetsinnehavarna är de som faktiskt använder verktygen, tillhandahåller information om sina verk, laddar upp referensfiler, granskar användartvister och så vidare. Dessa verktyg kan inte fungera om rättighetsinnehavare kan göra detta men inte är ansvariga för sina handlingar, vilket kan inkludera att tillhandahålla felaktiga uppgifter, göra anspråk på allmän egendom eller någon annans innehåll eller att utfärda ogrundade begäranden om borttagning. Rättighetsinnehavare bör vara ansvariga gentemot både användare och OCSSP:er i sådana fall. Införlivandet bör också bekräfta att OCSSP:er kan vägra eller stänga av tillgången till verktyg om rättighetsinnehavarna inte kan använda dem ansvarsfullt – i så fall skulle åtminstone OCSSP:er garanteras en del av den kontroll som motiveringen hänvisar till.

52 r § tillåter skadeståndsanspråk mot OCSSP:er som " uppsåtligen eller oaktsamt " bryter mot sin skyldighet enligt 52 o §; 52s § tillåter domstolar att besluta om föreläggande mot OCSSP. Båda bestämmelserna är oproportionerliga: de gör OCSSP:er ensamt ansvariga i lag för att följa en oprövad och osäker rättslig standard. De bör tas bort från införlivandet, såvida inte 52 o § förtydligas. Vi noterar också att det Förklarande Dokumentet innehåller kommentarer beträffande straffansvar och betonar att artikel 17 i Direktivet inte innehåller någon bestämmelse eller krav avseende OCSSP:ns straffansvar och att inte heller skälen eller riktlinjerna föreskriver några sådana sanktioner.