

Synpunkter

på Justitiedepartementets promemoria om artikel 17

Det är vår mening att Justitiedepartementet i allmänhet har gjort en rättvis, balanserad och nyanserad tolkning av upphovsrättsdirektivet i sin promemoria. Synpunkterna i detta svar syftar till att balansera och betona vissa delar, däribland användarens rättigheter, definitionen av plattformar och tvistlösningsmekanismernas utformning.

Sammanfattning	1
Bakgrund	1
Användares rättigheter – 17.4–8	2
Att hitta rätt balans	2
Olika lösningar för olika plattformar	4
Försäkran att allmän övervakning inte sker	5
Användarnas integritet och personliga skydd	7
Garantier mot överblockering – 17.7	8
Definition av överblockering	8
Undantag och inskränkningar i upphovsrätten	9
Procedur mot överblockering	10
Tvistlösningsmekanismer – 17.9	12
Definition av plattformar – 2.6	14
Vidare definition av delningstjänst	14
Slutord	16

Sammanfattning

- I den intresseavvägning som måste göras vid direktivets genomförande ska användarnas rättigheter prioriteras.
- Inför krav på tydliga garantier mot överblockering. Gör det möjligt att beivra överblockering och missbruk.
- Lagfäst explicit att mänsklig granskning är ett möjligt tillvägagångssätt för att uppfylla artikel 17.4, för plattformar vars funktionssätt tillåter det.
- Lagfäst att delningstjänster får *automatiskt* blockera, ta ner eller motverka framtida uppladdningar enbart om det rör sig om *uppenbart* upphovsrättsintrång, som exempelvis direkta kopior.

Bakgrund

Wikimedia Sverige är en svensk ideell förening som verkar för att bevara och tillgängliggöra vårt gemensamma kulturarv. Vi samarbetar med aktörer från många delar av samhället, såsom bibliotek, arkiv, museer, statliga myndigheter och utbildningsinstitutioner för att göra kunskap och information fri. Wikipedia är ett av våra viktigaste verktyg för att nå detta mål.

Wikimedia Sverige stöttar de olika Wikimediaprojektens arbete, som förutom Wikipedia bland annat består av Wikimedia Commons, en fri samling av bilder och andra filer, Wikidata, världens största plattform för strukturerad länkad data, och Wikisource, ett digitalt bibliotek med texter och källmaterial. Det är emellertid volontärerna – användarna, i enlighet med direktivet – som gör att plattformarna fungerar. Användarna är den enda anledningen till att vi existerar, eftersom de såg ett värde i och därmed skapade en organisation för att få stöd. Globalt arbetar omkring sexhundra anställda inom Wikimediarörelsen, medan omkring 250 000 användare bidrar på regelbunden basis. Wikipedia är den enda webbplatsen bland de hundra mest besökta i världen som drivs helt ideellt.

Wikimediaplattformarna existerar dock inte i ett vakuum, utan är beroende av internets ekosystem. Under de senaste åren har det blivit allt tydligare att EU:s upphovsrättslagar inte är anpassade för ett digitalt samhälle och den digitala inre marknaden. Den klassiska idén om ett licensavtal mellan rättsinnehavare och informationstjänster utmanas av framväxten av användargenererade plattformar, av vilka vissa omfattas av definitionen av onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll (hädanefter, liksom i promemorian, kallat ”delningstjänster”). Det som har vuxit fram är ett ekosystem av yttrande-, tanke- och innehållsfrihet; kreativitet, innovation och tillgång till kunskap; och slutligen möjligheten för användare att inte bara ta del av utan aktivt delta i den kunskaps- och informationsspridning som internet har möjliggjort.

Detta utmanar i grunden den klassiska upphovsrätten, och Wikimedia Sverige är således i grunden eniga om att upphovsrätten behöver moderniseras för den digitala inre marknaden. Diskussionen hittills har dock förts mellan den kreativa innehållsindustrin, sedan årtionden organiserad med sina medlemmars intressen i fokus, och big tech-bolagen, med stora

ekonomiska resurser och vinst som huvudsakligt syfte. Det är dock användarna – de som läser, tar del av, skapar, delar och för vidare information och innehåll – som utgör grunden i internets ekosystem. Wikimedia Sverige, som en ideell förening som arbetar för fri kunskap, representerar användarna. Utan dessa finns inget internet, och således måste lagstiftaren i genomförandet av upphovsrättsdirektivet ta dessa i beaktande.

Skäl 2 i upphovsrättsdirektivet klargör att direktivet ska stimulera innovation, kreativitet, investeringar och ny innehållsproduktion, också i den digitala miljön; och vidare att direktivet ska bidra till Unionens mål om att ”respektera och främja kulturell mångfald samtidigt som det gemensamma europeiska kulturarvet framhävs”. I den digitala eran är det användarna som bidrar till det. Användargenererade plattformar låter användare vara kreativa och innovativa för att föra fram sina idéer och kulturer. Dessutom öppnar de upp en demokratisk plats där EU-medborgare möts, ett sätt att främja gemenskap och kulturell tillhörighet i hela Unionen.

Internetanvändaren är inte en passiv mottagare av digitalt innehåll, utan en medskapare som tar del av, skapar, delar och sprider vidare information, innehåll och kultur. För att uppfylla det andra skälet i EU:s upphovsrättsdirektiv när det genomförs i svensk lagstiftning måste användarnas rättigheter till ett fritt och öppet internet garanteras. Om vi tar det andra skälet på allvar är ett antal tolkningar nödvändiga. Vi försöker beskriva dessa nedan.

Användares rättigheter – 17.4–8

Som svar på frågorna:

- 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?
- Hur snabbt bör ett klagomål behandlas för att det ska kunna anses ha skett utan ”otillbörligt dröjsmål”?
- Behövs särskilda regler för att säkerställa det som sägs om personuppgifter och identifiering av enskilda användare eller utgör bestämmelsen i denna del endast en påminnelse om direktivets innebörd i dessa avseenden?

Att hitta rätt balans

Justitiedepartementet ställer sig i promemorian frågan vad som ska vara utgångspunkten för den intresseavvägning som måste göras mellan att hindra olovligt material och att säkerställa användares rättigheter. Man konstaterar även att det kommer att bli svårt att tillgodose båda dessa intressen i alla lägen. Det är här viktigt att komma ihåg att det utan användarna inte finns mycket innehållsskapande på internet. Eftersom det har visat sig svårt att med existerande verktyg avgöra om innehåll faller under olika undantag och inskränkningar menar vi att utgångspunkten måste vara att värna rättigheten att inte få lagligt innehåll felaktigt avlistat.¹ Justitiedepartementet uttrycker en liknande mening, att “sådana åtgärder som en Delningstjänst vidtar i syfte att minska risken för att material felaktigt plockas bort och som är nödvändiga för det syftet vara acceptabla även om de kan minska den effektivitet med vilken

¹ I upphovsrättsdirektivet används begreppen “plocka bort” och “motverka framtida uppladdningar”, bland annat i skäl 66, för att beskriva ansvarsfrihetsregleringen i 17.4. Vi har kommunicerat med IDG:s IT-ordlista om lämpligare terminologi, givet att det är klumpiga formuleringar, och de har föreslagit att “plocka bort”, motsvarande 17.4b, ersätts med “avlista”, och att “motverka framtida uppladdningar”, motsvarande 17.4c, ersätts med “svartlista”. Det är en terminologi som vi ser som effektiv och rimlig.

olovligt material hindras.” Det är dock inte tillräckligt att sådana åtgärder är “acceptabla”. Åtgärder för att skydda lagligt innehåll måste ges samma tyngd i lagtexten som åtgärder för att blockera olagligt innehåll. Vår bestämda uppfattning är således att **utgångspunkten i genomförandet av upphovsrättsdirektivet måste vara användarnas rättigheter.**

Upphovsrättsdirektivet ändrar ansvarsskyldigheterna för användargenererat innehåll, från att bara innefatta användarens upphovsrättsliga förfoganden till att inkludera både användarens och delningstjänstens förfogande. Delningstjänsten, i en förändring från e-handelsdirektivet, är nu ansvarig för innehåll som laddas upp av dess användare. Det innebär inte att plattformen eller delningstjänsten har blivit en aktivare aktör i innehållsskapandet på internetplattformar: **den aktör som använder, skapar och delar innehåll är fortfarande i huvudsak användaren.** Det är användarens handlingar som leder till kreativitet och innovation på internet, och de stora plattformarna fungerar snarare som facilitatorer i det hänseendet.

Tar vi skäl 2, om vikten av att stimulera kreativitet och innovation liksom att främja kulturell mångfald, på allvar måste det svenska genomförandet ha starka skrivelser om användarnas rättigheter. Som Justitiedepartementet konstaterar innebär ansvarsfrihetsregleringen en komplicerad intresseavvägning. Å ena sidan understryker direktivet vikten av att respektera användarnas rättigheter. Å andra sidan måste detta vägas mot rättsinnehavarnas rättigheter till sitt innehåll och delningstjänsternas möjlighet att göra vinst. När dessa tre fokus ställs mot varandra är vi oroliga att rättigheterna för användarna, som är den svagaste parten i sammanhanget, **riskerar att gå förlorade.**

Direktivets första skäl handlar om vikten av att stimulera en välfungerande licensmarknad mellan rättighetsinnehavare och delningstjänster, med målet att stimulera kreativitet och innovation. Idén är att kreatörer behöver mer styrka gentemot delningstjänsterna som står som värdar för deras innehåll. Med starkare ansvarsreglering för delningstjänsterna ska rättighetsinnehavare få mer ersättning, och mängden material som bryter mot upphovsrätten ska minska. För att undvika ansvar behöver delningstjänsten visa att den har ”gjort vad den har kunnat” för att (1) få tillstånd för uppladdat material, (2) undvika att material som bryter mot upphovsrätten laddas upp, samt (3) att innehåll som en gång har avlistats inte laddas upp igen.

Medan det varken i skälen eller i artikel 17 tydliggörs vad det i praktiken betyder att ”ha gjort vad man har kunnat” har de skrivningarna sammantaget tolkats som ett krav på automatiserad igenkänningsteknik, framförallt för att uppfylla kraven såsom de uttrycks i 17.4b–c om avlistning och svartlistning. **Vi är skeptiska mot uppladdningsfilter och igenkänningsteknik i allmänhet**, eftersom det inkräktar på användarnas rättigheter, deras integritet och möjligtvis i längden även på yttrandefriheten.² Oavsett utgången är det dock tydligt att dessa krav, i enlighet med höga branschstandarder och god yrkessed, kräver starka skrivelser om användarens rättigheter för en balanserad intresseavvägning mellan alla parter.

För att respektera användarnas rättigheter uppmanar vi lagstiftarna att:

- Prioritera användarnas rättigheter när upphovsrättsdirektivet genomförs i svensk lagstiftning, genom att sätta dem som utgångspunkt för intresseavvägningen.

² Se uttalande av David Kaye, “EU must align copyright reform with international human rights standards, says expert”, *OHCHR News*, 11 mars 2019:
<<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24298&LangID=E>>

Olika lösningar för olika plattformar

Artikel 17.5 konstaterar att fastställandet av huruvida delningstjänsten har uppfyllt sina skyldigheter ska avgöras genom att beakta typ av tjänst, typ av verk och tillgången till lämpliga och effektiva medel. Promemorian bedömer detta som en indikation på att det finns olika lösningar för olika typer av tjänster eller plattformar, vilket vi ser som rimligt, och vidare att åtgärder som minskar risken att innehåll felaktigt plockas bort är acceptabelt även om det reducerar effektiviteten gentemot otillåtet innehåll.

Det faktum att det finns olika lösningar för olika plattformar innebär också att igenkänningsteknik inte är det enda möjliga sättet att friskriva sig från ansvar. Detta är något som tydligt bör uttryckas i det svenska genomförandet. Promemorian, artikel 17.9 och skäl 70 om granskning efter klagomål berör alla frågan om mänsklig granskning. När man beaktar karikatyr, pastisch och parodi är mänsklig granskning det säkraste sättet att avgöra huruvida innehåll är lagligt eller inte, och det kommer också att fortsätta vara det säkraste sättet under överskådlig framtid. Vi menar att det svenska genomförandet bör klargöra att **mänsklig granskning är ett godtagbart sätt** att avgöra lagligheten i innehållet om delningstjänstens funktionalitet tillåter detta, och detta *oavsett* om det rör sig om situationen innan eller efter att ett klagomål har inlämnats. Om en delningstjänst fungerar på ett sådant sätt att det går att avgöra med mänsklig granskning också innan klagomål har inkommit om användargenererat innehåll är lagligt eller inte så bör det framhållas som *ett av flera möjliga* sätt att uppfylla skyldigheterna för att friskriva sig från ansvar i artikel 17.4, och bör uttryckligen anges som sådant i det svenska genomförandet. **Vi menar också att det bör förtydligas att det kan finnas flera olika sätt att uppfylla ansvarsfrihetsregleringen på, beroende på plattform.** Wikimedia Commons, den mediadatabas som Wikipedia använder, är ett konkret exempel på att det går att lösa granskningsproblemet utan automatiserade igenkänningstekniker, i en skala jämförbar med de stora kommersiella plattformarna.

När vi pratar om användarnas rättigheter pratar vi om de rättigheter som fastställs i artiklarna 17.7, 17.9 och 17.10: rätten till undantag, rätten till överklaganden och rätten till tvistlösningsmekanismer. Det innebär självfallet inte att användare har rätt att ladda upp material som utgör upphovsrättsligt intrång. **Om innehåll via rättighetsinnehavare, mänsklig granskning eller filter flaggas som exakt kopia kan och bör detta omedelbart plockas bort.** Det är en rimlig princip som möjliggör snabb aktion när uppenbarligen eller *prima facie* otillåtet material sprids.

Remixer och användargenererat innehåll där enbart delar av innehållet flaggas bör dock som standard vara tillgängligt fram tills dess att delningstjänsten har gjort en grundlig granskning av innehållet. Vi vill ge två skäl till att innehållet måste fortsätta vara tillgängligt fram tills att ett beslut har tagits: dels för att principen om att användaren har gjort rätt fram tills dess att motsatsen har bevisats är viktig, dels för att om innehållet döljs eller på annat vis avlägsnas fram tills dess att en granskning har slutförts minskar incitamentet för delningstjänsten att behandla klagomålet "utan otillbörligt dröjsmål". Att **innehållet tillåts vara tillgängligt fram tills dess att ett slutgiltigt beslut har fattats** är viktigt för att se till att användarnas rättigheter tillvaratas. Dessutom ligger det i linje med vad som uttrycks i skäl 66, "de åtgärder som vidtas av delningstjänster för innehåll i samarbete med rättsinnehavarna bör inte leda till att tillgång till icke-intrångsgörande innehåll hindras."

För att respektera användarnas rättigheter uppmanar vi lagstiftarna att:

- Uttryckligen klargöra att mänsklig granskning är ett av flera gångbara sätt att genomföra granskning, för plattformar som fungerar på ett sådant sätt att det är möjligt, både innan och efter att klagomål har inkommit.
- Stipulera att tvistlösningsmekanismer måste fungera på olika vis beroende på innehåll, där enbart direkta kopior kan avlistas omedelbart, medan remixar och användargenererat innehåll där enbart delar av innehållet flaggats som standard fortsätter att vara tillgängligt fram tills dess att delningstjänsten noggrant har granskat innehållet och behandlat frågan om dess legitimitet.
- Lagfästa att den som gör anspråk på upphovsrätt har ett ansvar för felaktiga anspråk och felaktiga anmälningar om intrång.

Försäkran att allmän övervakning inte sker

Som svar på frågorna:

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

Artikel 17.4(b–c) ställer krav på delningstjänster att förebygga tillgängligheten av *specifika* och *underrättade* verk och andra alster, men inte *alla*. Som promemorian vid några tillfällen anmärker finns det inget krav i direktivet på att garantera att *det inte finns något* innehåll på stora plattformar som möjligtvis skulle kunna utgöra ett upphovsrättsintrång. CJEU har dock redan gjort klart, bl.a. i fallen C-360/10 Sabam v. Netlog och C-70/10 Sabam v. Scarlet Extended, att det redan kan krävas övervakning av allt innehåll för att automatiskt blockera specifikt innehåll.³ Om det därför är tillåtet, eller till och med i enlighet med höga branschstandarder, god yrkessed och att ha gjort vad man har kunnat, att automatiskt filtrera innehåll för att kunna hitta specifika upphovsrättsintrång **kan det redan innebära en form av allmän övervakning.**

För stora plattformar kommer det att bli svårt, om inte omöjligt, att uppfylla kraven om att *ha gjort vad man har kunnat* för svartlistning – att motverka framtida uppladdningar (17.4c) – utan automatiserad igenkänningsteknik. Nu kräver förvisso direktivet bara förbud mot en *skyldighet* att införa allmän övervakning (17.8: “Tillämpningen av denna artikel ska inte leda till någon allmän övervakningsskyldighet”); flera plattformar utvecklar liknande tekniker själva. Här handlar det dock om att kraven i 17.4 och 17.8 direkt står emot varandra. Med stöd i de två citerade fallen ovan kan krav på automatisk blockering av specifikt innehåll redan innebära krav på övervakning av allt innehåll. Därför är det svårt att tolka 17.4b-c som något annat än ett indirekt krav på allmän övervakning. På så vis kan det bli svårt, om inte omöjligt, att genomföra bestämmelserna i 17.4b-, utan att samtidigt bryta mot första stycket i artikel 17.8. 17.8 innebär således ett förbud mot något som 17.4 kräver. Vi är också oroliga över att 17.4 kan öppna upp för ytterligare inskränkningar av förbudet mot allmän övervakning. **Det är viktigt att förbud mot allmän övervakning fortsätter att vara en hörnsten i det fria internet.**

³ Se bl.a. domstolens dom från 24 november 2011, Scarlet v. Sabam.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=SV&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=996022>

För att försöka komma ut detta Moment 22-artade dödläge föreslår vi ett system med hashfunktioner eller datafingeravtryck. I C-70/10 antas allmän övervakning innebära att granska innehållet i varje fil och därigenom avgöra om det kan innebära upphovsrättsligt intrång. Detta har även kallats automatisk djupgranskning. Vår förståelse är att förbudet mot allmän övervakning, som upprätthållet i bland annat *Scarlet Extended v. Sabam*, innebär ett förbud mot automatisk djupgranskning. Man skulle istället kunna tänka sig en lösning där hashfunktioner eller fingeravtryck i uppladdat innehåll jämförs med en lista över hashfunktioner eller fingeravtryck uppställd av rättsinnehavarna, och där man bara tillåts agera om dessa överensstämmer. Vår förståelse, efter att ha talat med experter på området, är att dylika lösningar skulle kunna innebära att man kan undvika automatisk djupgranskning. Detta eftersom dessa lösningar bygger på strikt matematiska operationer. Med hashfunktioner eller fingeravtryck skulle på så vis användare som laddar upp innehållet inte utsättas för ett lika stort integritetsintrång. Detta bör noggrant undersökas ytterligare. För ett sådant system kan lagstiftaren även sätta tydliga lagliga gränser. Ett ytterligare problem med djupgranskning är nämligen att det överför tolkningen av lagtexter från lagstiftare och jurister till privata företag, som i de flesta fall är de som utvecklar algoritmerna och filtren. Detta torde dock i högre grad kunna gå att kringgå genom att använda hashfunktioner eller fingeravtryck, där det är helt egalt vilken typ av innehåll som filen består av. Att **garantera fundamentala rättigheter måste fortsatt vara ett ansvar för staten** och inte för privata plattformar.

Något som sällan, utöver skäl 82 och artikel 14 och alls inte i artikel 17, beaktas i direktivet är fria licenser eller verk i public domain. Det finns exempel på när automatiserade filter har blockerat innehåll som är under fri licens eller uppenbart i public domain. Exemplet från den tyske professorn Ulrich Kaiser på [Wikimedia Foundations blogg](#),⁴ där automatiserad teknik blockerat eller omlicensierat public domain-inspelningar av verk av Schubert, Puccini och Beethoven, bland andra, visar att filterteknik ej är tillräckligt sofistikerad för att kunna urskilja fritt innehåll. Detta visar på vikten av att införa procedurer mot överblockering, vilket vi kommer gå in på nedan, och ett uttalande av Kaiser visar dessutom på vikten av att ha starka tvistlösningsmekanismer till förmån för användarna: "Seeking help, I emailed YouTube, but their reply, '[...] thank you for contacting Google Inc. Please note that due to the large number of enquiries, emails received at this email address [...] cannot be read and acknowledged.'" Vi vill dock redan nu uttrycka att det borde finnas skrivelser som försäkrar att **verk under fri licens eller i public domain inte får hindras av automatiserad filterteknik**. Automatiserade filtertekniker och delningstjänster i stort bör ej få blockera fritt innehåll i förevändningen att komma åt upphovsrättsintrång, något som rimmar väl med formuleringen i direktivets skäl 82.

För att skydda förbudet mot allmän övervakning uppmanar vi lagstiftaren att:

- Göra vad den kan för att undvika ett *indirekt* krav på allmän övervakning när upphovsrättsdirektivet införs, något som kan visa sig vara svårt.
- Styra mot ett system med hashfunktioner eller datafingeravtryck som ett sätt att komma runt dödläget som dilemmat gällande 17.4b-c vis a vis 17.8 utgör.
- Införa krav i svensk lag på att automatiska filtertekniker inte får tillåtas blockera fritt innehåll, det vill säga, innehåll som är fritt antingen på grund av att det är licensierat under en fri licens eller på grund av att upphovsrätten löpt ut.

⁴ Bloggposten *Can Beethoven send takedown requests? A first-hand account of one German professor's experience with overly broad upload filters* på Wikimedia Foundations blogg, se <https://wikimediafoundation.org/news/2018/08/27/>

Användarnas integritet och personliga skydd

Som svar på frågorna på sidorna 28–29 i Justitiedepartementets promemoria.

- Är den beskrivning som ges ovan riktig? Om inte, vad är felaktigt?
- Finns det ytterligare aspekter i denna del som bör belysas?
- Finns det skäl att ytterligare utveckla vilken typ av information som ska lämnas? Vad är det i så fall för information?

Justitiedepartementet konstaterar i promemorian (s. 27) att bestämmelsen i artikel 17.8 om förbud mot allmän övervakningsskyldighet kopplar till artikel 15 i e-handelsdirektivet (2000/31/EG). Denna artikel uttrycker att medlemsstaterna måste ”förbjuda alla andra än avsändarna och mottagarna att på något sätt fånga upp eller övervaka kommunikationen, utom när sådana åtgärder är lagligen tillåtna”. Promemorian konstaterar vidare på samma sida att denna artikel innebär ett förbud för medlemsstater ”att ålägga en tjänsteleverantör en allmän skyldighet att övervaka den information de lagrar eller en allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som tyder på olaglig verksamhet.” Vad gäller de delningstjänster som omfattas av artikel 17 kompliceras dock situationen av det faktum att de kan sägas utföra en dubbel handling, genom att agera både mottagare och avsändare. E-handelsdirektivets femtonde artikel tycks i första hand beröra ett informationsflöde som sker mellan två parter – en avsändare och en mottagare. Det motsvarar inte den handling som delningstjänsten utför, som snarare är att betrakta som en facilitator eller mellanhand i sammanhanget, när den agerar mottagare av innehåll från användare och avsändare av innehåll mot allmänhet. Vi ställer oss därför frågan om bestämmelserna i femtonde artikeln av e-handelsdirektivet verkligen är tillämpliga på artikel 17 på det vis som Justitiedepartementet tolkar. Vi ser heller inte att upphovsrättsdirektivet vare sig i skäl eller artikel uttryckligen grundar sig mot just denna e-handelsdirektivets femtonde artikel. **Vår tolkning av detta är att den information som delningstjänsten lagrar därför inte nödvändigtvis omfattas av artikel 15 i e-handelsdirektivet**, åtminstone inte utan ytterligare förtydliganden.

Skäl 70 och artikel 17.9 klargör att upphovsrättsdirektivet inte ska leda till till identifiering av enskilda användare eller behandling av deras personuppgifter, utom i enlighet med 2002/58/EG och förordning (EU) 2016/679. Vi vill betona vikten av denna skrivelse, och att den information som delningstjänsten måste delge rättighetsinnehavarna begränsas till den information som ryms i fingeravtrycken eller hashfunktionerna. Därför måste lagstiftningen utformas så att plattformar inte vare sig direkt eller indirekt tvingas att genomsöka filers innehåll för att friskriva sig från ansvar, och inte heller tvingas att kommunicera informationen i innehållet till rättighetsinnehavarna, något som skulle innebära ett stort intrång i den enskilda användarens integritet. Det andra stycket i artikel 17.8 ställer krav på delningstjänsterna att förse rättighetsinnehavare med adekvat information om användningen av innehåll som omfattas av avtalen. **Det är oerhört viktigt att detta krav införs på ett sådant vis att det inte bryter mot skyddet av enskilda användares personuppgifter i 17.9.**

Skrivelsen från artikel 17.9 är även intressant i förhållande till dataskyddsförordningen (GDPR), som också citeras i artikeln (2016/679). Artikel 22 av densamma konstaterar att “den registrerade ska ha rätt att inte bli föremål för ett beslut som enbart grundas på automatiserad behandling.” Eftersom detta rent konkret innebär att användaren inte får påverkas av beslut baserad på automatiserad igenkänningsteknik finns det en uppenbar paradox mellan kraven i upphovsrättsdirektivets artikel 17.4 och i GDPR:s artikel 22.

När klagomål från användare förs vidare till rättsinnehavare är det väldigt viktigt att information om användaren inte delges rättsinnehavaren som gör vederbörande personligt identifierbar. Lagstiftaren måste garantera att inte tvistlösningsmekanismen leder till integritetsintrång. Det är viktigt ur ett rättighetsperspektiv, men också ur ett yttrandefrihetsperspektiv. Det är sannolikt att rättsinnehavaren i vissa fall, exempelvis karikatyr och parodi, inte uppskattar användningen av deras verk, särskilt om det nya verket driver med rättsinnehavaren. Att det inte går att personligt identifiera upphovsmakaren till det nya verket är därför viktigt för att inte tvistlösningsmekanismen ska få en negativ inverkan på yttrandefriheten och därmed i längden demokratin.

Garantier mot överblockering – 17.7

Som svar på frågorna:

- Bör paragrafens andra stycke föranleda ändringar i svensk lagstiftning även beträffande annan användning än på denna typ av tjänster?
- 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?

Enligt definitionen av under artikel 2.6 är ett viktigt syfte för delningstjänster att göra vinst på det innehåll som deras användare har laddat upp. Under bestämmelserna i artikel 17.4 är de nu också ansvariga för de upphovsrättsliga förfogandena, och inte bara deras användare. De åtar sig att göra vad de har kunnat för att förebygga att innehåll som bryter mot upphovsrätten laddas upp på deras plattformar, med effektiva och lämpliga medel (17.5b). Stora plattformar kan ha miljontals användare månatligen bara inom EU:s gränser. Över hela världen laddas, på en plattform som Youtube, över 500 timmar videoinnehåll upp per minut. För liknande plattformar kommer innehållet från den individuella användaren att vara, för att uttrycka sig krasst, oviktigt. Delningstjänster lär, om de tillåts, plocka bort innehåll som verkar misstänkt, snarare än att ägna tid och pengar åt att granska det. Om ingenting styr stora plattformar i valet mellan att plocka bort misstänkt innehåll eller att flagga det för en andra och mänsklig granskning, kommer de sannolikt att välja det förra, eftersom deras huvudsyfte är att göra vinst enligt definitionen i artikel 2.6. Användarnas rättigheter väger lättare än ökad vinst. Om hela kategorier av innehåll skulle plockas bort från de stora plattformarna skulle det i de flesta fall endast ha en mycket begränsad påverkan på intäkterna: algoritmerna, datatillgången och därigenom den marknadsföring som är anpassad till mottagaren är vad som huvudsakligen driver deras vinster.

Definition av överblockering

Mot **överblockering** behövs det starka garantier mot för att garantera användarnas rättigheter. Överblockering äger rum när innehåll plockas bort i förebyggande syfte med tekniska hjälpmedel baserat på regelverk som ignorerar undantag, begränsningar och specialfall. Det finns ingenting i direktivet som säger att målet är att allt innehåll som potentiellt bryter mot upphovsrätten ska försvinna; snarare talar skälen om en mer välfungerande licensmarknad och en bättre balans mellan olika aktörer. Den blotta storleken på flera av plattformarna

innebär dock att bara en liten mängd misstänkt innehåll kommer att leda till enorma mängder arbete och ökade kostnader för plattformarna. Åtgärder som pressar denna mängd nedåt kommer därför vara av ekonomiskt intresse för delningstjänsterna, vilket **gör överblockering till en seriös risk.**

Det är viktigt att poängtera att överblockering redan idag förekommer, så det rör sig inte om ett nytt fenomen. Upphovsrättsdirektivet genom artikel 17 förtydligar och utökar dock ansvarskraven för delningstjänster, och detta tillsammans med den motsättning som redan uttryckts i och med upphovsrättsdirektivets artiklar 17.4 och 17.7, gör sannolikheten stor att problemen med överblockering kommer att öka.

Överblockering innebär i längden att innehåll av exempelvis satirisk, parodisk eller karikatyrartad natur riskerar att plockas bort i förebyggande syfte, snarare än att låta en människa granska om det uppfyller undantagen och begränsningarna i artikel 17.7. Skäl 70 i upphovsrättsdirektivet konstaterar att delningstjänsternas åtgärder inte *bör* påverka “undantagen eller inskränkningarna i upphovsrätten, särskilt de som garanterar användarnas yttrandefrihet”. Anledningen är att yttrandefriheten garanteras av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Det är anledningen, fortsätter skälet, till att artikel 17.7 fastställer att alla medlemsstater måste införa dessa undantag. På samma vis konstaterar artikel 17.9 att ”detta direktiv [inte] på något sätt ska påverka legitim användning, såsom användning inom ramen för de undantag eller inskränkningar som föreskrivs i unionslagstiftningen.”

Även om vi håller med om behovet av liknande undantag och inskränkningar räcker det inte med att klargöra att åtgärderna inte *bör* påverka, såsom skäl 70 rekommenderar: **det måste tydligt anföras i svensk implementering hur användarnas yttrandefrihet ska garanteras.** Som FN:s specielle rapportör för rätten att fritt uttrycka sina åsikter, David Kaye, konstaterade i våras är det, ”i frånvaron av specifika krav på hur plattformar och medlemsstater ska försvara yttrandefrihet långt ifrån klart hur någon av dem kommer att kunna uppfylla direktivets föreslagna garantier, såsom kravet att ’citater, kritik, granskning’ och ’användningen av upphovsrättskyddat material för karikatyr, parodi eller pastischsyfte’ ska skyddas.”⁵ Återigen: det räcker inte med att konstatera att yttrandefrihet är viktigt, det måste finnas tydliga garantier mot överblockering när direktivet införs i svensk lag för att inte inskränka på användarens grundläggande rättigheter. Plattformar måste i implementeringen ges tydliga incitament att inte överblockera, och upphovsrättshavare incitament att inte överanmäla.

Undantag och inskränkningar i upphovsrätten

Ett försök i direktivet att besvara den oro som har uttryckts om överblockering är artikel 17.7, som stipulerar att samarbetet mellan delningstjänster och rättsinnehavare inte får leda till att det inte går att få tillgång till verk som inte gör intrång i upphovsrätt, inbegripet när sådana verk omfattas av ett undantag eller en inskränkning. Artikelns andra stycke inför obligatoriska undantag och inskränkningar för citat, kritik, karikatyr, parodi och pastisch.

⁵ Se uttalande av David Kaye, “EU must align copyright reform with international human rights standards, says expert”, *OHCHR News*, 11 mars 2019: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24298&LangID=E> Citatet egen översättning.

Dessa undantag och inskränkningar är viktiga. Det är dock lika viktigt att de implementeras på ett så starkt vis som möjligt, eftersom, i enlighet med tidigare argumentation, alla liknande undantag och inskränkningar kommer att medföra extraarbete för delningstjänster, vilket de, givet deras huvudsakliga syfte av att göra vinst, med stor sannolikhet kommer försöka pressa nedåt så mycket som det bara går utan att bryta mot lagen. Om det, exempelvis, är möjligt att via användarvillkor fastställa att dessa undantag och inskränkningar inte är tillämpliga i den mån lagstiftarna förutsåg är det sannolikt att de kommer att göra så; och om kraven på mänsklig granskning och tvistlösningsmekanismer är för vaga kommer det med stor sannolikhet att undvikas och därmed ha mycket negativa effekter för användaren.

Promemorian frågar sig huruvida undantagen i artikel 17.7 bara bör introduceras i relation till de förfoganden som täcks av delningstjänsterna under definitionerna i artikel 2.6, eller tillämpas på alla undantag och inskränkningar som redan garanteras under lagen. Läser man det andra stycket i artikel 17.7 tillsammans med definitionerna i artikel 1, som klargör att direktivet också fastställer ”bestämmelser om undantag från, och inskränkningar i, upphovsrätt och närstående rättigheter”, framstår det som tydligt att **avsikten är att göra dessa undantag obligatoriska i relation till alla upphovsrättsliga förfoganden**, inte bara de som omfattas av artikel 17. Det framstår för oss även som lagtekniskt *osunt* att enbart genomföra artikel 17.7 som undantag och begränsningar i de upphovsrättsliga förfoganden som täcks av artikel 17. I vår mening borde artikel 17.7 således leda till förändringar av existerande svensk lag, och leda till att undantag introduceras för karikatyr, parodi och pastisch. Vi menar också att nuvarande upphovsrättslag, i enlighet med förändringarna som artikel 17.7 föranleder, bör uppdateras så att **citaträtten även inkluderar audiovisuella element**. På den digitala inre marknaden blir audiovisuella element allt viktigare, i jämförelse med den analoga verklighet under vilken tidigare undantag och inskränkningar formulerades, och där man huvudsakligen citerade och refererade till dokument. Det är i den meningen logiskt att anpassa citaträtten i svensk upphovsrättslagstiftning till en sådan kontext, och att uppdatera lagstiftningen i enlighet med det skulle, i vår mening, vara mest förnuftigt juridiskt.

För att införa tillräckligt starka garantier mot överblockering uppmanar vi lagstiftaren att:

- Betona artikel 17.7:s första stycke när upphovsrättsdirektivet genomförs i svensk lag.
- Genomföra de undantag och inskränkningar som listas under artikel 17.7(a-b) på ett sådant sätt att begränsningar och inskränkningar i svensk nuvarande upphovsrätt anpassas i enlighet med dem.
- Bredda den nuvarande citaträtten till att även täcka audiovisuella citat.

Procedur mot överblockering

För att motverka överblockering bör flera åtgärder införas. Först och främst vill vi åter erinra oss skrivelsen i artikel 17.9, om att ”detta direktiv [inte] på något sätt ska påverka legitim användning, såsom användning inom ramen för de undantag eller inskränkningar som föreskrivs i unionslagstiftningen.” Direktivet kräver således att **genomförandet inte inskränker lagenlig och rättmätig användning**, vilket bör tolkas som att upphovsrättsligt lagenligt användargenererat innehåll inte på ett systematiserat och automatiserat vis får motverkas. Utgångspunkten måste därför vara att specifikt innehåll som flaggas vid uppladdning men som inte utgör *prima facie* intrång *inte* blockeras.

Med det som bakgrund är det en viktig första princip att **automatiska blockerings-, avlistnings- och svartlistningsåtgärder *enbart tillåts* i fall då det rör sig om uppenbart upphovsrättsintrång**, som exempelvis när det rör sig om ett stycke innehåll som utgör en direkt kopia. Det bör också klargöras i hur hög grad en direkt kopia är tillåten, såsom exempelvis hur stor del av en film som får vara en direkt kopia av en annan film för att undgå borttagning. Utan ett sådant klargörande faller citaträtten offer för åtgärderna för att skydda mot upphovsrättsintrång. Detta motsvarar i princip en *de minimis*-provision, där en användare tillåts återanvända en viss andel av upphovsrättsskyddat innehåll under ett automatiskt skydd enligt undantagen. En kombinerad skrivelse som klargör att automatisk blockering enbart tillåts vid *prima facie*-intrång och att användare har rätt till ett *de minimis*-användande under undantagen ger tydlighet gentemot plattformar men framförallt starkt skydd till användare.

Vi menar vidare att **sanktioner måste införas mot delningstjänster som systematiskt plockar ner innehåll** som inte utgör upphovsrättsintrång, eller som, under tidigare definition, överblockerar. Sanktioner måste även införas mot rättighetsinnehavare som systematiskt gör anspråk som drabbar lagligt innehåll.

Om ett filter, eller någon annan form av verktyg som är effektivt och lämpligt för delningstjänsten, upptäcker användargenererat innehåll som potentiellt faller under något av de undantag och inskränkningar som definieras under artikel 17.7 ***stannar innehållet uppe***, eller blockeras inte vid uppladdning, innan vidare granskning. Ur demokratisynpunkt är detta viktigt eftersom syftet med exempelvis parodi och karikatyr är just att reagera på aktuella händelser. Om innehållet döljs under tiden som rättsinnehavarens underrättelse granskas av delningstjänsten innebär det att innehållets syfte går förlorat, och vidare ger ett slutligt godkännande därmed, om det tar lång tid, inte heller mycket mervärde i den demokratiska diskussionen. Det finns dessutom i längden en negativ inverkan på demokratin om det blir möjligt för rättsinnehavare att, med vetskapen om att innehållet döljs, återkommande felaktigt rapportera parodier och karikatyrer som upphovsrättsintrång, då det blir ett sätt att undgå kritisk granskning i realtid. Detta sammantaget menar vi leder till att innehållet, för den demokratiska diskussionens skull, måste finnas tillgängligt medan den mänskliga granskningen av underrättelse eller klagomål görs.

Användaren måste ges en rimlig möjlighet att svara, medan bevisbördan för att det rör sig om upphovsrättsintrång ligger på rättsinnehavaren. Om användaren och rättighetsinnehavaren är av olika åsikt, eller om det finns oklarheter gällande innehållets upphovsrättsliga status, behövs en välfungerande tvistlösningsmekanism. I denna mekanism måste det finnas garantier för att användaren behandlas som jämlike i processen, givet rättighetsinnehavarens fördelar. Vi beskriver nedan hur en sådan tvistlösningsmekanism skulle kunna se ut.

För att införa tillräckligt starka garantier mot överblockering uppmanar vi lagstiftaren att:

- Lagfästa att delningstjänster *enbart* tillåts genomföra automatiska blockerings-, avlistnings- eller svartlistningsåtgärder om det rör sig om ett uppenbart upphovsrättsintrång, som exempelvis direkta kopior.
- Lagfästa att användargenererat innehåll som flaggas men som potentiellt täcks av undantag eller inskränkningar i upphovsrätten *tillåts stanna uppe* tills ett beslut har fattats efter vidare mänsklig granskning.

Tvistlösningsmekanismer – 17.9

Som svar på frågorna:

- 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?
- 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?
- För det fall artikel 2.6 andra stycket enbart utgör exempel på typer av plattformar som inte omfattas av definitionen i första stycket, finns det anledning att återge dem i den svenska lagtexten?
- Har ni andra uppfattningar eller medskick när det gäller tvistlösningsbestämmelserna?

En av de viktiga garantierna för användarnas rättigheter är tvistlösningsmekanismen, där medlemsstaterna ska försäkra att det finns mekanismer både utom och inom domstol för att lösa tvister och för att säkerställa att användare kan pröva sina rättigheter till undantag från eller inskränkningar i upphovsrätten eller närstående rättigheter. Vi vill betona vikten av detta, som ett sätt att försvara användarnas rättigheter mot överblockering.

För att på ett tydligt vis kunna göra det lätt för både delningstjänsten och användaren av densamma att hantera innehållets upphovsrättsliga status föreslår vi att **användare bör kunna deklarerar** om det specifika innehåll som vederbörande laddar upp laddas upp med stöd av något av de angivna undantagen eller inskränkningarna. En användare bör således, när den laddar upp innehåll på en plattform, kunna klargöra om det rör sig om innehåll av exempelvis parodi- eller karikatyrartad natur, eller om vederbörande på annat vis menar sig ha laglig rätt att ladda upp innehållet. Om ett sådant klargörande från användaren finns bör blockering eller avlägsnande ej vara tillåten från delningstjänstens sida förrän tjänsten har granskat huruvida innehållet, såsom användaren påstod, var av sådan natur. En tydlig metod, som liknar den som Wikimedia Commons använder sig av för att avgöra om användaren har rätt till sitt upphovsrättsliga förfogande, skulle kunna vara att användaren, när den har klargjort *att* den avser stödja sig på ett undantag eller en inskränkning, presenteras med vilka undantag och inskränkningar som finns att stödja sig på, varpå vederbörande kan indikera vilket undantag eller inskränkning som anses kunna appliceras på det uppladdade innehållet. Detta ligger i linje med den text under artikel 17.9 som lyder att delningstjänster ska “informera sina användare om att de kan använda verk och andra alster inom ramen för undantag från, eller inskränkningar i, upphovsrätt och närstående rättigheter som föreskrivs i unionsrätten.”

Ett sådant klargörande skulle då innebära ett 'klagomål' i linje med första stycket i artikel 17.9, ett klagomål som delningstjänsten därmed skulle behöva föra vidare till rättighetsinnehavarna (utan att delge information som gör användaren personligt identifierbar, i linje med tredje stycket i artikel 17.9) som enligt andra stycket i artikel 17.9 måste behandla detta utan otillbörligt dröjsmål. **Om innehållet inte behandlas utan otillbörligt dröjsmål fortsätter innehållet att finnas tillgängligt utan vidare åtgärder.** Om rättighetsinnehavaren bestrider användarens klagomål anger den anledningarna till detta till delningstjänsten (i linje med andra stycket i 17.9: ”vederbörligen motivera sin begäran”). Därefter sker den mänskliga granskningen av användarens klagomål och rättighetsinnehavarens begäran. Anledningarna till det slutgiltiga beslutet kommuniceras slutligen till den förlorande parten.

Eftersom karikatyr, pastisch och parodi är sofistikerade exempel på mänsklig kreativitet har få eller inga automatiserade igenkänningstekniker eller filter visat sig kunna skilja mellan dessa och upphovsrättsintrång. **Det är därför viktigt att den vidare granskningen, framförallt vad gäller karikatyr, pastisch och parodi, innebär mänsklig granskning.** Bevisbördan ligger hos rättsinnehavaren, medan delningstjänstens beslut måste baseras på mänsklig granskning.

Rättsinnehavaren måste agera i god tro, så att begäranden om avlägsnande är riktiga. Vi anser att **någon form av påföljd eller straff bör införas för rättsinnehavare som återkommande och avsiktligt, eller med systematisk likgiltighet, gör felaktiga underrättelser.** Användare och plattformar som utsätts för avsiktligt orättfärdiga underrättelser bör vara berättigade till ersättning. Vi menar också att **sanktioner måste införas mot delningstjänster som systematiskt plockar ner innehåll** som inte utgör upphovsrättsintrång, eller som, under tidigare definition, överblockerar. Slutligen bör kraven på delningstjänsterna att förse rättsinnehavarna med nödvändig information kunna utsträckas till användare och allmänhet, och konsumentorganisationer bör kunna väcka talan mot delningstjänster som otillbörligt överblockerar.

Vi är även oroade över den roll som delningstjänster kommer att få när det kommer till att tolka lagen, om de utomrättsliga tvistlösningsmekanismerna enbart ska förstås som mekanismer inom deras plattformar. Det är sannolikt att mekanismer för att lösa tvister som har utformats av plattformarna själva redan på förhand är partiska i sina bedömningar. **Vi skulle därför vilja föreslå att en upphovsrättsombudsman tillsätts,** motsvarande skrivelser om andra ombudsmannaroller i svensk lag. Vi skulle också vilja föreslå att den svenska regeringen verkar för en **ombudsmannaroll på europeisk nivå,** för att representera användaren i tvister gentemot plattformar och delningstjänster.

Det finns såklart möjligheten att ta tvisten till domstol och att använda det juridiska systemet; det är dock både tidskrävande och kostsamt, och leder till höga trösklar för användaren. För att göra det lätt för användare att föra fram klagomål behöver trösklarna vara låga, vilket en upphovsrättsombudsmannaroll skulle kunna bidra till.

Vi är medvetna om det höga tryck som kommer att hamna på delningstjänster för att hantera klagomål, framförallt eftersom vi menar att klagomål rörande undantag och inskränkningar måste genomgå mänsklig granskning. Det är i användarens intresse att få en snabb process och ett snabbt svar, men givet några av de största plattformarnas storlek kommer en behandling inom, säg, 24 timmar, helt enkelt inte vara möjlig. Det är inte upp till oss att säga vad som är möjligt, så länge som målet är att minimera den tid det tar när de mest effektiva och lämpliga medlen används. Det är *emellertid* oerhört viktigt att innehåll fortsatt är tillgängligt fram tills den vidare mänskliga granskningen är genomförd. Det innebär att när ett klagomål behandlas är innehållet fortfarande tillgängligt på plattformen. Om innehållet avlägsnas från plattformen innan klagomålet har behandlats finns det inget incitament för delningstjänsten att behandla klagomålet ”utan otillbörligt dröjsmål”. Som ett incitament för delningstjänsten att behandla klagomålet snabbt, och som en rättighet som bör ges till användaren, måste innehållet kunna fortsätta finnas tillgängligt online fram tills dess att ett slutligt beslut har tagits. Dessutom är det viktigt att innehållet fortsätter finnas tillgängligt online av demokratiskäl, vilket vi argumenterat för ovan.

Vi menar att innehåll bara bör tas ner omedelbart, eller automatiskt blockeras, när det rör sig om en direkt kopia av ett upphovsrättsskyddat innehåll. Annars bör innehållet fortsätta finnas tillgängligt online tills det har granskats vidare.

För att införa en välfungerande tvistlösningsmekanism som gör användaren till en jämlike i processen uppmanar vi lagstiftaren att:

- Lagfästa att användare bör kunna deklarerera om det specifika innehåll som vederbörande laddar upp laddas upp med stöd av något av de angivna undantagen eller inskränkningarna.
- Klargöra att rättsinnehavaren har bevisbördan för påståendet att innehåll utgör ett upphovsrättsligt intrång.
- Införa straffrättsliga påföljder för rättsinnehavare som avsiktligt gör orättfärdiga underrättelser; berörda användare och delningstjänster bör få ersättningar från sådana otillbörliga underrättelser.
- Införa straffrättsliga påföljder för att sanktionera delningstjänster som systematiskt ägnar sig åt överblockering, det vill säga att automatiskt blockera eller plocka ner innehåll som inte bryter mot upphovsrätten.

Definition av plattformar – 2.6

Som svar på frågorna:

- Vad krävs för att en tjänst ska anses ha delning av innehåll som "ett huvudsyfte"?
- Vilka konkreta åtgärder måste en tjänsteleverantör vidta för att den ska anses "ordna" innehållet? Vad krävs för att tjänsteleverantören ska anses "marknadsföra" innehållet?
- Finns det förståelsen anledning att föra in något eller några av de moment som anges i skälen men som inte återges uttryckligen i artikel 2.6 i den svenska lagtexten? I så fall vilka? Finns det – å andra sidan – några risker med ett sådant tillvägagångssätt?
- För det fall artikel 2.6 andra stycket enbart utgör exempel på typer av plattformar som inte omfattas av definitionen i första stycket, finns det anledning att återge dem i den svenska lagtexten?

Vidare definition av delningstjänst

Ur perspektivet vad som är lagtekniskt sunt finns det ingen *direkt* anledning att återge det andra stycket i definitionen av vad som är – och vad som inte är – en onlineleverantör av delningstjänster (delningstjänst) för innehåll enligt artikel 2.6. Det återstår dock flera oklarheter gällande vad som faktiskt utgör en delningstjänst. Promemorian argumenterar för att webbplatser såsom diskussionsforum eller dejtingappar *borde* ses som exkluderade i enlighet med definitionen, vilket förvisso kan stämma, men det beror på hur man tolkar skrivelsen om att ha "som huvudsyfte eller ett av sina huvudsyften". Enligt samma logik skulle Google mycket väl kunna anses ha "att vara en sökmotor" som huvudsyfte, snarare än att ordna och marknadsföra stora mängder upphovsrättsskyddat användargenererat innehåll; och Facebook att "vara ett socialt nätverk".

Dessutom är "i vinstsyfte" tvetydigt. Vad innebär "utan vinstsyfte" och "ideellt", såsom det andra stycket anför? EU-kommissionen har i en publicerad FAQ klargjort att Wikipedia, exempelvis, inte ska ses som en tjänsteleverantör med avseende på tillämpningen av detta

direktiv, och plattformen antas vara vad som syftas på med uteslutandet av "onlineencyklopedier utan vinstsyfte". Allt innehåll på Wikimediaplattformarna kan dock användas av andra för att generera vinst, eftersom de är fritt licensierade. På samma vis skulle startups inom universitetsvärlden kunna använda upphovsrättsskyddat material från "fillagringsplatser för vetenskapligt och pedagogiskt material utan vinstsyfte" för att i sin tur generera vinst för sina företag. Det finns alltså flera exempel, verkliga eller potentiella, på leverantörer vars egen modell inte omfattar förfoganden med vinstsyfte, men där vinstsyfte kan uppstå i nästa led. Även om det är *troligt* att dylika tjänsteleverantörer ej omfattas med tanke på skrivelsen om vinstsyfte, är det värt att **förtydliga ytterligare att det är leverantörens eget vinstsyfte som är avgörande**, och inte användningen av innehållet i ytterligare led.

I stället för att förlänga listan över plattformar eller plattformstyper som *inte* omfattas förefaller det för oss vara ett rimligare tillvägagångssätt att **tydligare begränsa definitionen i den första paragrafen**. En snävare definition som bidrar till att även exkludera exempelvis diskussionsforum och dejtingsidor – eller webbplatser utan vinstsyfte men där innehållet kan användas för att generera vinst – skulle kunna innebära att enbart stora leverantörer omfattas, vilket ligger i linje med skäl 62:s förtydligande om att endast delningstjänster "som spelar en viktig roll på innehållsmarknaden online" bör omfattas. Vi förordar även en ytterligare betoning på delningstjänstens syfte att göra vinst, eftersom det minskar risken för att modeller där det är svårare att tydligt klargöra om det finns ett vinstmotiv eller inte av lagtekniska misstag omfattas. Vi menar också att skrivelsen "som leverantören ordnar och marknadsför i vinstsyfte" kan förtydligas. Ordnar och marknadsför i den här betydelsen borde innebära att sälja marknadsföring som är anpassad till mottagaren, vilket även direktivet tycks mena i skäl 62: "i syfte att direkt eller indirekt generera vinst genom att organisera och marknadsföra innehållet i avsikt att locka en större publik, också genom att ordna det i kategorier och inkludera riktad marknadsföring". Vi menar att det är en viktig markör som tydliggör vad huvudsyftet för de delningstjänster som direktivet verkar vilja nå verkligen består i.

Utöver de anledningar som har att göra med en anpassning av definitionen till vad direktivet anför i sina skäl finns det, menar vi, en viktig ideologisk anledning till att förtydliga vinstsyftet som vägledande för vilka plattformar som omfattas av definitionen. Bland de hundra mest besökta webbplatserna i världen finns det, enligt Alexa, bara en helt icke-kommersiell, och det är Wikipedia.⁶ I dagens onlinemiljö saknar vi något som vi i Europa och Sverige har kommit att uppskatta offline och i traditionella medier: offentliga utrymmen och allmänna tjänster. En definition som tydligt klargör att tjänster utan vinstsyfte inte omfattas vore därför ett steg i rätt riktning.

Vi skulle därför föreslå att det första stycket i artikel 2.6 införs i svensk lagstiftning, men med några förändringar utifrån det som anføres ovan. Det innebär följande ändringsförslag (markerat i **rött**):

- **Direktivets text** (2.6, första stycket): "onlineleverantör av delningstjänster för innehåll: en leverantör av en av informationssamhällets tjänster som har som huvudsyfte eller ett av sina huvudsyften att lagra och ge allmänheten tillgång till en stor mängd

⁶ Se Alexas lista över mest besökta webbplatser (globalt eller i Sverige): <https://www.alexa.com/topsites> Globalt är den enda andra topplista webbplatsen som eventuellt kan ses som icke-kommersiell brittiska BBC.

upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som laddats upp av dess användare, som leverantören ordnar och marknadsför i vinstsyfte”.

- **Ändringsförslag:** ”onlineleverantör av delningstjänster för innehåll: **ett vinstdrivande företag som är leverantör** av en av informationssamhällets 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 **i vinstsyfte och marknadsföring som är anpassad till mottagaren.**”

Slutord

Mycket av debatten kring direktivet har kretsat kring balansen mellan rättighetsinnehavare och delningstjänster. Båda dessa är resursstarka påtryckningsgrupper, som har kunnat göra sin röst hörd. Användares rättigheter har därför i alltför stor utsträckning kommit bort och kommit i kläm.

Vi finner det glädjande att Justitiedepartementets promemoria ändå ägnar användares rättigheter så pass stor uppmärksamhet som de gör. Dock vill vi gå längre i flera avseenden. För det **första** måste det tydligt klargöras att det är en *tresidig* balans som lagstiftaren måste förhålla sig till. För det **andra** är användarna den svagaste parten av de tre, med minst resurser och minst möjligheter att skydda sina rättigheter. För det **tredje** måste därför lagstiftningen utformas så att den väger upp användarens underläge och jämnar ut spelplanen.

Vi har försökt ge några förslag och tankar därtill i detta yttrande, och svarar gärna på ytterligare frågor om så önskas.