



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Olivia Sandin

Brace yourselves, meme ban is coming (?)

En undersökning av det nya copyrightdirektivet i ljuset av yttrandefriheten

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Emma Ahlm

Termin: VT 2019

INNEHÅLL

SUMMARY	3
SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	5
1. INLEDNING	6
1.1 Bakgrund.....	6
1.2 Syfte och frågeställningar.....	7
1.3 Avgränsningar.....	7
1.4 Metod, material och perspektiv.....	7
1.4.1 Metod.....	7
1.4.2 Material.....	8
1.4.3 Perspektiv.....	8
1.5 Forskningsläge.....	9
1.6 Disposition.....	9
2. YTTRANDEFRIHET OCH EU-STADGAN	10
2.1 Bakgrund.....	10
2.2 Allmänt och syfte.....	10
2.3 EU-stadgans artikel 11.....	11
2.4 Inskränkningar av yttrandefriheten.....	12
3. UPPHOVSRÄTT OCH COPYRIGHTDIREKTIVET	14
3.1 Allmänt om upphovsrätt.....	14
3.2 Upphovsrätt inom EU-rätten.....	14
3.3 Copyrightdirektivet.....	15
3.4 Copyrightdirektivets artikel 17.....	16
3.5 Inskränkningar av artikel 17.....	19
4. ATT BEGRÄNSA GRUNDLÄGGANDE RÄTTIGHETER	20
5. ANALYS	22
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	28

SUMMARY

Ever since the rise of the internet, the copyright legislation has been forced to modernize to be able to cope with situations where copyright protected materials are spread across the internet in new ways and in a greater magnitude than before. Through file sharing, streaming and sharing of material via social media platforms protected work can easily be spread to large groups. As part of the effort for modernization in the field of copyright, a new EU-directive has been adopted. The directive is called *Copyright in the digital single market 2016/0280(COD)* and is also known as the Copyright Directive. The directive has been getting a lot of attention online and has both been praised and criticized. One of the most discussed regulations is article 17, which critics argue is a restriction of the freedom of speech and prohibition of internet phenomenons such as memes.

The criticism of the Copyright Directive serves as an analysis point for what article 17 could mean in relation to freedom of speech, which is guaranteed in the EU Charter of Fundamental Rights, article 11. This has mainly been done from a critical point of view through an EU-judicial method. The starting point for the analysis has been a judgment of proportionality, where the copyright and the freedom of speech have been put against each other in the light of the copyright directive.

SAMMANFATTNING

Alltsedan internets uppkomst har upphovsrätten tvingats till modernisering för att kunna hantera situationer där upphovsrättsligt skyddat material sprids över nätet på nya sätt i större omfattning än tidigare. Genom fildelning, streaming och delning av material via sociala medieplattformar kan skyddade verk spridas till stora grupper online med enkelhet. I takt med detta behov av modernisering på upphovsrättens område har ett nytt EU-direktiv antagits, nämligen *Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden (2016/0280(COD))* vilket även kallas för copyrightdirektivet. Direktivet har uppmärksammats enormt online och har både hyllats och kritiserats. En av de mest debatterade bestämmelserna är artikel 17 som kritikerna menar innebär inskränkningar i yttrandefriheten samt förbud mot internetfenomen så som memes.

I uppsatsen har såväl copyrightdirektivet som kritiken riktad mot detta behandlats i syfte att förstå vad artikel 17 faktiskt kan innebära i förhållande till yttrandefriheten som garanteras i EU-stadgans artikel 11. Detta har främst gjorts utifrån ett kritiskt perspektiv genom en EU-rättslig metod. Utgångspunkten för analysen har varit en proportionalitetsbedömning där upphovsrätten och yttrandefriheten har ställts emot varandra i ljuset av copyrightdirektivet.

FÖRKORTNINGAR

Copyrightdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden
EU	Europeiska unionen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU-stadgan	EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
GA	Advocate General
Infosocdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

1. INLEDNING

1.1 Bakgrund

”Meme ban” hit, ”internets död” dit. Majoriteten internetanvändare är redan trötta på rubrikerna. Länkskatt, uppladdningsfilter och kränkningar mot yttrandefriheten är bara några få exempel av de begrepp som om och om igen uppenbarats sig i artiklar och på internetforum med sin kulmen vid början av 2019. Begreppen kan härledas från kritiken som riktats åt ett nytt EU-direktiv, nämligen *Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden* — det så kallade copyrightdirektivet.¹ Framstående medieplattformar som The New York Times² och The Guardian³ har ihärdigt uppmärksammat direktivet och onlineforum har svämmat över med åsikter angående EU:s nya upphovsrättsliga regler. Kritikerna har uttryckt att direktivets bestämmelser och främst artikel 17 kommer inskränka yttrandefriheten online samt hämma uppkomsten av internetfenomen. En kritiker är EU-parlamentarikern Fredrik Federley som uttryckt att direktivet ”riskerar att förstöra internet som vi känner till det idag”.⁴

I kontrast till den omfattande kritiken har copyrightdirektivet hyllats av såväl konstnärer⁵ som immaterialrättsjurister⁶. Förespråkarna menar att direktivets bestämmelser främjar rättighetsinnehavarnas rätt till upphovsrättsligt skydd och rätt till intäkter för sina verk. Bättre tillgänglighet på nätet för användare och befrämjande av yttrandefriheten förekommer också som argument till förmån för direktivet.

Det föreligger alltså starka åsikter och uppenbara meningsskiljaktigheter i frågan. Genom den omfattande mediala uppmärksamhet copyrightdirektivet fått har alla som velat kunnat skapa sig en egen uppfattning och ställa sig på endera sida debatten redan innan direktivet implementerats. Men

¹ *Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden (2016/0280(COD))*

² Se <<https://www.nytimes.com/2019/03/26/business/eu-article-13-copyright.html>> (besökt 2019-04-11).

³ Se <<https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/26/what-do-major-copyright-changes-mean-for-internet-freedom>> (besökt 2019-04-11).

⁴ Se <<https://www.svt.se/kultur/svensk-enighet-infor-omstridda-eu-forslaget-alla-partier-sager-nej>> (besökt 2019-04-18).

⁵ Se <<http://www.klys.se/sveriges-samlade-kulturskaparkar-om-copyrightdirektivet/>> (besökt 2019-04-17).

⁶ Se <<https://www.stim.se/sv/nyheter/professor-jan-rosen-direktivet-kommer-innebara-bättre-tillganglighet-pa-natet>> (besökt 2019-04-18).

vilken sida av debatten har egentligen rätt? Vad baseras kritiken på, och hur kommer detta medialt omtalade direktiv faktiskt påverka EU-rätten och yttrandefriheten?

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att undersöka *Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden (2016/0280(COD))* i ljuset av yttrandefriheten garanterad av EU-rätten. Med inspiration i den debatt som förts angående direktivet ämnar följande framställning att utreda samt besvara nedanstående frågeställningar:

- Inskränkts yttrandefriheten garanterad av EU-stadgans artikel 11 genom tillämpningen av copyrightdirektivets artikel 17?
- Om så är fallet, är dessa inskränkningar legitima och proportionerliga?

1.3 Avgränsningar

Direktivet är ännu inte implementerat i medlemsstaterna, vilket innebär att följande framställning koncentrerats till EU-rättslig nivå. På grund av uppsatsens fasta ramar som medför begränsat utrymme behandlas inte heller internationell rätt.

Ytterligare avgränsningar har gjorts i förhållande till copyrightdirektivet då endast ett fåtal artiklar kommer nämnas och uteslutande artikel 17 kommer diskuteras samt analyseras. Även detta beror på utrymmesbrist, men medför också ytterligare precision vid besvarandet av frågeställningarna.

1.4 Metod, material och perspektiv

1.4.1 Metod

Uppsatsen präglas av EU-rättslig metod som ett tillvägagångssätt för hanteringen av det EU-rättsliga materialet. Tolkningsunderlaget EU-rätten tillhandahåller består bland annat av gemenskapsrättens centrala och auktoritativa rättskällor så som EU:s syften, EU-rättslig praxis, allmänna rättsprinciper⁷ samt förarbeten i den mån dessa finns tillgängliga och är relevanta samt lämpliga vid tolkning. Doktrin är ytterligare en källa av relevans trots dess något milda inflytande vid EU-domstolen. Den rättsvetenskapliga debatt som förs i doktrinen har i praktiken ett stort värde

⁷ Exempelvis proportionalitetsprincipen. Se Reichel (2018) s. 127.

för förståelse av EU-rätten och dess bestämmelser.⁸ Värdefull tolkningsinformation kan också finnas i ingressen till olika rättsakter trots att innehållet inte i sig är juridiskt bindande.⁹ Detta material kommer tolkas teleologiskt då bestämmelsernas bakomliggande syfte spelar stor roll för såväl förståelse som tolkning av EU-rätten. En sådan starkt ändamålsorienterad tolkningsmetod kräver att hänsyn tas till såväl bestämmelsens sammanhang som åsyftade mål.¹⁰

1.4.2 Material

Med den EU-rättsliga metoden som bakgrund har såväl direktivtext som direktivets ingress använts som utgångspunkt för uppsatsen rent materialmässigt. Rättskällorna består av copyrightdirektivet samt EU-rättens regleringar av yttrandefriheten i EU-stadgan och till viss del även *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (EKMR). Viktigt att påpeka här är att EU-stadgan är utgångspunkten för diskussionen och att EKMR endast används som tolkningskomplement vid behov. Även en del EU-rättslig praxis har använts för att klargöra rättsläget.

Ovan material har kompletterats med relevant litteratur på området. Den utvalda litteraturen används som hjälpmedel till analys och diskussion har valts ut för att så neutralt som möjligt skildra rättsläget som det ser ut idag. Utöver detta har olika artiklar och publiceringar noggrant valts ut för att så rättvisande som möjligt skildra olika åsikter och tendenser inom ramen för copyrightdirektivet. Detta har gjorts i syfte att möjliggöra en avslutande argumenterande analys.

1.4.3 Perspektiv

För att kunna sätta direktivet på prov kommer ett kritiskt perspektiv tillämpas. Detta tar sig främst uttryck i analysdelen där en kritisk diskussion förs i syfte att framföra samt bemöta olika argument angående just yttrandefrihet, upphovsrätt och copyrightdirektivets utformning. Det kritiska ligger således i utformningen av analysen och på det sätt argument ställs emot varandra för jämförelse och granskning.

⁸ Bergström och Hettne (2014) s. 63.

⁹ Ibid. s. 392.

¹⁰ Reichel (2018) s. 122.

Utöver detta kommer framställningen ha ett rättighetsperspektiv med fokus på huruvida rätten till yttrandefrihet bevaras i tillräcklig grad i copyrightdirektivets bestämmelser.

1.5 Forskningsläge

Det finns omfattande forskning på området som behandlar EU:s upphovsrätt kontra yttrandefrihet. Jan Rosén är ett exempel på en framstående svensk jurist som behandlat frågan i sin artikel "Freedom of expression in lineage with authors' rights".¹¹ F.d lagman Henry Olsson för i sin bok "Copyright — Svensk och internationell upphovsrätt" argument kring förhållandet rättigheterna emellan.¹² Immaterialrättsprofessor P. Bernt Hugenholtz gör en motsvarande analys i artikeln "Copyright and Freedom of Expression in Europe".¹³ Dessa är endast några få exempel av många som behandlar den aktuella frågan.

Dock finns det begränsat med forskning på området för copyrightdirektivet då detta inte implementerats i medlemsländerna ännu. Följande framställning ämnar att bidra till utformningen av den, för stunden, ringa forskning som finns beträffande copyrightdirektivet i förhållande till yttrandefrihet.

1.6 Disposition

Efter detta inledande kapitel följer en genomgång av gällande rätt angående yttrandefriheten inom EU och dess begränsningar. Därefter följer motsvarande behandling av upphovsrätten inom EU med två avslutande avsnitt specifikt tillägnade copyrightdirektivet och dess artikel 17. Sedan följer kapitel fyra som behandlar hur EU generellt kan begränsa grundläggande rättigheter. Vidare i kapitel fem förs, genom EU-rättslig metod samt ovan nämnda perspektiv, en avslutande analys av artikel 17 i copyrightdirektivet i relation till yttrandefriheten.

¹¹ Rosén, Jan: 'Freedom of expression in lineage with authors' rights', NIR 1/2007.

¹² Hugenholtz, Bernt P: 'Copyright and Freedom of Expression in Europe' i Cooper Dreyfuss, First & Leenheer Zimmerman: *Innovation Policy in an Information Age*, Oxford 2000.

¹³ Olsson (2018) s. 47—48.

2. YTTRANDEFRIHET OCH EU-STADGAN

2.1 Bakgrund

De grundläggande rättigheterna etablerade i EU-rätten vi känner till idag har en lång, omfattande process bakom sig och har utvecklats steg för steg. De första stegen togs i och med EU-domstolens erkännande av allmänna rättsprinciper samt behovet av processuella rättigheter för enskilda inför kommissionen. Genom detta, i kombination med EU-domstolens tidigare praxis på området, utvecklades ett rättighetsskydd som numera är grundläggande för medlemsstaterna.¹⁴ Principerna kodifierades genom Lissabonfördraget då EU:s stats- och regeringschefer beslöt att *EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna* (EU-stadgan) som utformades 1999 skulle vara rättsligt bindande med start från 2009.¹⁵ Lissabonfördragets reglering kommer till uttryck i artikel 6.1 FEU där det fastslås att EU-stadgan ska ha samma rättsliga värde som fördragen. Artikeln innebär med andra ord att stadgan omfattas av primärrätten.¹⁶

Utifrån primärrätten, som är den överordnade och mest grundläggande nivån i EU:s normhierarki, ställs begränsningar för hur EU:s lagstiftningsförfarande får se ut och beslut tas angående olika föreskrifter. Dessa föreskrifter utgör sekundärrätten och gestaltas genom exempelvis förordningar, direktiv och beslut.¹⁷ Sekundärlagstiftningen ska tolkas och tillämpas i ljuset av primärrätten och de grundläggande rättigheter som skyddas där.¹⁸

2.1 Allmänt och syfte

EU-stadgan är i grunden en samling principer och rättigheter som återspeglar medlemsstaternas nationella och centrala grundlagsbestämmelser samt internationella förpliktelser. Merparten bestämmelser som kodifierats är grundläggande rättigheter som EU-domstolen redan innan stadgan förklarat vara skyddade genom praxis.¹⁹

¹⁴ C-42 & C-49/51 *S.N.U.P.A.T. v. Höga myndigheten*, EU:C:1961:5 samt C-29/69 *Erich Stauder v. Stadt Ulm (Sozialamt)*, EU:C:1969:57.

¹⁵ Lebeck (2016) s. 33–34.

¹⁶ Bergström och Hettne (2014) s. 21.

¹⁷ Ibid. s. 34.

¹⁸ Lebeck (2016) s. 47.

¹⁹ Bergström och Hettne (2014) s. 25.

En av de mest grundläggande rättigheterna i EU-stadgan är artikel 11 om yttrande- och informationsfrihet. Genom regleringen åsyftade lagstiftarna att åstadkomma tillåtelse av personliga, religiösa och estetiska uttryck samt möjliggöra debatter av både vetenskaplig och samhällslig karaktär. Även allmänintresset att bidra till kunskapsspridning och manifestation av personliga uttryck ingår i den långa raden motiveringar för yttrandefrihet.²⁰ I och med den tekniska utvecklingen de senaste åren har internet blivit ett betydelsefullt forum för yttrandefriheten genom de lättillgängliga spridningsmöjligheterna tekniken innebär.²¹

2.3 EU-stadgans artikel 11

EU-stadgans artikel 11.1 stadgar följande:

Var och en har rätt till yttrandefrihet. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser.

EU-medborgare har alltså en grundläggande rätt att inte censureras eller förhandsgranskas av myndigheter när de yttrar sig eller sprider yttranden. Denna rättighet består oavsett och oberoende av territoriella gränser. Skyddet för yttrandefriheten rör huvudsakligen religiösa, politiska, vetenskapliga och konstnärliga yttranden som sprider kunskaper, åsikter eller uttryck. Utöver yttranden i tryck omfattar artikel 11 såväl elektroniska som muntliga yttranden.²²

Artikeln ovan och dess formulering är nästintill identisk med artikel 10.1 i EKMR som också föreskriver fundamentala rättigheter för unionens medborgare och medlemsstater. Viktigt att komma ihåg är att EKMR inte är rättsligt bindande för EU-domstolen och betraktas därför inte som en rättskälla inom EU-rätten. Trots detta har EKMR en särskild betydelse som internationell förpliktelse och har inverkat indirekt på EU-domstolens rättspraxis.²³ EKMR:s artikel 10 och EU-stadgans artikel 11 är tydligt sammankopplade då de i stor utsträckning motsvarar varandra.²⁴

²⁰ Lebeck (2016) s. 325.

²¹ Se *Ahmet Yildirim v. Turkiet*, no. 3111/10, ECHR 2012 punkt 54.

²² Se <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_human_rights_guidelines_on_freedom_of_expression_online_and_offline_en.pdf> punkt 23.

²³ Bergström och Hettne (2014) s. 172–173.

²⁴ Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, EUT 2007 C 303, punkt 11.1.

Artikel 10 är dock mer preciserad angående möjligheter för inskränkningar av skyddet för yttrandefrihet.²⁵ Denna skillnad får emellertid inte så stor betydelse i praktiken då artikel 11 i stadgan har samma innebörd och räckvidd som EKMR:s artikel 10.²⁶ Det innebär att det inte får förekomma mer omfattande begränsningar eller lägre skyddsnivå av yttrandefriheten i stadgan än vad som föreskrivs i EKMR, vilket gör att även artikel 10 kan användas vid olika typer av bedömningar av yttranden inom EU-rätten. När EU:s rättighetsskydd aktualiseras är stadgan alltså utgångspunkten, men EKMR kan användas som tolkningsmaterial i andra hand om behovet finns.²⁷

2.4 Inskränkningar av yttrandefriheten

Yttrandefrihet är inte en absolut rättighet. Vissa inskränkningar får göras förutsatt att föreskrivna krav är uppfyllda. Artikel 52.1 i EU-stadgan föreskriver att:

Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

I artikeln finns olika krav på tillåtna inskränkningar, så som inskränkningar föreskrivna i lag, inskränkningar förenliga med rättigheternas och friheternas väsentliga innehåll samt nödvändiga inskränkningar. Också behovet av skydd för andras rättigheter är en möjlig grund för inskränkningar av EU-stadgans yttrandefrihet, precis som allmän säkerhet samt hälsa och moral.²⁸ Proportionalitet krävs också vid inskränkning av begränsningsbara rättigheter, vilket diskuteras mer ingående nedan.²⁹

Ytterligare inskränkningar av yttrandefriheten kan förekomma genom äganderätten. Äganderätten är nämligen, precis som yttrandefriheten, en grundläggande rättighet inom EU-rätten som erkänts

²⁵ Se artikel 10.2 EKMR.

²⁶ Se artikel 52.3 EU-stadgan.

²⁷ Woods (2014) s. 315.

²⁸ Lebeck (2016) s. 160.

²⁹ Se kapitel 4.

innefatta även immateriella rättigheter.³⁰ Spänningen rättigheterna emellan har gett upphov till konflikter, vilket resulterat i viss praxis från EU-domstolen.³¹ GA Stix-Hackl uttalade i målet Zino Davidoff S.A att inskränkningar av yttrandefriheten till förmån för immateriella rättigheter är legitima under förutsättning att dessa är proportionella och rimliga.³² Ett annat uppmärksammat mål är RTL Television där upphovsmäns moraliska rätt till sina verk aktualiserades. Här konstaterade EU-domstolen att yttrandefriheten i EU-stadgan ska tolkas i ljuset av rättsordningens skydd för andras immateriella rättigheter.³³ Praxis visar på ett starkt skydd för immaterialrätter inom EU, även i de fall yttrandefriheten inskränks och begränsas.³⁴

³⁰ Lebeck (2016) s. 372.

³¹ Woods (2014) s. 314.

³² C-414/00, C-415/99 & C-416/99 *Zino Davidoff SA mot A & G Imports Ltd och Levi Strauss & Co. m.fl. mot Tesco Stores Ltd m.fl.*, EU:C:2001:617, förslag till avgörande av GA Stix-Hackl, para 63.

³³ C-245/01 *RTL Television GmbH mot Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, EU:C:2003:580, paras 69–70.

³⁴ Lebeck (2016) s. 332.

3. UPPHOVSRÄTT OCH COPYRIGHTDIREKTIVET

3.1 Allmänt om upphovsrätt

Alltsedan internets uppkomst har upphovsrätten tvingats till modernisering för att kunna hantera situationer där material sprids över nätet på nya sätt och i större omfattning än tidigare. Genom fildelning, streaming och delning av material via sociala medieplattformar kan upphovsrättsligt skyddade verk spridas till stora grupper online med enkelhet. Sådana uppladdningar är ofta att anse som överföringar till allmänheten, vilket innebär att de kan bryta mot upphovsrättsliga regleringar om inte rättighetsinnehavaren gett tillstånd. De teknologiska framstegen har också lett till att man kan bli upphovsman på nya sätt genom att exempelvis skapa videor, musik eller andra verk direkt på internet, ofta i kombination med andras redan existerande verk. Detta material kan sedan laddas upp utan varken tillstånd eller producenter, vilket gör att kontrollen av upphovsrättsligt skyddat material blir komplicerad att genomföra.³⁵

3.2 Upphovsrätt inom EU-rätten

EU-stadgan erkänner skyddet av immateriell egendom som en grundläggande rättighet i artikel 17.2. Artikel 17 i stadgan kan, precis som artikel 11, begränsas och inskränkas. Regleringen för detta återfinns i artikel 52.1, vilken redogjorts för ovan.³⁶

Går vi vidare till sekundärrätten finns en del direktiv på upphovsrättens område. Dessa reglerar medlemsstaternas samt dess invånares upphovsrättsliga rättigheter och skyldigheter. Särskilt intressant att nämna är *Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informations-samhället* (Infosocdirektivet) som innehåller viktiga bestämmelser för modernisering av upphovsrätt i den digitala omgivningen. Dess inledande artiklar behandlar upphovsmäns rättigheter som främst består av spridningsrätt, mångfaldiganderätt samt rätt till överföring till allmänheten. Ensamrätten kan dock inskränkas och användning av skyddat material i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte är enligt artikel 5.2 tillåtet. Vidare föreskriver artikel 8.3 i Infosocdirektivet att rättighetsinnehavare ska kunna begära nedtagning av upphovsrättsskyddat material från tjänster som utgör mellanhänder (som exempelvis Youtube). Infosocdirektivet föreskriver alltså en ansvars-

³⁵ Olsson (2018) s. 31.

³⁶ Se punkt 2.1.4.

fördelning som innebär att rättighetsinnehavarna behöver ha en aktiv roll online för att förhindra upphovsrättsliga övertramp på diverse plattformar.³⁷

3.3 Copyrightdirektivet

Med start år 2016 utvecklade EU-kommissionen ett förslag till modernisering av bestämmelser om upphovsrätt på den digitala inre marknaden.³⁸ Genom ett ordinarie lagstiftningsförfarande präglat av debatter och bearbetningar modifierades direktivförslaget och slutligen antogs en text av Europaparlamentet i mars 2019.³⁹ Den 15:e april 2019 antog också Europeiska unionens råd samma version av direktivet och två dagar senare signerades akten av såväl rådet som Europaparlamentet.⁴⁰ Förfarandet resulterade i *Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden*, alltså copyrightdirektivet. Trots en del förändringar sedan första utkastet 2016 står direktivet fast vid samma syfte — att främja EU:s inre digitala marknad samt värna om rättighetsinnehavares rättigheter. Upphovsrätsreformen har utöver detta tre huvudsakliga mål: bättre tillgång till upphovsrättsskyddat material för användare online, bättre möjligheter att använda upphovsrättsskyddat material i samband med utbildning, forskning, kulturarv och funktionshinder samt tydligare reglering för upphovsrättsmarknaden för att stimulera skapandet av konstnärligt material.⁴¹ I ingressen till direktivet uppmärksammas den tekniska utvecklingens framsteg som ett ytterligare skäl för ny lagstiftning på området.⁴²

Copyrightdirektivet har fått medhåll av såväl musiker som immaterialrättsjurister vilka samstämmigt bekräftat behovet av en ny reglering.⁴³ Bland annat har Jan Rosén, professor i immaterialrätt, stöttat direktivet och uttryckt att det främjar yttrande- och informationsfriheten

³⁷ Olsson (2018) s. 28.

³⁸ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, KOM(2016) 593 slutlig.

³⁹ Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 26 mars 2019, 2016/0280(COD), T8-0231/2019.

⁴⁰ Se <[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0280\(OLP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0280(OLP))> (besökt 2019-05-10).

⁴¹ Se <http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-5761_sv.htm>.

⁴² Se skäl 3 i 2016/0280(COD).

⁴³ Se exempelvis <<https://digital.di.se/artikel/118-kompositorer-och-latskrivare-eu-skydda-vara-rattigheter-nu?fbclid=IwAR3u2PyA3oPce-hQ2I5qURAV5MuZ7J53F0refMR27exYdzPxbM8HcWDRkEw>> (besökt 2019-04-11).

genom de inskränkningar och undantag som görs.⁴⁴ I kontrast till detta har direktivet kraftigt kritiserats av såväl internetexperter⁴⁵ som jurister⁴⁶. Kritikerna har gemensamt uttryckt oro för begränsningar av det fria internet vi känner till idag. Inskränkningar i yttrande- och informationsfriheten, förbud mot internetfenomen som memes och uppladdningsfilter har varit frekvent förekommande argument i debatten mot direktivet.⁴⁷ Denna oro baseras främst på direktivets artikel 17, vilket motiverar en mer utförlig redogörelse av bestämmelsen.

3.4 Copyrightdirektivets artikel 17

Artikel 17 tar utgångspunkt i begreppet ”onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll” och användning av skyddat innehåll via dessa leverantörer när tillämpningsområdet av artikeln definieras. En onlineleverantör av delningstjänster för innehåll (fortsättningsvis kallad ”plattform”) är enligt definitionen i artikel 2.6:

[...] 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 upphovsrättskyddade verk eller andra skyddade alster som laddats upp av dess användare, som leverantören ordnar och marknadsför i vinstsyfte.

Youtube, Facebook och Google News är några av de sociala medieplattformar som omfattas av begreppet och därmed faller inom tillämpningsområdet för artikel 17. För de plattformar som omfattas av artikeln har det tydliggjorts att dess tillgängliggörande av material innebär överföringar till allmänheten trots det faktum att det är plattformens användare som laddar upp materialet. Därmed behöver plattformarna erhålla tillstånd för sådana överföringar. Punkt 1 i artikeln understryker att plattformarna ska erhålla sådana tillstånd av rättighetsinnehavare, så som upphovsmän, konstnärer, m.fl., genom exempelvis licensavtal för att få överföra verk till eller tillgängliggöra alster för allmänheten. Licenserna och tillstånden som tecknas ska också omfatta plattformarnas användare enligt punkt 2 så länge användarna inte agerar i kommersiellt syfte eller genererar betydande intäkter genom sina uppladdningar. Detta innebär en ny ansvarsfördelning där

⁴⁴ Se <<https://www.stim.se/sv/nyheter/professor-jan-rosen-direktivet-kommer-innebara-battre-tillganglighet-pa-natet>> (besökt 2019-04-18).

⁴⁵ Se <<https://www.eff.org/deeplinks/2018/06/internet-luminaries-ring-alarm-eu-copyright-filtering-proposal>> (besökt 2019-04-11).

⁴⁶ Se <<https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/>> (besökt 2019-04-11).

⁴⁷ Se exempelvis <<https://www.bahnhof.se/press/press-releases/2019/03/13/sahar-kommer-eus-nya-copyrightdirektiv-leda-till-internets-dod>> (besökt 2019-05-17).

plattformarna får en mer framstående roll. Ansvar för upphovsrättsskyddat material uppladdat av användare ska alltså inte primärt placeras hos användarna eller rättighetsinnehavarna, utan hos plattformarna. Syftet med detta är att främja utvecklingen av licensmarknaden för att säkerställa rättvisa villkor och undanröja rättslig oklarhet angående ekonomisk ersättning för rättighetsinnehavares verk.⁴⁸

Att heltäckande teckna licenser för material som användare laddar upp kan dock förefalla omöjligt, vilket lagstiftarna tagit hänsyn till. I de fall där plattformarna inte har specifika upphovsrättsliga licenser eller liknande tillåtelser för verk som de tillgängliggör för allmänheten träder ett antal förpliktelser in. Om dessa förpliktelser inte uppfylls blir plattformarna ansvariga för eventuella upphovsrättsliga intrång deras användare gett upphov till. Förpliktelserna, som föreskrivs i punkt 4, innebär att plattformarna ska ha gjort vad de kunnat för att teckna licensavtal för att framställa upphovsrättsligt skyddade verk. Plattformarna ska i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed försökt säkerställa otillgänglighet av specifika verk där rättighetsinnehavarna lämnat relevant och tillräcklig information till plattformarna. De ska även agera utan dröjsmål efter anmälan från rättighetsinnehavare genom att ta bort det skyddade materialet från plattformen. I samband med detta ska plattformarna också försökt motverka framtida uppladdningar av material som tidigare uppmärksammats av rättighetsinnehavare som kan göra intrång i upphovsrättigheter ännu en gång enligt punkt 4 (c).

Det handlar alltså återkommande om att plattformarna ska ha ”gjort vad de har kunnat” vid tecknande av licensavtal och motverkande av framtida uppladdningar av skyddade verk. Direktivet medför alltså ingen kontraheringsplikt och innebär inte heller några absoluta skyldigheter för plattformarna att nå omedelbar framgång. Att bestämma huruvida en plattform ”gjort vad de har kunnat” ska avgöras utifrån artikel 17 punkt 5. Här uppmärksammas proportionalitetsprincipen och ges exempel på viktiga bedömningskriterier som ska vägas in. Bedömningen ska ta hänsyn till typen av material som laddats upp av användare samt vilken publik detta material exponerats för. Hur stor plattformen är, kostnaden för och tillgängligheten till åtgärder samt lämpligheten hos åtgärder är också element som ska tas hänsyn till vid bedömningen.

⁴⁸ Se 2016/0280(COD) skäl 61.

Vidare föreskriver artikel 17 punkt 9 medlemsstaternas ansvar att se till att plattformarna utformar en funktion där klagomål från användarna angående borttagning av material kan hanteras effektivt och skyndsamt. Denna process ska hanteras utan dröjsmål och beslut ska tas genom mänsklig granskning. Om en rättighetsinnehavare begär borttagande av material från en plattform måste vederbörande motivera sin begäran. Punkt 9 motiveras bland annat av garantin för yttrandefrihet och rättssäkerhet då användarna laddar upp tillåtet material.⁴⁹ Punkt 7 första stycket följer samma linje och föreskriver att samarbetet mellan plattformarna och rättighetsinnehavarna vid utformningen av åtgärder inte får leda eller syfta till förhindrande av tillgänglighet till material som inte utgör upphovsrättsligt intrång eller liknande övertramp.

Sådana övertramp har varit många kritikers starkaste argument i striden mot direktivet. Artikel 17 har nämligen kallats för ett ”uppladdningsfilter” i lekmannatermer.⁵⁰ Detta har egentligen inte sitt ursprung i bestämmelsen som den ser ut i den antagna versionen av direktivet, utan det kan härledas dels från spekulationerna kring hur plattformarna kommer anpassa sig efter direktivet i praktiken, dels från hur artikeln ursprungligen utformats i kommissionens förslag. I det första förslaget från EU-kommissionen förekom nämligen ett uttryckligt exempel på hur plattformarna kunde gå tillväga vid implementeringen av direktivets artikel 17 — närmare bestämt genom ”innehållsigenkännings teknik”.⁵¹ Denna formuleringen togs bort genom Europaparlamentets första behandling i mars 2019 men kvarstår som en prominent åtgärd för plattformarnas fullgörande av sitt ansvar som direktivet föreskriver och är därför fortfarande en viktig diskussionspunkt. Kortfattat innebär innehållsigenkännings teknik att plattformarna inför ett filter som känner igen och filtrerar bort upphovsrättsligt skyddat material. Detta filter ska tillämpas redan innan användarnas material laddats upp vilket innebär att plattformarna skyddar materialet preventivt och motverkar framtida uppladdningar genom blockering istället för borttagning i efterhand. Den allmänna ståndpunkten från kritikerna är att sådan blockeringsteknik fungerar dåligt och har en tendens att filtrera bort mer

⁴⁹ Se 2016/0280(COD) skäl 70.

⁵⁰ Holmberg, Martina, ’Ja till nya upphovsrättsregler’ <<https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7199361>>, Sveriges Radio (besökt 2019-05-08).

⁵¹ Se artikel 13 i Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, KOM(2016) 593 slutlig.

material än nödvändigt. Ett exempel på blockeringsteknik som används redan idag är Google:s ”Content ID” som ofta kritiserats för att vara ett opålitligt samt inkonsekvent system.⁵²

3.5 Inskränkningar av yttrandefriheten

Artikel 17 punkt 6 innebär lindringar för nya plattformar inom spannet av tre år från första offentliggörandet om årsomsättningen är lägre än tio miljoner EUR. Dessa lindringar innebär lägre ställda krav på att plattformarna ”gjort vad de har kunnat” för att få licenser och tillstånd för upphovsrättsligt skyddade verk, samt att plattformarna inte har samma krav på att de utan dröjsmål ska blockera eller ta bort anmält skyddat material.

Ett annat undantag artikeln uttryckligen föreskriver är punkt 7 andra stycket angående citation, kritik, recensioner, karikatyr, parodi samt pastisch. Dessa former av utlåtanden och bearbetningar omfattas inte av direktivet och ska därför varken tas bort eller förhindras vid uppladdning på plattformerna. Medlemsstaterna ska säkerställa att användare ska kunna förlita sig på att uppladdning av material som omfattas av undantagen inte blockeras eller filtreras bort. Detta motiveras av användarnas rätt till yttrandefrihet samt ett enhetligt unionsskydd.⁵³

⁵² Se <<https://www.forbes.com/sites/insertcoin/2013/12/19/the-injustice-of-the-youtube-content-id-crackdown-reveals-googles-dark-side/#26d8008666c8>> (besökt 2019-05-08) samt <<https://arstechnica.com/tech-policy/2018/09/how-contentid-knocked-down-decades-old-recordings-of-beethoven/>> (besökt 2019-05-17).

⁵³ Se 2016/0280(COD) skäl 70.

4. ATT BEGRÄNSA GRUNDLÄGGANDE RÄTTIGHETER

Som konstaterats ovan är såväl yttrandefrihet som upphovsrätt begränsningsbara rättigheter. Om två begränsningsbara rättigheter garanterade av EU-rätten står emot varandra finns ingen uttrycklig metod för hur dessa konflikter ska lösas. EU-domstolen har i vissa fall gjort avvägningar liknande proportionalitetsbedömningar där effektivitet för samtliga rättigheter söks och vägts mot varandra i det enskilda fallet istället för att rättigheterna prioriterats hierarkiskt.⁵⁴ Vidare föreskriver artikel 52 i EU-stadgan att begränsningar av rättigheter måste ha lagstöd, tjäna ett legitimt syfte samt vara proportionerliga. I de fall EU-stadgan och EKMR överlappar måste även kraven i sistnämnda rättsakt uppfyllas vid tillämpning av EU-rätt. Det finns alltså olika kriterier som måste uppfyllas för att en begränsning av en rättighet ska vara legitim. Dessa kriterier prövas vanligtvis i en samlad bedömning från fall till fall.⁵⁵

Lagkravet som första kriterium ska tolkas brett inom EU-rätten och handlar om precision samt förutsägbarhet.⁵⁶ GA Cruz Villalon har argumenterat för att lagkravet innebär att den EU-rättsliga akten ifråga ska antas enligt någon av EU:s lagstiftningsförfaranden samt vara tillräckligt precis för att en individ ska kunna bedöma sina rättigheter och skyldigheter. Individen ska med andra ord kunna förutse rättsliga konsekvenser av sina handlingar.⁵⁷

Ett andra kriterium är kravet på ett legitimt syfte för inskränkning. Ett sådant syfte kan bland annat tillhandahållas av EU-stadgan och innefattar typiskt sätt objektiva samt allmänna intressen eller andra individers rättigheter. Legitima syften för begränsningar av yttrandefriheten är dock färre till antalet i jämförelse med andra begränsningsbara rättigheter på grund av dess starka ställning. Då en rättighet inskränks till förmån för en annan krävs att den begränsade rättigheten inte utsläcks helt. Begränsningar får alltså ske, men för att bibehålla det legitima syftet kan detta inte göras fullständigt reservationslöst.⁵⁸

⁵⁴ Lebeck (2016) s. 172.

⁵⁵ Hettne och Otken Eriksson (2011) s. 267.

⁵⁶ Lebeck (2016) s. 152.

⁵⁷ C-293/12 & C-594/12 Digital Rights Ireland m.fl., förslag till angörande GA Cruz Villalon, paras. 108—111.

⁵⁸ Lebeck (2016) s. 160—162.

Slutligen är proportionalitet det kriterium som förefaller vara mest betydelsefullt vid bedömningen av tillåtna inskränkningar av rättigheter. Proportionalitetsprincipen är ett väletablerat kontrollinstrument inom EU-rätten som kan användas för att exempelvis se till att begränsningar inte blir alltför långtgående i förhållande till andra skyddsvärda intressen.⁵⁹ Principen är också avgörande för omfattningen av unionens behörigheter att lagstifta inom ett visst område enligt artikel 5.4 FEU.

Proportionalitetsprincipen kräver att en åtgärd ska vara lämpad för sitt syfte för att det ska vara en tillåten begränsning. Åtgärden måste också vara minimalt ingripande i förhållande till enskilda samt vara nödvändig för att uppnå sitt syfte. Nödvändighetskravet innebär att en rättighet endast får begränsas om åtgärden är den enda, eller en ofrånkomlig del bland flera tänkbara åtgärder, som kan leda till att ett visst mål kan uppnås. Unionslagstiftning har hittills endast underkänts av EU-domstolen utifrån nödvändighetskravet om uppenbara felaktigheter förelegat.⁶⁰ Åtgärden och dess konsekvenser ska slutligen stå i rimlig proportion till syftet med åtgärden. Det måste alltså finnas balans mellan mål och medel. Sammanfattningsvis gäller att ju mer skyddsvärd en rättighet är, desto starkare måste de motstående intressena vara för att en legitim inskränkning ska kunna förekomma.⁶¹

⁵⁹ Hettne och Otken Eriksson (2011) s. 106.

⁶⁰ Ibid. s. 262.

⁶¹ Lebeck (2016) s. 151.

5. ANALYS

För att inleda med det viktigaste: nej, memes kommer inte förbjudas genom införandet av copyrightdirektivet. Tvärtom har memes nu ytterligare skydd som främjar dess användning. Detta har varit självklart sedan Europaparlamentets första behandling av direktivet och går i linje med Infosocdirektivets redan existerande bestämmelser. Memes omfattas nämligen av undantaget som stadgas i direktivets artikel 17 punkt 7 andra stycket som föreskriver att citation, kritik, recensioner, karikatyr, parodi och pastisch uttryckligen är undantagna uttrycksformer. Sådana uppladdningar ska alltså inte förhindras på grund av direktivets införande. Kritiken mot direktivet angående "meme ban" kan därför avfärdas. Dock kan vi inte nöja oss här för att besvara frågeställningarna, utan en mer extensiv undersökning av artikel 17 krävs.

Inledningsvis kan konstateras att copyrightdirektivet är en del av sekundärrätten vilket innebär att det ska tolkas i ljuset av EU-stadgan som är primärrätt. I stadgan erkänns dock både yttrandefrihet och äganderätt som grundläggande rättigheter. Följaktligen måste en proportionalitetsbedömning göras av rättigheterna i förhållande till artikel 17 i copyrightdirektivet för att frågeställningarna ska kunna besvaras. Viktigt att poängtera är att bedömningen endast görs på en generell nivå då ingen praxis finns på artikeln ännu och att utfallet kan se annorlunda ut från fall till fall efter direktivets implementering. Oavsett har en proportionalitetsbedömning sin utgångspunkt i det lagkrav som föreskrivs inom EU-rätten. Att bestämmelserna i copyrightdirektivet skapats i regelrätta former för lagstiftning inom EU kan inte bestridas då ett ordinarie lagstiftningsförfarande har genomförts. Däremot bör precisionen och förutsägbarheten av artikel 17 granskas.

Artikel 17 har som nämnts preciserat rättsläget för uppladdningar av memes, men det är inte det enda som klargjorts genom direktivet. Motsvarande förtydligande har också gjorts angående ansvarsfördelningen på området. Hittills har som bekant ansvaret för borttagande av upphovsrättsskyddat material ålegat rättighetsinnehavarna vilket beskrivits som en omöjlig uppgift för ett heltäckande resultat. Via copyrightdirektivets artikel 17 punkt 1 omfördelas det primära ansvaret från rättighetsinnehavarna till plattformarna då de sistnämnda åläggs en plikt att erhålla licenser för att överföra verk till allmänheten. Genom denna nya ansvarsfördelning kan argumenteras för att lagstiftarna åstadkommer ökad precision och förutsägbarhet för vilket material som blockeras och tas bort. Detta sker genom att incitament skapas för plattformarna att ta kontroll över det material som överförs till allmänheten genom deras tjänster. Artikeln innebär också en

uppmuntran till skapande av nya metoder och tekniker för att förhindra intrång i upphovsrättigheter samt undvika konsekvenser för sådana intrång. I kombination med plattformarnas ansvar kommer rättighetsinnehavare bibehålla sin befogenhet att kräva borttagande av sitt skyddade material genom underrättelse till plattformarna. Detta ökar chanserna för ett mer heltäckande skydd av upphovsrättsligt material och en mer tillförlitlig samt övergripande process. Denna precisering av ansvarsfördelningen kan i sin tur leda till ökad förutsägbarhet då kontroll sätts i system och större delar av marknaden kan utövas tillsyn över. Vilket material som får publiceras kommer bli tydligare och borttagning av material kommer kunna ske mer konsekvent.

Dock kan inte plattformarnas ansvar att ta bort skyddat material nämnas utan att kritiken mot innehållsigenkänningsteknik diskuteras. Det är viktigt att komma ihåg att sådan teknik enbart är ett inofficiellt förslag till metod för att uppfylla direktivets krav och att det endast krävs preventiva system av plattformar som inte omfattas av undantaget i artikel 17 punkt 6 för vissa nystartade plattformar. Införandet av innehållsigenkänningsteknik är inget obligatoriskt moment för berörda plattformar, men sådana filter är hittills det enda exempel på åtgärd för punkt 4 (c) som diskuterats i debatten. I ljuset av den stora mängd kritik som riktats mot uppladdningsfilter, som delvis motiverade ämnet för denna uppsatsen, är en diskussion kring detta absolut relevant för en rättvis analys.

Ponera därför att en användare skapar och laddar upp en parodivideo innehållande upphovsrättsskyddat material på en plattform utan licenser. Då videon är parodibaserad ska det skyddade materialet enligt direktivet varken blockeras eller förhandscensureras. Det kritikerna ifrågasätter är tillvägagångssättet för avvägningen via innehållsigenkänningsteknik. Hur garanterar sådan teknik att undantagen i punkt 7 andra stycket efterlevs? Hur ska denna mjukvara identifiera att en bild på ett skyddat konstverk i själva verket är parodibaserat, och hur ska teknologin fungera gentemot nyskapade memes och karikatyr? Här sänks förutsägbarheten och precisionen för användares uppladdningar rejält. Det finns idag ingen, för allmänheten känd, innehållsigenkänningsteknik som är hundra procentigt tillförlitlig. En enkel jämförelse är Google:s Content ID som kritiserats för att vara ett opålitligt samt inkonsekvent system. I värsta fall blir utfallet av uppladdningsfilter att mer material än nödvändigt fastnar och förhandscensureras trots det uttryckliga förbudet mot just detta i copyrightdirektivets artikel 17 punkt 7 första stycket. Trots denna till synes befogade kritik kan vi inte obehindrat utgå från att överdriven eller ojämn

förhandscensur kommer vara fallet efter implementeringen av direktivet, men förutsägbarheten och precisionen vid användningen av innehållsigenkännings teknik kan minst sagt ifrågasättas.

Något som däremot är svårt att uttrycka tvivel om är *varför* sådan teknik kan behövas för att lyckas hantera användaruppladdat material online. Möjligheterna att dela, skapa och sprida olika typer av material på internet har ökat lavinartat de senaste åren. Plattformar med användaruppladdat innehåll är bara ett av många exempel där upphovsrättsskyddat material kan delas fritt till en stor mängd människor över internet på bara några sekunder. Detta innebär att risken för kränkningar och intrång i upphovsrättsskyddat material ökat dramatiskt samtidigt som användares yttrandefrihet frodats. Det får inte glömmas att även rättighetsinnehavarna har grundläggande rättigheter att ta tillvara på, precis som användarna. Äganderätten är trots allt en grundläggande rättighet inom EU-rätten och upphovsrätten har sedan länge varit en legitim inskränkingsmöjlighet av yttrandefriheten. Exempelvis tydliggör EU-stadgans artikel 52 att begränsningar av rättigheter får göras till skydd för andra människors rättigheter samt friheter och GA Stix-Hackl uttalade att inskränkningar av yttrandefriheten till förmån för immateriella rättigheter är legitima under förutsättning att dessa är proportionella och rimliga.

Det är alltså inget nytt fenomen att plattformar får ta bort användares material som innehåller upphovsrättsskyddade verk. Även om det finns få legitima syften för inskränkningar i yttrandefriheten erkänns andra personers rättigheter, och därmed upphovsrättigheter, som ett av dem. Upphovsrättsliga regler skapar incitament för rättighetsinnehavare att fortsätta med sitt skapande då deras ekonomiska och ideella rättigheter försäkras. Det kan därför argumenteras för att upphovsrätten bör ses som en garanti för yttrandefriheten istället för en inskränkingsmöjlighet. Incitamenten som skapas kan sägas främja yttrandefriheten då konstnärer, musiker och andra nyskapare ges en suverän rätt att uttrycka sig och därmed skyddas mot andras intrång för sina verk. Det andliga skapandet stimuleras då kreatörerna kan känna sig trygga i sina gestaltningar och yttringar, både ekonomiskt och ideellt.

Men, hur man än vrider och vänder på det måste dock skyddet för rättighetsinnehavarnas verk ses som en inskränkning av yttrandefriheten för andra människor. Rent praktiskt innebär ju rättighetsinnehavarnas exklusiva rätt till sina specifika yttrandeformer att andra människor förhindras att uttrycka sig på samma vis. Rätten att yttra sig får som bekant inte begränsas fullständigt till förmån för upphovsrätten, utan det är en balansgång (på en väldigt tunn lina).

Begränsas yttrandefriheten totalt i sammanhanget förlorar åtgärden sitt legitima syfte. Copyrightdirektivet kan dock knappast sägas utsläcka yttrandefriheten till fullo. Både i direktivets bestämmelser och ingress ges uttryck för bibehållande av skyddet för användarnas yttrandefrihet, både direkt och indirekt. Ett påtagligt exempel är som bekant undantagen i artikel 17 punkt 7 andra stycket angående bland annat parodi och kritik. Ett annat exempel är syftet bakom artikel 17 att främja tecknandet av licenser. Genom att placera den primära ansvarsbördan på plattformarna skapas incitament för dessa att teckna licenser med rättighetsinnehavare för att på så sätt ta kontroll över det uppladdade materialet samt undvika ansvar vid användares upphovsrättsliga intrång redan innan intrånget skett. Tecknar en plattform ett stort kollektivt licensavtal kommer detta avtal omfatta även plattformens användare. Detta utökar i sin tur användarnas yttrandefrihet då de kan använda detta material som en del av deras konstnärliga uttryck vid uppladdningar, vilket de inte kunde göra tidigare på ett lagligt sätt (i alla fall inte utan tillstånd). Syftet med bestämmelsen är ju att främja utvecklingen av licensmarknaden, vilket artikeln får sägas uppnå på ett teoretiskt plan.

Å andra sidan innebär artikel 17 att om dessa licenser inte tecknas i praktiken kommer en form av förhandscensur sättas i system för att uppfylla de preventiva syftena artikeln ger uttryck för. Förhandscensur är mildt uttryckt problematiskt utifrån ett yttrandefrihetsperspektiv. Licenser kan vara dyra och att förhandla med hela världens rättighetsinnehavare är en omöjlig uppgift även för de största plattformarna. Ansvaret ligger som nämnts på plattformarna, inte rättighetsinnehavarna. Sistnämnda har alltså ingen skyldighet att söka upp plattformar för förhandlingar och har inte heller någon kontraheringsplikt gentemot dessa. Enkelt uttryckt kommer alltså licenser inte kunna täcka hela marknaden. Artikeln har adresserat rättsliga oklarheter i ansvarsfrågan som nu genom direktivets antagande lett till överskådlighet samt tydlighet, men frågan är om den nya ansvarsfördelningen överhuvudtaget är lämplig för att uppnå artikelns syfte.

Det räcker inte med att en inskränkning är lämplig för sitt syfte, utan den måste också vara nödvändig för att uppnå syftet. Då EKMR:s artikel 10 överlappar EU-stadgans artikel 11 måste inskränkningen, alltså artikel 17, också vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle. EKMR innebär en något striktare bedömning än EU-stadgan. Nödvändighetskravet innebär som bekant att en viss åtgärd ska vara den enda, eller en ofrånkomlig del bland flera tänkbara åtgärder, som kan leda till att ett visst mål uppnås. Som tidigare konstaterats är upphovsrätten en grundläggande rättighet som, precis som yttrandefriheten, är en viktig del av en demokratisk stat. Det som främst är problematiskt med artikel 17 är den förhandscensur som kommer sättas i system för de fall licenser inte tecknats.

Frågan är då om syftet med förhandscensuren kan uppfyllas genom någon alternativ metod. Detta får avgöras från fall till fall i medlemsstaterna efter direktivets implementering, men med hänsyn till de ofantliga mängder upphovsrättsskyddat material som finns på nätet och enligt artikel 17 punkt 4 (c) ska kontrolleras och preventivt blockeras verkar inget tyda på att artikelns föreskrivna tillvägagångssätt är uppenbart olämpligt vilket för oss vidare i analysen.

Ovan har copyrightdirektivet och artikel 17 analyserats utifrån såväl lämplighet som nödvändighet. En tredje punkt som är viktig att diskutera utifrån ett proportionalitetsperspektiv är att begränsningarna ska vara minimalt ingripande i förhållande till enskilda. Inget i artikeln tyder på att betungande skyldigheter åläggs enskilda. Tvärtom stadgar artikel 17 punkt 1 att bördan åläggs plattformarna som ska införa nya system och förhandla med rättighetsinnehavare. I samband med detta föreskriver punkt 2 i artikeln att användarna omfattas av licenserna som plattformarna tecknar förutsatt att inga betydande intäkter genereras från uppladdningarna. Bördan artikel 17 innebär alltså främst plattformarna, inte enskilda, vilket leder till den avslutande delen av proportionalitetsbedömningen.

Proportionalitet innebär i sin yttersta form att ju mer skyddsvärt ett yttrande är, desto starkare måste de motstående intressena vara för att en legitim inskränkning ska kunna föreligga. Yttrandefriheten är en av de mest grundläggande rättigheterna inom EU-rätten, vilket innebär att skälen för att inskränka denna måste vara extremt starka. Vi kan definitivt konstatera att yttrandefriheten online inskränks av artikel 17, men det innebär inte att begränsningarna i artikel 17 faktiskt är oproportionerliga. I artikel 17 har hänsyn tagits till användarnas yttrandefrihet för såväl undantag för memes som förtydliganden och uppmaningar till främjande av rättssäker filtrering. Uppladdningsfilter och förhandscensur innebär de facto en direkt prioritering där upphovsrätten segrar och innebär tydliga inskränkningar av yttrandefriheten. Men yttrandefriheten har inte utsläckts fullständigt för det. Användare *får* nyttja skyddade verk för att kritisera, parodiera och recensera. Användares material *ska* inte blockeras mer extensivt än vad som är tillåtet. Användare *kan* fortfarande yttra sig fritt och ladda upp egenproducerat material online. Syftet med begränsningarna är att främja upphovsrätt och andras rättigheter, inte att stävja uttrycksformer eller yttrandefrihet på nätet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att artikel 17 uppfyller dess bakomliggande syfte att främja licensförhandlingar mellan plattformar och rättighetsinnehavare samt undanröja rättsliga oklarheter

förhållandet däremellan. Genom ansvarsfördelningen skapas incitament för plattformar att förhandla och genom licenser ökar användarnas tillgång till skyddat material på nätet. Denna ansvarsfördelning kan som ovan nämnt ifrågasättas. För ju mer artikel 17 analyseras, desto tydligare blir det att dess betydelse till stor del kommer definieras av plattformarna efter implementering i medlemsländerna. Artikel 17 innebär i praktiken att användarnas yttrandefrihet på olika plattformar baseras helt och hållet på plattformarnas ekonomiska förmåga samt villighet att teckna licenser. Tecknas inga licenser blockeras mest troligen användarnas uppladdningar innehållande upphovsrättsskyddat material istället. Därmed finns i princip en risk att användarnas rätt att yttra sig konstnärligt med hjälp av andra verk begränsas betydligt på grund av plattformarnas ekonomiska intressen. Uppladdningsfilter som fångar upp för mycket material vid förhandskontroll är också en risk många kritiker påpekat. Det är med andra ord lätt hänt att förhållandet mellan yttrandefriheten och upphovsrätten genom artikel 17 i direktivet blir oproportionerligt genom tillämpningen.

Hur plattformarna väljer att hantera copyrightdirektivet och dess artikel 17 återstår att se. Vad vi däremot kan konstatera redan nu är att EU har fått nya juridiska ramar för upphovsrätt på nätet. Dessa ramar är till synes flexibla och kan definitivt ifrågasättas på vissa punkter. Att en användares uppladdning tas bort från en plattform då den innehåller skyddat material är varken nytt eller revolutionerande. Såväl yttrandefriheten som upphovsrätten är grundläggande rättigheter och det är angeläget att de båda bevaras. Trots det starka skydd yttrandefriheten innebär är upphovsrättigheter legitima skäl för inskränkningar. Yttrandefriheten inskränks alltså genom copyrightdirektivets artikel 17, men inte fullt ut. Trots risken för tjocka uppladdningsfilter och stundvis långtgående förhandscensur måste begränsningarna artikel 17 innebär för yttrandefriheten anses vara legitima. Varken ”meme ban” eller internets död verkar för tillfället sannolikt, men det slutliga resultatet får inväntas till dagen då copyrightdirektivet implementerats i medlemsstaterna och domstolarna kan avgöra proportionaliteten från fall till fall.

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

Källor:

Legislative Observatory, Procedure file: Copyright in the digital single market 2016/0280(COD), tillgänglig via [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0280\(OLP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0280(OLP)).

Europeiska unionens råd:

EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, tillgänglig via < https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_human_rights_guidelines_on_freedom_of_expression_online_and_offline_en.pdf > 2014.

Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, EUT 2007 C 303.

Europeiska kommissionen:

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, KOM(2016) 593 slutlig.

'Gemensamt uttalande av EU-kommissionens vice ordförande Andrus Ansip och EU-kommissionär Mariya Gabriel med anledning av Europaparlamentets omröstning om att inleda förhandlingar om modernare regler om upphovsrätt' 2018-09-12, tillgängligt via <http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-5761_sv.htm>.

EU-praxis:

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen)

Ahmet Yildirim mot Turkiet, no. 3111/10, ECHR 2012.

EU-domstolen

Förenade målen C-42 och C-49/51 *Société nouvelle des usines de Pontlieue Acières du Temple (S.N.U.P.A.T.) mot Europeiska kol- och stålgemenskapens höga myndighet*, EU:C:1961:5.

C-29/69 *Erich Stauder mot staden Ulm — Sozialamt*, EU:C:1969:57.

Förenade målen C-414/00, C-415/99 och C-416/99 *Zino Davidoff SA mot A & G Imports Ltd och Levi Strauss & Co. m.fl. mot Tesco Stores Ltd m.fl.*, förslag till avgörande av GA Stix-Hackl, EU:C:2001:617.

C-245/01 *RTL Television GmbH mot Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, EU:C:2003:580.

Förenade målen C-293/12 och C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications, Marine and Natural Resources m.fl. och Kärntner Landesregierung m.fl.*, förslag till avgörande av GA Cruz Villalon, EU:C:2014:238.

Övriga källor:

'118 kompositörer och låtskrivare: 'EU, skydda våra rättigheter nu!'", 2018-06-28, <https://digital.di.se/artikel/118-kompositorer-och-latskrivare-eu-skydda-vara-rattigheter-nu?fbclid=IwAR3u2PyA3oPce-hQ2l5qURAV5MuZ7J53F0refMR27exYdzPxbM8HcWDRkEw>, Di DIGITAL (besökt 2019-04-11).

'Academics Against Press Publishers' Right', 2018-04-24, <https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/>, Institute for Information Law (besökt 2019-04-11).

Holmberg, Martina: 'Ja till nya upphovsrättsregler', 2019-04-15, <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7199361>, Sveriges Radio (besökt 2019-05-08).

Kaiser, Ulrich: 'Google: Sorry professor, old Beethoven recordings on YouTube are copyrighted', 2018-03-09, <https://arstechnica.com/tech-policy/2018/09/how-contentid-knocked-down-decades-old-recordings-of-beethoven/> (besökt 2019-05-17).

Lagercrantz, Marika: 'Sveriges samlade kulturskaparkår om copyrightdirektivet', 2019-02-22, <http://www.klys.se/sveriges-samlade-kulturskaparkar-om-copyrightdirektivet/>, KLYS (besökt 2019-04-17).

Nejman, Fredrik: 'Professor Jan Rosén: Direktivet kommer innebära bättre tillgänglighet på nätet', 2019-03-19, <https://www.stim.se/sv/nyheter/professor-jan-rosen-direktivet-kommer-innebara-battare-tillganglighet-pa-natet>, STIM (besökt 2019-04-18).

O'Brien, Danny: '70+ Internet Luminaries Ring the Alarm on EU Copyright Filtering Proposal', 2018-06-12, <https://www.eff.org/deeplinks/2018/06/internet-luminaries-ring-alarm-eu-copyright-filtering-proposal>, EFF (besökt 2019-04-11).

Satariano, Adam: 'Europe Adopts Tough New Online Copyright Rules Over Tech Industry Protests', 2019-03-26, <<https://www.nytimes.com/2019/03/26/business/eu-article-13-copyright.html>>, The New York Times (besökt 2019-04-11).

Sundell, Joachim: 'Svensk enighet inför omstridda EU-förslaget: Alla partier säger nej', 2018-07-05, <https://www.svt.se/kultur/svensk-enighet-infor-omstridda-eu-forslaget-alla-partier-sager-nej>, Sveriges Television (besökt 2019-04-18).

'Så här kommer EUs nya copyrightdirektiv leda till 'internets död'', 2019-03-13, <<https://www.bahnhof.se/press/press-releases/2019/03/13/saha-kommer-eus-nya-copyrightdirektiv-leda-till-internets-dod>> (besökt 2019-05-17).

Tassi, Paul: 'The Injustice Of The YouTube Content ID Crackdown Reveals Google's Dark Side', 2013-12-19, <https://www.forbes.com/sites/insertcoin/2013/12/19/the-injustice-of-the-youtube-content-id-crackdown-reveals-googles-dark-side/#26d8008666c8> (besökt 2019-05-08).

'What do major copyright changes mean for internet freedom?', 2019-03-26, <https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/26/what-do-major-copyright-changes-mean-for-internet-freedom>, The Guardian (besökt 2019-04-11).

Litteratur:

Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen: *Introduktion till EU-rätten*. Lund 2014.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida: *EU-rättslig metod*. 2 uppl., Stockholm 2011.

Hugenholtz, Bernt P: 'Copyright and Freedom of Expression in Europe' i Cooper Dreyfuss, First & Leenheer Zimmerman: *Innovation Policy in an Information Age*, Oxford 2000.

Lebeck, Carl: *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*. 2 uppl., Lund, 2016.

Reichel, Jane: "EU-rättslig metod" i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Lund 2018.

Olsson, Henry: *Copyright — Svensk och internationell upphovsrätt*. 10 uppl., Stockholm 2018.

Rosén, Jan: 'Freedom of expression in lineage with authors' rights', NIR 1/2007.

Woods, Lorna: 'Freedom of Expression and Information' i Peers, Hervey, Kenner & Ward (red.): *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. London 2014. Tillgänglig via <http://dx.doi.org/10.5040/9781849468350.ch-012>.