



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jacob Strindlöv

Onlineleverantörers ansvar för
användaruppladdat material genom
överföring till allmänheten
Med särskilt beaktande av *Ziggo*-avgörandet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulf Maunsbach
Termin för examen: Period 1 VT2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte	9
1.3 Frågeställningar	9
1.4 Avgränsning	9
1.5 Metod	10
1.6 Material	12
1.7 Forskningsläge	13
1.8 Disposition	14
2 ÖVERFÖRING TILL ALLMÄNHETEN	15
2.1 Bakgrund	15
2.2 Överföring	17
2.3 Göra tillgängligt för allmänheten	18
2.4 Allmänheten	19
2.5 Ny publik-kriteriet	19
2.6 Individualiserad bedömning	20
3 ANSVAR FÖR ÖVERFÖRING TILL ALLMÄNHETEN	21
3.1 Bakgrund	21
3.2 Framväxten av nya kriterier för bedömning av ansvar vid överföring till allmänheten	23
3.2.1 Svensson-avgörandet	23
3.2.2 GS Media-avgörandet	24
3.2.3 Filmspeler-avgörandet	27

3.2.4	Hyperlänkning som en begynnande harmonisering av medverkansansvaret?	27
4	ZIGGO-AVGÖRANDET	30
4.1	Bakgrund	30
4.2	Domstolens bedömning	30
5	EFTER ZIGGO-AVGÖRANDET - RÄTTSLÄGET AVSEENDE ONLINELEVERANTÖRERS ANSVAR FÖR ANVÄNDARUPPLADDAT MATERIAL	33
5.1	Ansvarskriterierna	33
5.1.1	Användarens centrala roll	34
5.1.2	Kriterier om kännedom	35
5.1.2.1	Faktisk kännedom och presumtiv vetskap	35
5.1.2.2	Vinstsyftet	36
5.2	Typ av ansvar	37
5.2.1	Uppdelad eller gemensam överföring till allmänheten?	37
5.2.2	Primär- eller medverkansansvar?	38
5.3	Ansvarskriterierna applicerade på onlineleverantörer	40
5.4	E-handelsdirektivets ansvarsbegränsning	44
5.4.1	Bakgrund	44
5.4.2	Vilken typ av ansvar täcks av ansvarsfrihetsbestämmelserna?	45
5.4.3	Kriterierna för ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet	47
5.4.3.1	Passiv roll	47
5.4.3.2	Kännedomskriteriet	49
5.4.3.3	Något om övervakningsförbudet i art 15	51
5.4.4	Avslutande diskussion om förhållandet mellan Infosoc- och E-handelsdirektivet	52
6	ONLINELEVERANTÖRERS ANSVAR FÖR ANVÄNDARUPPLADDAT MATERIAL ENLIGT DSM-DIREKTIVET	54
6.1	Bakgrund	54
6.1.1	Art 17 – Onlineleverantörer utför en överföring till allmänheten	54
6.1.1.1	Nyskapad rätt eller enbart ett klargörande av redan gällande rätt?	55
6.1.1.2	En jämförelse med tidigare kriterier för bedömning av ansvar vid överföring till allmänheten	59
6.1.2	Vad krävs av en onlineleverantör för att undvika ansvar?	60
6.1.2.1	Förhållandet till art 14(1) E-handelsdirektivet	60
6.1.2.2	DSM-direktivets ansvarsbegränsning	62
6.1.2.2.1	Lägre krav för mindre onlineleverantörer	64
6.1.2.2.2	En jämförelse med kriterierna för att erhålla ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet	65
7	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	67

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	71
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77

Summary

In March 2019, the European Parliament adopted the Directive on Copyright in the Digital Single Market ("the DSM Directive") which implies changes in the liability regime of online copyright infringements. Perhaps the most controversial article in the directive is Art 17, which regulates liability on specific internet platforms, so-called "online content-sharing service providers" ("online providers"). According to Art 17, online providers such as YouTube will be considered directly responsible for their user-generated content. In one of the recitals in the preamble to the directive it is stated that the directive *clarifies* when an online provider performs an act of communication to the public. If the directive constitutes a mere clarification, it would mean that online providers can be held liable for an act of communication to the public already in the light of Art 3(1) of the Infosoc Directive. Imposing liability on online platforms for user-uploaded material also brings attention to Art 14 of the E-commerce Directive. Art 14 offers, against the fulfillment of the criteria in the provision, a limitation of liability for intermediaries storing user-generated content.

The main purpose of this thesis is to map out the possibilities of imposing liability on an online provider for performing an act of communication to the public by storing user-generated content, before and after the adoption of the DSM Directive. The thesis also aims to examine what limits are set by Art 14(1) of the E-commerce Directive for imposing such a liability. In summary, it can be shown in the thesis that it is appropriate to use the criteria for liability developed through practice, in relation to online providers' liability for user-generated content. The criteria include, among other things, criteria of knowledge in relation to the illegality of the uploaded material, which can vary in strength depending on the type of proceeding. The liability criteria developed regarding Art 3(1) of the Infosoc Directive are similar to those used to define exemption of liability in Article 14(1) of the E-commerce Directive. It is likely that the Court of Justice of the European Union (CJEU), mainly through its decision on *Ziggo*, has reduced the gap between the two provisions and thus indirectly, and to some extent, harmonized the secondary liability. Art 17 of the DSM Directive is stricter than Art 3(1) of the Infosoc Directive insofar that the first-mentioned article automatically generates liability for the online provider when infringing material is uploaded to its platform, unless the online provider can demonstrate that it has fulfilled the criteria for discharge under Art 17(4) of the DSM Directive.

Sammanfattning

I mars 2019 röstade EU-parlamentet igenom Direktivet om upphovsrätt på den digitala inre marknaden ("DSM-direktivet") som medför förändringar i ansvarsstrukturen för upphovsrättsliga intrång på nätet. Direktivets kanske mest kontroversiella artikel är art 17 som behandlar ansvar för särskilda internetplattformar, så kallade "onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll" ("onlineleverantörer"). Genom art 17 blir onlineleverantörer såsom YouTube direkt ansvariga för det material som deras användare laddar upp. I en av beaktandesatserna till direktivet anges att direktivet *klargör* när en onlineleverantör utför en överföring till allmänheten. Om direktivet utgör ett klargörande skulle det innebära att onlineleverantörer redan idag kan bli ansvariga som överförare till allmänheten mot bakgrund av art 3(1) Infosoc-direktivet. Att ålägga onlineleverantörer ansvar för användaruppladdat material aktualiserar även art 14 E-handelsdirektivet. Art 14 erbjuder, mot uppfyllande av bestämmelsens rekvisit, en ansvarsbegränsning för mellanhänder som lagrar användaruppladdat material.

Denna uppsats syftar främst till att kartlägga vilka möjligheter det finns att ålägga en onlineleverantör ansvar som överförare till allmänheten genom lagring av användaruppladdat material, före och efter DSM-direktivets inträde. Uppsatsen syftar även till att undersöka vilka gränser art 14(1) E-handelsdirektivet ställer upp för åläggande av ett sådant ansvar. Sammanfattningsvis kan genom uppsatsen visas att det finns möjligheter att använda de i praxis utvecklade ansvarsrekvisiten för tillämpning i förhållande till onlineleverantörers ansvar för användaruppladdat material. Ansvarskriterierna inkluderar bland annat kriterier om kännedom i förhållande till olagligheten av det uppladdade materialet, vilka kan variera i styrka beroende på typ av mål. De ansvarsriterier som utvecklats avseende art 3(1) Infosoc-direktivet är snarlika de som används för att definiera ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet. Det är troligt att EU-domstolen, främst genom Ziggo-avgörandet, har minskat avståndet mellan bestämmelserna och på så sätt indirekt och till viss del har harmoniserat det upphovsrättsliga medverkansansvaret. Art 17 DSM-direktivet är strängare än art 3(1) Infosoc-direktivet på så sätt att den förstnämnda artikeln automatisk aktualiserar ansvar för onlineleverantören vid uppladdning av intrångsgörande material, såvida onlineleverantören inte kan visa att denne har uppfyllt kriterierna för ansvarsfrihet under art 17(4) DSM-direktivet.

Förord

Jag vill tacka familj och vänner för ett gott stöd under mina sex års studier i Lund. I er närvaro har jag formats till att bli den nytexaminerade jurist som jag nu är.

Jacob Strindlov

Lund, den 27 juni 2019

Förkortningar

Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
E-handelsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel")
DSM-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG
Uthyrningsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter
Säkerställande-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (Text av betydelse för EES)
Satellit- och kabeldirektivet	Rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel

Databasdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser
Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk. (Senast ändrad 1979)
Romkonventionen	Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av ljudupptagningar samt radioföretag, antagen i Rom den 26 oktober 1961
TRIPS-avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
WIPO	World Intellectual Property Organization (Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten)
WCT	Wipos fördrag om upphovsrätt
WPPT	Wipos fördrag om framföranden och fonogram
Onlineleverantör	”Onlineleverantör av delningstjänster för innehåll” såsom det definieras i art 2(6) DSM-direktivet.
EU-stadgan	Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-rådet	Europeiska Unionens Råd
EU-parlamentet	Europeiska Unionens Parlament
TPB	The Pirate Bay

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Genom den snabba digitala utvecklingen har internet blivit den främsta marknadsplatsen för spridning av upphovsrättsskyddat material.¹ Delningsplattformar som YouTube, Dailymotion och Soundcloud erbjuder och tjänar pengar på lagring och tillgängliggörande av information som laddas upp av sidornas användare.² Givet den stora mängden material som laddas upp hos delningstjänsterna har det blivit svårt för rättsinnehavare att sluta licensavtal med operatörerna för sådan tjänster.³ När någon, utan licens eller annan form av tillåtelse från rättsinnehavaren, tillgängliggör ett verk för allmänheten, exempelvis genom att ladda upp det på YouTube, så har det skett en överföring till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet. En sådan handling faller inom ramen för upphovsrättsinnehavarens ensamrätt och ansvar kan således utkrävas av den felande aktören.⁴ Det är dock osäkert i vilken mån en delningstjänst kan åläggas ansvar inom ramen för en överföring till allmänheten när det inte är delningstjänsten utan dess användare som har laddat upp materialet. Dessutom finns i art 14(1) E-handelsdirektivet en bestämmelse som under givna kriterier uttryckligen förbjuder medlemsstater att utdöma ansvar för mellanhänder som lagrar information på begäran av sina användare.

Osäkerheten kring vidden av begreppet överföring till allmänheten kombinerat med ansvarsbegränsningen för mellanhänder under E-handelsdirektivet har medfört att delningstjänster i förekommande fall har förvägrat rättsinnehavare möjlighet att sluta licensavtal, eller åtminstone i

¹ Angelopoulos, Christina 2017, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, s. 8.

² Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD (2016) 301 final - PART 1/3, 14 september 2016, s. 153.

³ Exempelvis rapporterades att det på YouTube år 2015 laddades upp 400 timmar video per minut. Sony rapporterade att de mellan 2015–2016 spenderade hundratusentals dollar på att manuellt identifiera och ta bort 218,000 intrångsgörande kopior av deras material från internetplattformen Soundcloud. Ett anslutande problem är att skyddat material som tagits bort kan laddas upp på nytt vid ett senare tillfälle. Till exempel återuppladdades One Directions låt "Drag med down" år 2015 på YouTube över 2,700 gånger (Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD (2016) 301 final - PART 1/3, 14 september 2016, s. 153, 155).

⁴ Art 3(1) Infosoc-direktivet.

visst avseende försämrat deras förhandlingsläge.⁵ Rättsinnehavare har uppfattat att det tillkomna värdet av tjänsternas användning av de skyddade verken har fördelats skevt mellan dem och plattformarna. Denna diskrepans har gett upphov till uttrycket 'värdegapet'.⁶

EU-parlamentet röstade i mars 2019 igenom Direktivet om upphovsrätt på den digitala inre marknaden ("DSM-direktivet")⁷. Ett huvudsyfte med det nya direktivet är att minska värdegapet och öka möjligheterna för upphovsrättsinnehavare att erhålla skälig ersättning för sitt arbete.⁸ I avsikt att angripa problemet infördes en särskilt uppmärksam och omdebatterad bestämmelse i DSM-direktivets art 17. Artikel 17 ålägger uttryckligen vissa typer av internetplattformar, så kallade "onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll" ("onlineleverantörer"), ett primärt ansvar för utförande av en överföring till allmänheten när användare olovligen laddar upp upphovsrättsskyddat material på deras webbsidor.

Definitionen av en onlineleverantör följer av art 2(6) DSM-direktivet:

*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 upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som laddats upp av dess användare, som leverantören ordnar och marknadsför i vinstsyfte.*⁹

Av första meningen framgår att en onlineleverantör utgör en särskild kategori av leverantör av informationssamhällets tjänster.¹⁰ Att leverantören ordnar

⁵ Commission results, Synopsis report on the public consultations on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy, 2 februari 2016, s. 11.

⁶ Angelopoulos, Christina, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 2017, s. 8.

⁷ Direktivet träder ikraft den 7 juni 2019 och varpå medlemsstaterna har 24 månader på sig att införliva det i sin lagstiftning (se art 29 DSM-direktivet).

⁸ Angelopoulos, Christina, a.a. 2017, s. 8.

⁹ Art 2(6) DSM-direktivet. En del typer av tjänster är uttryckligen undantagna från begreppet. Av direktivets skäl 62 framgår *e contrario* från definitionen att begreppet *inte* täcker sådana tjänster där det huvudsakliga syftet är något annat än att göra det möjligt för användare att ladda upp och dela stora mängder skyddat material och tjäna pengar på detta. Angivna exempel är tjänster för elektronisk kommunikation eller vissa typer av molntjänster. Även tjänster såsom onlineencyklopedier utan vinstsyfte (exempelvis Wikipedia) exkluderas från definitionen av en onlineleverantör. Tjänsteleverantörer som har som huvudsyfte att delta i eller främja piratkopiering träffas inte heller av definitionen. Sådana tjänster är för övrigt redan ansvariga enligt art 3(1) Infosoc-direktivet (se *Ziggo*-avgörandet).

¹⁰ Begreppet 'Leverantör av informationssamhällets tjänster' har samma definition som i E-handelsdirektivet, det vill säga; en av informationssamhällets tjänster som vanligtvis utförs mot ersättning på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare. Av art 2(5) DSM-direktivet följer att en informationssamhällets tjänst ska

och marknadsför de upphovsrättsskyddade verken innebär att denne organiserar och marknadsför dem för att attrahera en större publik. Detta kan ske genom att ordna verken i kategorier och inkludera riktad marknadsföring i dem.¹¹ För att avgöra om en onlineleverantör lagrar och ger tillgång till en stor mängd upphovsrättsskyddat material ska det göras en bedömning i det individuella fallet där hänsyn ska tas till en kombination av faktorer såsom tjänstens publik och antalet filer med upphovsrättsskyddat material som har laddats upp av användarna.¹²

Av direktivets ordalydelse framgår att ”det är lämpligt att klargöra” att en onlineleverantör utför en överföring till allmänheten eller gör tillgängligt de skyddade verk som deras användare laddar upp.¹³ En direkt anslutande fråga blir därför hur rättsläget ser ut avseende onlineleverantörers ansvar för användaruppladdat material före EU:s antagande av DSM-direktivet. En sådan situation behandlas för närvarande i EU-domstolen. Domstolen har att ta ställning till om videodelningsplattformen YouTube, genom sina användares olovliga uppladdningar, kan anses utföra en överföring till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet.

Ännu saknas emellertid närmre klargöranden från EU-domstolen för hur långt begreppet överföring till allmänheten sträcker sig vid bedömning av onlineleverantörers ansvar. Vägledning får därför sökas i praxis för liknande situationer. Särskilt intressant är då Ziggo-avgörandet¹⁴, där EU-domstolen för första gången höll en internetplattform ansvarig som överförare till allmänheten för material som laddats upp av sidans användare. Att definiera begreppet överföring till allmänheten att även kunna gälla i förhållande till material som laddats upp på begäran av tredje part aktualiserar ansvarsfrihetsbestämmelsen i art 14(1) E-handelsdirektivet. Det är därför viktigt att undersöka hur en eventuell utvidgning av möjligheterna att ålägga ansvar för överföring till allmänheten förhåller sig till gränserna enligt denna bestämmelse.

definieras som den sorts tjänst som uttrycks i art 1(1)b direktiv 2015/1535, som ersatte direktiv 98/34/EG som E-handelsdirektivet hänvisar till i art 2(1)a.

¹¹ Skäl 62 DSM-direktivet.

¹² Skäl 63 DSM-direktivet.

¹³ Skäl 64 DSM-direktivet.

¹⁴ Mål C-610/15, Domstolen dom (andra avdelningen) av den 14 juni 2017, Stichting Brein mot Ziggo BV, XS4ALL Internet BV, ECLI:EU:C:2017:456.

1.2 Syfte

Denna uppsats syftar till att kartlägga i vilken utsträckning en onlineleverantör kan hållas ansvarig som överförare till allmänheten för lagring av användaruppladdat material, före och efter antagandet av DSM-direktivet. Överföringen kräver två parter; onlineleverantören och användaren. Att definiera begreppet överföring till allmänheten handlar i det här sammanhanget därför till stor del om att klargöra vem som bär ansvaret för den. I uppsatsens syfte ingår att analysera om ansvaret som kan åläggas enligt art 3(1) Infosoc-direktivet är ett primär- eller medverkansansvar. Då ansvaret förhåller sig till material som är uppladdat av tredje part så kommer ansvaret också diskuteras utifrån hur det förhåller sig till art 14(1) E-handelsdirektivet. Den nämnda artikeln erbjuder, mot uppfyllande av bestämmelsens rekvisit, en ansvarsfrihet för mellanhänder som lagrar information på begäran av sina användare.

1.3 Frågeställningar

I avsikt att uppnå uppsatsens syfte har ställts upp följande tre frågeställningar:

1. Vilka möjligheter finns att ålägga onlineleverantörer ett primär- respektive medverkansansvar för användaruppladdat material såsom överförare till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet?
2. Hur förhåller sig möjligheterna att ålägga ansvar enligt punkten 1 till kriterierna för ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet?
3. Hur påverkar art 17 DSM-direktivet möjligheterna att ålägga onlineleverantörer ett ansvar för överföring till allmänheten?

1.4 Avgränsning

Infosoc-direktivet kommer inte behandlas i annat avseende än i utredning av begreppet överföring till allmänheten enligt art 3(1). Det är den EU-rättsliga betydelsen av begreppet som är föremål för analys och nationell rätt kommer i huvudsak inte behandlas inom ramen för denna uppsats. Undantag kan komma att ske för enstaka mål som hänvisas till i avsikt att belysa argumentation som har fått betydelse för nuvarande praxis.

Avseende E-handelsdirektivet är uppsatsen begränsad till enbart behandla kriterierna för ansvarsfrihet enligt art 14(1) E-handelsdirektivet. Förbudet mot allmän övervakningsskyldighet som följer av art 15 E-handelsdirektivet träffar de aktiviteter som faller inom täckningsområdet för bestämmelserna om ansvarsbegränsning i art 12–14.¹⁵ Av utrymmesskäl kommer emellertid denna, i och för sig relevanta bestämmelse, inte behandlas närmre i denna uppsats än genom en kort redogörelse i samband med analys av kriterierna för ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet. Av samma skäl som tagits upp avseende Infosoc-direktivet kommer nationell rätt huvudsakligen lämnas utanför vid analysen i denna uppsats. Eftersom direktivets ordalydelse och domstolen i stor utsträckning har lämnat åt medlemsstaterna själva att besluta om förfaranden och gränser för tillämpning av art 14 så är det EU-rättsliga praxis-underlaget tunt. Detta är en svaghet i uppsatsen i det avseendet att den ej på ett genomgående sätt kan synliggöra skillnaderna i praxis mellan medlemsstaterna, men en styrka i det avseendet att det går att ta hänsyn till samtliga avgöranden som finns för att avgöra bestämmelsens tillämpningsområde. Dessutom har nationella domstolar uppvisat en fragmenterad inställning till vilka tjänster som kan kvalificera sig för ansvarsfrihet.¹⁶ Djupanalyser av nationella domar blir här därför inte lika värdefulla i utredning av gällande EU-rätt.

I DSM-direktivet kommer enbart ansvarsbestämmelsen i art 17 att behandlas. Artikeln innehåller 10 punkter och analysen är fokuserad till att främst behandla punkterna 1–7, där punkterna 1–2 har direkt leverans för vad som utgör en överföring till allmänheten och punkterna 3–7 är kopplade till möjligheterna att beviljas ansvarsfrihet för denna. Punkterna 8–10 hänvisas till i den mån de bidrar till förståelse av de analyserade punkterna. Art 17 har tidigare främst belysts utifrån tesen att bestämmelsen innebär ett krav på införande av uppladdningsfilter som kan stå i strid med förbudet mot allmän övervakningsskyldighet. Eftersom analys av art 15 E-handelsdirektivet har utelämnats så har även nämnda diskussion hamnat utom ramen för denna uppsats.

1.5 Metod

I uppsatsen tillämpas en rättsdogmatisk och EU-rättslig metod. Att en rättsdogmatisk metod har använts innebär att det studerade materialet främst

¹⁵ Detta följer av ordalydelsen i art 15 E-handelsdirektivet, ”(...) i samband med tillhandahållande av sådana tjänster som avses i artiklarna 12, 13 och 14 (...)”.

¹⁶ Commission Staff Working Paper, Online Services, Including E-commerce, in the Single Market, SEC(2011) 1641 final (2012), 11 januari 2012, s. 30.

är lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och juridisk litteratur.¹⁷ Den rättsdogmatiska metoden kan innebära en deskriptiv beskrivning av rättsläget, *de lege lata*, eller en beskrivning av hur ett olöst problem skulle kunna lösas, *de lege ferenda*.¹⁸ I denna uppsatsen sker argumentationen utifrån båda metoderna. Argumentation förs *de lege lata* för beskrivning av begreppet och kriterierna för överföring till allmänheten såsom det har utvecklats avseende tillgängliggörandet av material publicerat av tredje part. Argumentationen förs *de lege ferenda* vid diskussion av hur de utarbetade kriterierna skulle kunna tillämpas i förhållande till onlineleverantörer. Denna typ av tjänst definierades först genom DSM-direktivet som röstades igenom i mars 2019 varför de i nuläget saknas EU-rättslig praxis för bestämmande av onlineleverantörers ansvar. Utgångspunkten vid utredningen av möjligheterna att ålägga onlineleverantörer ansvar har varit definitionen av begreppet överföring till allmänheten såsom det definierats genom praxis. Den fördjupande analysen av gällande rättsläge har gjorts med särskilt beaktande av Ziggo-målet som var det första EU-rättsliga avgörandet där en internetplattform hölls ansvarig för material som laddats upp av plattformens användare. Kriterierna som användes för att konstituera ansvar i det fallet har sin grund i den praxis som har utvecklats sedan länkingsavgörandet Svensson.¹⁹ De avgörandena som lade grunden för möjligheterna att ålägga ansvar i Ziggo-avgörandet kommer därför redogöras mer ingående än annan praxis. Vid behandlingen av DSM-direktivet beskrivs innebörden av art 17 DSM-direktivet och hur direktivet påverkar begreppet överföring till allmänheten.

Eftersom det är EU-rätten som analyseras så har jämte en rättsdogmatisk metod även tillämpats en EU-rättslig metod. Metoden beskriver främst vilken tillämpning och tolkning som bör ske av EU-rättens källor på nationell nivå.²⁰ Eftersom det rättsliga underlaget i denna uppsats främst är EU-direktiv så är det viktigt att ha i åtanke att direktiv till skillnad från förordningar inte är direkt tillämpliga i medlemsstaterna. Istället anger direktiven mål som medlemsstaterna ska uppnå inom en utsatt tid, men det överläts till medlemsstaterna att själva besluta om form och tillvägagångssätt.²¹ Nationell rätt analyseras inte i uppsatsen men EU-domstolens avgöranden får direkta konsekvenser för nationell rättstillämpning eftersom domstolens tolkningar

¹⁷ Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 21.

¹⁸ Nääv & Zamboni, a.a. 2018, s. 36.

¹⁹ Mål C-466/12, Domstolens dom av den 13 februari 2014, Nils Svensson m.fl. mot Retriever Sverige AB, ECLI:EU:C:2014:76.

²⁰ Nääv & Zamboni, a.a. 2018, s. 109.

²¹ Hettne, Jörgen & Eriksson, Ida Otken (red.), *EU-rättslig metod*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2011. s. 178.

av begrepp har en bindande verkan i alla medlemsstater.²² Genom att analysera hur EU-domstolen har utvecklat begreppet överföring till allmänheten ges indikationer på hur domstolen ser på de yttre ramarna för begreppet, och då även onlineleverantörers potentiella ansvar för användaruppladdat material.

I uppsatsen angrips frågeställningarna utifrån ett rättsutvecklingsperspektiv. Analysen behandlar vilka tillämpningskriterier som kan användas för att konstituera ansvar för överföring till allmänheten vid tre olika perioder; före respektive efter Ziggo-avgörandet, samt efter DSM-direktivet. I den löpande analysen kommer perspektivet främst till uttryck i beskrivningen av de aktuella tillämpningskriterierna för att konstituera ansvar efter Ziggo-avgörandet. Detta eftersom analysen här också innefattar en spårning av kriteriernas ursprung från tidigare praxis och lagstiftning. I analysen av DSM-direktivet är perspektivet framträdande på så vis att de nya bestämmelserna jämförs med gällande rätt enligt Infosoc- och E-handelsdirektivet.

1.6 Material

Det rättsliga underlaget för denna uppsats har varit de tre direktiven Infosoc-, E-handels- och DSM-direktivet. Begreppet överföring till allmänheten har främst definieras genom EU-domstolens praxis. Därför är det också i första hand praxis som har använts för beskrivning och tolkning av begreppet. Även generaladvokatens förslag till avgörande har varit av betydelse för analysen. Rättskällevärdet av generaladvokatens förslag står visserligen lägre än EU-domstolens avgörande men förslagen är ofta informativa och kan tillföra en fördjupad diskussion av aktuella rättsfrågor. Dessutom kan generaladvokatens yttrande få betydelse för senare praxisändring.²³

I granskningen av EU-domstolens avgöranden har utgångspunkten varit prejudikatet med ett försök till analys av dess styrka, inte minst i ljuset av senare praxis. EU-domstolen motiverar i sina förhandsavgöranden sällan hur ett rättsfall förhåller sig till tidigare avgöranden. Om liknande omständigheter har lett till olika utfall kan detta tyda på ett begränsat prejudikatvärde.²⁴ Det är också en viktig del av den rättsdogmatiska metoden att påtala inkonsekvens i rättstillämpningen.²⁵ Case Law-traditionen gör det möjligt för EU-

²² Stamatoudi, Irini & Torremans, Paul, *EU Copyright Law – A Commentary*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Storbritannien, 2014. s. 12.

²³ Hettne & Eriksson, a.a. 2011, s. 117–119.

²⁴ Hettne & Eriksson, a.a. 2011, s. 50–51.

²⁵ Nääv & Zamboni, a.a. 2018, s. 35.

domstolen att omtolka praxis för att anpassa den mot samhällsförändringar och förändrade värderingar.²⁶

När det kommer till analysen om primär- och medverkansansvar vid överföring till allmänheten så uttrycker EU-domstolen sällan i sina avgöranden vilken typ av ansvar det är fråga om. För avsnitten som behandlar definition av ansvar har därför, jämte avgörandena, den juridiska doktrinen i större utsträckning använts som rättskälla. Likaså har doktrin varit den centrala källan för inhämtning av olika tolkningsperspektiv på rättsläget efter Ziggo-avgörandet. På det EU-rättsliga planet har doktrin inte samma rättskällevärde som i svensk rätt. Detta beror dels på att doktrinen är svårare att överblicka på ett EU-rättsligt plan än i en nationell rättsgemenskap, och dels på grund av språkliga barriärer. EU-domstolen och Tribunalen hänvisar sällan till doktrin i sina domar men det förekommer däremot referenser vid generaladvokatens förslag till avgöranden.²⁷ Valet av doktrin i uppsatsen har styrts utefter vilka författare som ofta hänvisas till av andra, och i första hand har engelskspråkig doktrin använts. Att ofta hänvisas till ger författarna en särskild auktoritet på området, varför deras åsikter kan tillmätas betydelse även då de kommer till uttryck genom mindre formella kanaler, såsom exempelvis blogginlägg.

Vid tolkning av unionsrätten har förarbeten ett begränsat rättskällevärde i jämförelse med det värde som tillskrivs förarbeten i Sverige. Detta har delvis sin grund i att lagstiftningsakten i EU är slutprodukten av en komplex process där ofta motstridiga intressen bryts mot varandra. Det blir därför svårare att uttolka vad som har varit lagstiftarens vilja.²⁸ Det finns en stor mängd förberedande dokument kopplade till en EU-rättslig lagstiftningsprodukt men utgångspunkten vid analysen av rättsläget har varit slutprodukten. För det nya DSM-direktivet saknas emellertid helt praxis, varför förarbetena i större utsträckning har använts för att ge förståelse till direktivets bakgrund och dess artikel 17. När EU-direktiv implementeras i nationella rättssystem skapas emellertid nya förarbeten och svenska förarbeten kan på så sätt ändå vara av relevans.

1.7 Forskningsläge

Frågan kring mellanhänders ansvar för överföring till allmänheten under art 3(1) Infosoc-direktivet är relativt outforskad. Detta är på grund av att ett

²⁶ Hettne & Eriksson, a.a. 2011, s. 60.

²⁷ Hettne & Eriksson, a.a. 2011, s. 120–121.

²⁸ Hettne & Eriksson, a.a. 2011, s. 113–115.

eventuellt ansvar fram tills först nyligen främst har diskuterats inom ramen för ett medverkansansvar enligt nationella rättsordningar, eller i mål om föreläggande riktade mot internetleverantörer. Eftersom Ziggo-målet avgjordes först sommaren 2017 så har det inte hunnit analyseras djupare inom litteraturen, men det finns undantag. Ett exempel är Martin Husovecs bok ”Injunctions Against Intermediaries in the European Union” från 2017 där författaren bland annat diskuterar generaladvokatens förslag till avgörande i Ziggo-målet. Dessutom har det skrivits flera artiklar om Ziggo-avgörandet och dess möjliga rättsliga konsekvenser. Exempelvis Eleonora Rosati och Christina Angelopoulos har tillfört flera intressanta perspektiv på området, och den senare har även bidragit litterärt till att kartlägga primär- och medverkansansvar inom upphovsrätten på EU-rättsnivå i boken ”European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis” från 2017.

1.8 Disposition

Uppsatsen är indelad i sju kapitel där analysen sker integrerat i den löpande texten. I kapitel två presenteras begreppet överföring till allmänheten och betydelsen av förekommande rekvisit. I det tredje kapitlet behandlas möjligheterna att ålägga mellanhänder ansvar för en överföring till allmänheten. Där kommer redogöras för tre EU-domstolsavgöranden som lade grunden för domstolens möjligheter att i det senare Ziggo-avgörandet ålägga fildelningsplattformen The Pirate Bay ansvar som överförare till allmänheten. I kap 4–5 analyseras Ziggo-avgörandet (kap 4) och det rådande rättsläget efter nämnda avgörande (kap 5). Analysen av rättsläget är indelad i underkategorier om ansvarskriteriernas ställning, typ av ansvar (primär- eller medverkansansvar), ansvarskriteriernas möjliga tillämpning på onlineleverantörer och förhållandet till art 14(1) E-handelsdirektivet. I kapitel sex redogörs för DSM-direktivets ansvarsbestämmelse i art 17 med en anknytande analys för hur denna förhåller sig till hitintills gällande rätt avseende överföring till allmänheten. I ett avslutande kapitel sju sammanställs författarens slutsatser i besvarandet av uppsatsens tre frågeställningar.

2 Överföring till allmänheten

2.1 Bakgrund

Infosoc-direktivet antogs år 2001 i syfte att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning om upphovsrätt och närstående rättigheter.²⁹ Direktivet innebar samtidigt ett säkerställande av de regler som redan fanns på det upphovsrättsliga området, såsom det två fördragen från världsorganisationen för den intellektuella äganderätten ("WIPO"), nämligen; fördraget om upphovsrätt ("WCT-fördraget") och fördraget om framförande och fonogram ("WPPT-fördraget") från år 1996.³⁰ Bestämmelserna i Infosoc-direktivet ska därför så långt som möjligt tolkas mot bakgrund av dessa två fördrag.³¹ Av direktivets art 3(1), under rubriken "Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten", följer att:

Medlemsstaterna ska ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

Formuleringen av begreppet överföring till allmänheten kommer från Bernkonventionens art 11bis som först antogs genom en ändring av konventionen år 1928.³² Bestämmelsen tog då enbart sikte på så kallad linjär kommunikation där signalen riktas mot mottagaren vid en viss tidpunkt och mottagaren kan välja om denne vill ta emot signalen eller inte ('push'). Detta är den typ av överföring som sker vid TV- och radiosändningar. Genom den tekniska utvecklingen med on-demand-TV och internet blev det möjligt att se sändningar vid en tidpunkt som mottagarna själva valde ('pull').³³ Det rådde vissa tvivel kring huruvida Bernkonventionen träffade denna typ av

²⁹ Skäl 1 Infosoc-direktivet.

³⁰ Skäl 15 och 20 Infosoc-direktivet.

³¹ Mål C-135/10, Domstolens dom av den 15 mars 2012, Società Consortile Fonografici (SCF) mot Marco Del Corso, ECLI:EU:C:2012:140, punkt 52.

³² Rosati, Eleonora, *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*, forthcoming in European Intellectual Property Review, 2017, s. 3.

³³ Generaladvokatens förslag till avgörande av den 8 februari 2017 i mål C-610/15, Stichting Brein mot Ziggo BV XS4ALL Internet BV, 2017 ECLI:EU:C:2017:99, punkt 32-33.

överföring men detta klargjordes genom den nya definition som infördes i WCT-fördraget från 1996. I fördragets art 8 infördes en bestämmelse om ensamrätten till överföring till allmänheten, härledd från betydelsen i Bernkonventionen. Dock angavs här att överföring till allmänheten också inbegriper ”att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”. Detta motsvarar den inkludering som senare skedde i art 3(1) Infosoc-direktivet som har i stort sett samma ordalydelse som art 8 WCT-fördraget. Art 3(1) Infosoc-direktivet harmoniserar fullt ut upphovsrättsinnehavarens ensamrätt avseende överföring till allmänheten och medlemsstater får inte införa ett mer extensivt skydd.³⁴

Ensamrätten till överföring till allmänheten var redan före antagandet av Infosoc-direktivet harmoniserad avseende databaser (art 5(d) Databasdirektivet) och satellitbroadcasting (art 2, Satellit och kabeldirektivet). Avsikten med Infosoc-direktivet var inte förändra de föregående direktivens räckvidd utan istället komplettera användningen av begreppet överföring till allmänheten genom en generell harmonisering utav det.³⁵ Definitionen av begreppet återgivning till allmänheten i art 8(2) uthyrningsdirektivet har dock bedömts skilja sig från betydelsen i Infosoc-direktivet då de två direktiven har olika skyddsobjekt.³⁶

Begreppet överföring till allmänheten definieras inte i Infosoc-direktivet, varför det istället har blivit en uppgift för EU-domstolen att uttolka begreppets betydelse. Utgångspunkten vid bedömningen har varit de mål som eftersträvas med direktivet och sammanhanget som bestämmelsen ingår i.³⁷ EU-domstolen har genomgående tolkat art 3(1) Infosoc-direktivet med avsikt att upprätthålla en hög skyddsnivå för upphovsrättsinnehavarnas rättigheter vilket i skäl 9 till direktivet anges ha en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Mot bakgrund av detta och utifrån vad som framgår av direktivets skäl 23; att upphovsrättsinnehavarens rätt till överföring till allmänheten ”bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på de plats varifrån överföringen sker”, har en praxis utvecklats till att ge begreppet en vidsträckt betydelse.³⁸

³⁴ C-466/12 *Svensson*, punkt 41.

³⁵ Art 1(2), Infosoc-direktivet, och Bechtold, Stefan, ‘Information Society Directive, art 3’ i Dreier/Hugenholtz, *Concise European Copyright Law*, 2 uppl. Kluwer Law International B.V, Alphen aan den Rijn, s. 441–442.

³⁶ Mål C-162/10, Domstolens dom av den 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland) Limited mot Irland, Attorney General, ECLI:EU:C:2012:141, punkt 23.

³⁷ Se exempelvis mål C-161/17, Domstolens dom av den 7 augusti 2018, Land Nordrhein-Westfalen mot Dirk Renckhoff, ECLI:EU:C:2018:634, punkt 17 med däri angiven rättspraxis.

³⁸ C-610/15 *Ziggo*, punkt 22 och däri angiven praxis samt mål C-306/05, Domstolens dom av den 7 december 2006, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot

I analysen av vad som utgör en överföring till allmänheten kan konstateras att begreppet innehåller två kumulativa förutsättningar i 'överföring' och 'allmänheten'. Denna uppdelning av begreppet har varit rådande i praxis varför begreppsdelarna även här ska behandlas i två skilda avsnitt.³⁹ Det hindrar dem inte från att vara tätt sammanbundna och inte alltid lätta att särskilja från varandra.

2.2 Överföring

Av artikel 3(1) Infosoc-direktivet följer att medlemsstaterna ska ge upphovsrättsinnehavare en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring av deras verk till allmänheten. För att rekvisitet 'överföring' ska vara uppfyllt krävs att överföringen sker genom någon form av sändning eller vidareändning till en publik som inte är närvarande vid platsen från vilken överföringen skedde.⁴⁰ Av direktivets skäl 27, liksom i art 8 WCT-fördraget, följer en vidare begränsning av begreppet. Där anges att enbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring inte i sig ska anses utgöra en överföring enligt direktivet. Enbart försäljning, uthyrning och installation av TV-apparater har av den anledningen inte ansetts vara tillräckligt för att uppfylla kravet på överföring. Däremot har sändning via TV-apparater installerade i hotellrum ansetts utgöra en överföring.⁴¹

Utöver de ovan nämnda begränsningarna ska rekvisitet 'överföring' ges en vidsträckt tolkning.⁴² Det ska omfatta alla typer av överföringar oberoende av vilken typ av medel eller tekniska processer som används. Varje sändning eller vidareändning som innebär användning av en särskild teknik kräver tillstånd från upphovsrättsinnehavaren.⁴³ Exempel på överföringar som faller under direktivet är spridning av sändningar genom TV-broadcasting, via internet, eller genom vidareändningar till kunder på en pub.⁴⁴

Rafael Hoteles SA, ECLI:EU:C:2006:764, punkt 36.

³⁹ För resonemang om uppdelning av begreppet, se C 610/15 *Ziggo*, punkt 24 och däri angiven praxis. Första gången en sådan uppdelning gjordes var i Mål C-607/11, Domstolens dom av den 7 mars 2013, *ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd m.fl. mot TVCatchup Ltd*, ECLI:EU:C:2013:147, punkt 21 och 31.

⁴⁰ Skäl 23, Infosoc-direktivet, se även mål C-283/10, Domstolens dom av 24 november 2011, *Circ & Variete Globus București mot UCMR - ADA*. ECLI:EU:C:2011:772, punkt 41.

⁴¹ C-306/05 *SGAE*, punkt 46-47.

⁴² Skäl 23 Infosoc-direktivet.

⁴³ Mål C-117/15, Domstolens dom av den 31 maj 2016, *REHA Training mot GEMA*, ECLI:EU:C:2016:379, punkt 38-39.

⁴⁴ C-607/11 *ITV Broadcasting*, punkt 26.

2.3 Göra tillgängligt för allmänheten

I upphovsrättsinnehavarnas ensamrätt att tillåta eller förbjuda en överföring till allmänheten av deras verk, *inbegrips* en ensamrätt att göra verken tillgängliga på ett sådant sätt att allmänheten kan få tillgång till verken från en plats och tidpunkt som de själva väljer.⁴⁵ Att göra verken tillgängliga är en särskild kategori av överföring under det vidare begreppet överföring till allmänheten och innebär att överföringen sker på användarens initiativ ('pull') och vid en självvald tidpunkt.⁴⁶ Det är tillgängligheten som avgör om det föreligger en överföring av ett verk, inte huruvida användarna faktiskt har utnyttjat möjligheten att ta del av det.⁴⁷ Att göra tillgängligt skiljer sig från linjära överföringar såsom broadcasting där signalen riktas till användaren ('push') och denne saknar kontroll över tidpunkten och platsen för mottagandet.⁴⁸ Det bestämmande kriteriet för att avgöra om en överföring faller in under ett tillgängliggörande för allmänheten är således huruvida mottagaren kan komma åt verket när denne vill och från valfri plats.⁴⁹

Tillgängliggörandet är tekniskt neutralt och innefattar såväl trådbundna som trådlösa överföringar.⁵⁰ Överföringar på nätet är ett exempel på vad som faller in under ett tillgängliggörande för allmänheten. På så sätt är användare som laddar upp material på nätet, exempelvis genom fildelningsnätverk (peer-to-peer-nätverk), att anse som överförare till allmänheten.⁵¹ Även hyperlänkning till material som finns tillgängligt på andra webbsidor har ansetts utgöra en överföring genom tillgängliggörande.⁵²

⁴⁵ Art 3(1) Infosoc-direktivet.

⁴⁶ Angelopoulos, Christina. *European Intermediary Liability in Copyright: a Tort-Based Analysis*. Kluwer Law International. B.V, AH Alpen aan den Rijn, Nederländerna. 2017. s. 58–59, samt C-135/10 *SCF* och mål C-279/13, Domstolens dom av den 26 mars 2015, *C More Entertainment AB mot Linus Sandberg*, ECLI:EU:C:2015:199. Det följer också av skäl 25, Infosoc-direktivet.

⁴⁷ C-306/05 *SGAE*. punkt 43.

⁴⁸ Angelopoulos a.a. 2017 s. 58–59, se även C-135/10 *SCF* och C-279/13 *C More*. Det följer också av skäl 25 Infosoc-direktivet.

⁴⁹ Walter, Michel M & von Lewinski, Silke. *European Copyright Law – A Commentary*. Oxford University Press, Oxford. 2010, s. 984.

⁵⁰ Lewinski & Walter, a.a. 2010, s. 983.

⁵¹ Waelde, Charlotte, m.fl. *Contemporary Intellectual property – Law and Policy*. 4 uppl. Oxford University Press, Oxford. 2016, s. 156.

⁵² C-466/12 *Svensson*, detta har sedan bekräftats i mål C-348/13, Domstolens beslut av den 21 oktober 2014, *BestWater International GmbH mot Michael Mebes and Stefan Potsch*, ECLI:EU:C:2014:2315 och C-160/15 *GS Media*.

2.4 Allmänheten

För att en överföring enligt ovan ska träffas av art 3(1) Infosoc-direktivet krävs också att den riktar sig till en 'allmänhet'. EU-domstolen har kategoriserat en allmänhet som bestående av ett obestämt antal potentiella mottagare men som förutsätter ett ganska stort antal personer.⁵³ Att det ska röra sig om ett obestämt antal innebär att det inte kan röra sig om en privat krets utan att verket ska kunna nå ut till en större andel av "personer i allmänhet". Kravet på ett stort antal personer innebär att små eller obetydliga kretsar exkluderas från allmänhetsbegreppet. Dessutom ska vid bedömning av antalet personer räknas det antal som kan få tillgång till verken på samma gång såväl som i följd efter varandra.⁵⁴ Mottagarna av överföringen kan befinna sig i såväl publika som privata utrymmen.⁵⁵

2.5 Ny publik-kriteriet

För uppfyllande av allmänhetsrekvisitet har i praxis utvecklats ett krav på 'ny publik', vilket innebär att överföringen måste rikta sig till en publik som rättsinnehavaren inte hade räknat med då denne utförde sin ursprungliga överföring. Detta sätt att resonera kan spåras tillbaka till den av WIPO upprättade förklaringen till Bernkonventionen där det angavs att upphovsrättsinnehavare enbart har haft direkta användare i åtanke när de ger tillstånd till radiosändning av deras verk.⁵⁶ EU-domstolen började tillämpa kravet på ny publik då den gjorde skillnad mellan en initial överförings tilltänkta publik och de som faktiskt tog del av verken vid en vidareändring till privata hotellrum.⁵⁷ Kravet på ny publik gäller inte då överföringen har skett genom ett specifikt tekniskt medel som är annorlunda än det ursprungliga, vilket exempelvis är fallet då en internetplattform fångar upp TV-signaler och överför dem till en streaming-sida på nätet.⁵⁸

⁵³ C-135/10 *SCF*, punkt 84.

⁵⁴ C-117/15 *REHA*, punkt 40-44 och däri angiven praxis; C-306/05 *SGAE* punkt 38, där domstolen tog hänsyn till antalet hotellgäster som kunde boka in sig i följd efter varandra.

⁵⁵ C-306/05 *SGAE*, punkt 51.

⁵⁶ C-306/05 *SGAE*, punkt 41.

⁵⁷ C-306/05 *SGAE*, punkt 40-42.

⁵⁸ C-607/11 *ITV Broadcasting*, punkt 39.

2.6 Individualiserad bedömning

Vid bedömningen av om det föreligger en överföring till allmänheten har EU-domstolen preciserat att det ska göras en individualiserad bedömning av begreppet med beaktande av flera av varandra beroende faktorer som ska tillmätas betydelse såväl individuellt som i samspel med varandra, inte minst eftersom de ofta kan uppmäta olika grader av intensitet.⁵⁹ I *REHA*-avgörandet från 2016 inhämtade domstolen olika kriterier från praxis inom ramen för en samlad bedömning.⁶⁰ Exempelvis betonades användarens centrala roll i sammanhanget. En överföring till allmänheten kunde bara föreligga om användaren med full kännedom om följderna av sitt agerande, utan rättsinnehavarens tillåtelse gav tillgång till skyddade verk och att det utan användarens agerande i princip inte skulle var möjligt att få tillgång till verken. Andra kriterier som togs upp var definitionen av de två kumulativa rekvisiten överföring och allmänhet, samt betydelsen av vinstsyftet och kriteriet om ny publik.⁶¹

Att tillmäta faktorer varierade betydelse vid en individualiserad bedömning, och i enlighet med vad som framgår av skäl 31 till Infosoc-direktivet om nödvändigheten att harmonisera inskränkningar och undantag från ensamrätten till den digitala miljön, kan vara ett sätt för domstolen att ge sig själv den flexibilitet som behövs för att möta oanade problem i en snabbt utvecklande online-miljö.⁶²

⁵⁹ Se exempelvis C-162/10 *Phonographic Performance*, punkt 30 och C-117/15 *REHA*, punkt 35.

⁶⁰ Redan genom C-135/10 *SCF* från 2012 hade begreppet 'återgivning till allmänheten' i art 8(2) Uthyrningsdirektivet definierats genom en individualiserad bedömning. Före *REHA*-avgörandet fanns det emellertid fortfarande en skillnad i hur detta begreppet skulle bedömas i jämförelse med motsvarande begrepp i art 3(1) Infosoc-direktivet (C-117/15 *REHA*, punkt 34).

⁶¹ C-135/10 *SCF*, punkt 79-88.

⁶² Se även Generaladvokatens förslag till avgörande av den 7 april 2016 i mål C-160/15, *GS Media BV mot Sanoma Media Netherlands BV m.fl.*, ECLI:EU:C:2016:221, punkt 50. Generaladvokaten resonerar här liknande och skriver att begreppet överföring till allmänheten ska vara "flexibelt" och inte föråldras genom den tekniska utvecklingen.

3 Ansvar för överföring till allmänheten

3.1 Bakgrund

Genom internets utveckling har det växt fram nya sätt att olovligen sprida upphovsrättsskyddat material. Inte sällan inkluderas flera aktörer vilket i sin tur aktualiserar frågor om vem som bär ansvaret för en överföring till allmänheten och vilken typ av ansvar det kan röra sig om; primär- eller medverkansansvar? Detta har betydelse eftersom EU-rätten på upphovsrättens område främst harmoniserar primärt ansvar medan medverkansansvaret är något som lämnats åt medlemsstaterna själva att reglera.⁶³ Vilken sorts ansvar är det då som aktualiseras vid hänvisning till art 3(1) Infosoc-direktivet?

När WTC-fördraget, föregångaren till Infosoc-direktivet, trädde ikraft 1996 hade Internationella Byrån vid WIPO angett att medverkansansvaret skulle kvarstå oreglerat med hänvisning till ansvarsfrågornas komplexitet.⁶⁴ I WTC-fördragets art 8 infördes dessutom en begränsning av det primära ansvaret vad gäller överföring till allmänheten, genom tillägget ”Gemensamt uttalande avseende artikel 8”. Av tillägget följer att enbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för möjliggörande av en överföring inte skulle nå upp till kravet för en överföring enligt WTC-fördraget eller Bernkonventionen.⁶⁵ Från informella förhandlingar har framgått att tillägget infördes för att blidka internetleverantörer och telekommunikationsbolag som ville bli immuniserade från ansvar för upphovsrättsliga intrång begångna av deras användare. Det kan diskuteras vad som avsågs inkluderas i att enbart tillhandahålla de fysiska förutsättningarna för möjliggörande av en överföring. Koelman och Hugenholtz ansåg baserat på ansvarsbegränsningen i WTC-fördraget att mellanhänder på nätet inte kunde bli primärt ansvariga

⁶³ Angelopoulos, Christina, *European Intermediary Liability in Copyright: a Tort-Based Analysis*. Kluwer Law International. B.V, AH Alpen aan den Rijn, Nederländerna. 2017, s. 65.

⁶⁴ WIPO:s Internationella byrå, WIPO National Seminar on Digital Technology and The New WIPO Treaties, s. 7.
<https://www.wipo.int/mdocsarchives/WIPO_CNR_SEL_97/WIPO_CNR_SEL_97_1.pdf>

⁶⁵ WIPO:s Internationella byrå, Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty adopted by the Diplomatic Conference on December 20, 1996.
<https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456>.

för uppladdningar utförda av deras användare.⁶⁶ Att WTC-fördraget begränsade det primära ansvaret skulle emellertid inte innebära att ett eventuellt medverkansansvar i nationell rätt begränsades i motsvarande utsträckning.⁶⁷ Art 3(1) Infosoc-direktivet i stort sett kopierades från artikel 8 WCT-fördraget och i direktivets skäl 27 infördes den begränsning av ansvar såsom den uttrycktes i ”Gemensamt uttalande avseende art 8”. Nämda skäl 27 utgör den övre gräns som finns för åläggande av ansvar och EU-lagstiftaren har avsett att exkludera hård- och mjukvarutjänster som enbart möjliggör delande online från ansvar enligt art 3(1) Infosoc-direktivet. Det har däremot lämnats öppet för medlemsstater själva att besluta om eventuell reglering av medverkansansvar för mellanhänder och andra tredje parter, med E-handelsdirektivets ansvarsfrihetsbestämmelser som enda övre gräns.⁶⁸

Inom immaterialrätten i stort råder det en osäkert kring i vilken utsträckning medverkansansvaret är harmoniserat. Martin Husovec skriver att det finns tre sätt på vilket EU-domstolen kan bemöta en avsaknad av medverkansansvar. För det första kan domstolen lämna helt åt medlemsländerna själva att reglera medverkansansvar i sina nationella rättsordningar. För det andra kan domstolen ägna sig åt domarskapande verksamhet och skapa nya autonoma kriterier för att definiera medverkansansvar inom EU-rätten. Det tredje alternativet är att domstolen inkorporerar ad hoc-lösningar för medverkansansvar direkt i de ursprungliga ansvarsbestämmelserna om primärt ansvar.⁶⁹ Även om EU-domstolen har tillämpat en mix av dessa tre så menar Husovec att den dominerande synen torde vara att medverkansansvar har stått utanför EU-domstolens tillämpningsområde.⁷⁰ I förslag till avgöranden har generaladvokater vid flera tillfällen uttryckligen avfärdat medverkansansvar som ej harmoniserat.⁷¹ I exempelvis *L'Oréal*-avgörandet

⁶⁶ K Koelman & P B Hugenholtz, *Online Service Provider Liability for Copyright Infringement*, Workshop on Service Provider Liability, Geneva, 9 and 10 december 1999, s. 13, 15.

⁶⁷ Lewinski & Walter, a.a. 2010, s. 979.

⁶⁸ Pila, Justine & Torremans, Paul. *European Intellectual Property Law*. Oxford University Press, Oxford. 2016, s. 319, se även avsnitt 5.4.3 om kriterierna för ansvarsbegränsning i E-handelsdirektivet.

⁶⁹ Husovec, Martin. *Injunctions Against Intermediaries in the European Union – Accountable But Not Liable?* Cambridge University Press, Cambridge. 2017, s. 67. Ett ej uppmärksammat försök till att skapa ett autonomt medverkansansvar gjordes i mål C-5/11, Domstolens dom av den 21 juni 2012, brottmålet mot Titus Alexander Jochen Donner, ECLI:EU:C:2012:370, där EU-domstolen ansåg en näringsidkare vara ansvarig för spridning av upphovsrättsskyddade kopior om denne själv utfört spridningen eller om den utfördes av tredje part för näringsidkarens räkning när näringsidkaren specifikt riktade sig till allmänheten i destinationsstaten och inte kunde sväva i okunnighet om tredje mans handlande (punkt 28).

⁷⁰ Husovec a.a. 2017, s. 67.

⁷¹ Se exempelvis Generaladvokatens förslag till avgörande av den 22 september 2009 i förenade målen C-236/08-C-238/08, Google France SARL m.fl. mot Louis Vuitton Malletier SA m.fl., ECLI:EU:C:2009:569, punkt 48; Generaladvokatens förslag till avgörande C-610/15 *Ziggo*, punkt 65.

angav domstolen att nationell lag får avgöra tillämpligheten av ett sådant ansvar.⁷²

3.2 Framväxten av nya kriterier för bedömning av ansvar vid överföring till allmänheten

I föregående avsnitt behandlades kort bakgrunden till möjligheterna att utkräva ansvar enligt art 3(1) Infosoc-direktivet. I följande avsnitt ska behandlas framkomsten av kriterier för att bestämma ansvar för aktörer som endast tillhandahållit möjligheterna till åtkomst av material som laddats upp av tredje part. Läsaren introduceras för tre EU-domstolsavgöranden som har lagt grunden för de ansvarskriterier som tillämpades för att ålägga ansvar för fildelningsplattformen The Pirate Bay i Ziggo-avgörandet. Avgörandena är viktiga att ha med sig under uppsatsens gång, då de regelbundet hänvisas tillbaka till i framställningen. Avsnittet avslutas med en diskussion om primär- och medverkansansvar baserat på de nedan diskuterade länkingsavgörandena Svensson och GS Media.⁷³

3.2.1 Svensson-avgörandet

I *Svensson*-målet från 2014 var den anklagade parten företaget Retriever Sverige. Företaget drev vid tidpunkten en webbplats som tillhandhöll listor med klickbara länkar till nyhetsartiklar som fanns fritt tillgängliga på andra webbplatser, bland annat Göteborgspostens webbsida. Ett antal författare som skrev artiklar på Göteborgsposten väckte talan mot Retriever Sverige för att ha tillgängliggjort deras verk för allmänheten. Retriever menade att det inte hade skett en nödvändig transmittering av verken utan enbart en hänvisning till var verken redan fanns tillgängliga. Den hänskjutande domstolen (Svea Hovrätt) ställde frågan till EU-domstolen om tillhandahållande av en hyperlänk kunde anses utgöra en överföring till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet.⁷⁴

EU-domstolen diskuterade frågan med behandling av rekvisiten överföring och allmänheten var för sig. Domstolen betonade att vad som utgör en överföring måste tolkas vidsträckt och påpekade därtill att tillhandahållandet

⁷² Mål C-324/09, Domstolens dom (stora avdelningen) av den 12 juli 2011, L'Oréal SA m.fl. mot eBay International AG m.fl., ECLI:EU:C:2011:474, punkt 107.

⁷³ C-466/12 *Svensson*, C-160/15 *GS Media*.

⁷⁴ C-466/12 *Svensson*, punkt 8–13.

av klickbara länkar som leder till verk som finns fritt tillgängliga på en annan sida innebär en direkt tillgång till de berörda verken. Varje handling som leder till att verk tillgängliggörs ska betraktas som en överföring, oberoende av om möjligheten utnyttjas eller inte. Domstolen ansåg därför att länkningen utgjorde en överföring i Infosoc-direktivets mening.⁷⁵

Domstolen diskuterade vid bedömning av rekvisitet allmänheten om kravet på ny publik var uppfyllt. Utifrån diskussionen drog EU-domstolen slutsatsen att alla potentiella besökare på Göteborgspostens webbsida ingick i den publik som rättsinnehavaren hade tänkt sig då denne ursprungligen lämnade sitt tillstånd. Om verk fanns fritt tillgängliga på en webbsida skulle det således innebära att alla internetanvändare räknades till den tilltänkta allmänheten. Artiklarna på Göteborgsposten var fritt tillgängliggjorda med upphovsrättsinnehavarens tillstånd och domstolen ansåg därför att kravet på ny publik inte var uppfyllt, och att det därmed inte förelåg en överföring till allmänheten.⁷⁶ EU-domstolen gjorde dock skillnad på material som fanns fritt tillgängligt på en annan sida med rättsinnehavarens samtycke och sådant till vilket tillgången var begränsad. Hyperlänkning som innebar ett kringgående av tekniska hinder skulle således anses utgöra en överföring till allmänheten.⁷⁷

3.2.2 GS Media-avgörandet

I *GS Media*-målet från 2016 hade företaget GS Media, på en av dem tillhörande webbsida för nyheter, GeenStijl, publicerat artiklar innehållandes hyperlänkar som ledde till en annan webbsida där fotografier med rättigheter tillhörande Sanoma, utgivare av tidningen Playboy, fanns uppladdade utan upphovsrättsinnehavarens tillstånd. Sanoma kontaktade GS Media vid ett flertal tillfällen och begärde att spridningen av bilderna skulle upphöra, utan respons från GS Medias sida.⁷⁸

I *Svensson*-avgörandet hade EU-domstolen konstaterat att en länkning i och för sig utgjorde en överföring men att kravet på ny publik inte var uppfyllt om verket på den hänvisade sidan fanns fritt tillgängligt med upphovsrättsinnehavarens tillstånd. Om ett sådant tillstånd tvärtom saknades så skulle detta, enligt logiken från *Svensson*-avgörandet, innebära att hyperlänken var överförd till en ny publik och således medföra ett ansvar för

⁷⁵ C-466/12 *Svensson*, punkt 16-20.

⁷⁶ C-466/12 *Svensson*, punkt 24-26.

⁷⁷ C-466/12 *Svensson*, punkt 24-30.

⁷⁸ C-160/15 *GS Media*, punkt 9-24.

en överföring till allmänheten.⁷⁹ EU-domstolen såg emellertid en problematik i att förbjuda all hyperlänkning till upphovsrättskyddat material som publicerats utan rättsinnehavarens samtycke. Domstolen gjorde därför en avvägning mellan å ena sidan grundläggande rättigheter och allmänintresset, och å andra sidan upphovsrättsinnehavarnas intressen. Domstolen underströk att internet har stor betydelse för upprätthållande av den informations- och yttrandefriheten som garanteras genom art 11 EU-stadgan och att hyperlänkar dessutom medverkar till att internet, som kännetecknas av stor tillgång på information, fungerar på ett bra sätt. Det kunde dessutom finnas svårigheter med att kontrollera om materialet på en länk var olovligen uppladdat, samtidigt som innehållet på länken kunde förändras i efterhand.⁸⁰

För att lösa problemet satte EU-domstolen den tilltalades agerande i fokus. En användare skulle anses ha utfört en överföring om denne med full kännedom om konsekvenserna av sitt agerande gav tillgång till verk som kunder i frånvaro av agerandet ”i princip inte skulle kunna få tillgång till”.⁸¹ Domstolen ansåg dock att en person bakom en länk i allmänhet sällan har full kännedom om följderna av sitt agerande och domstolen införde därför ett lägre kännedomskrav. Detta innebar att ansvar skulle anses föreligga om aktören ”kände till eller borde ha känt till” att materialet på webbplatsen till vilken länken hänvisade var olovligen uppladdat. Det tycks som att domstolen här införde kännedomskriterier om både *faktisk kännedom* (kände till) och *presumtiv vetskap* (borde ha känt till).⁸² Skulle en rättsinnehavare exempelvis underrätta den länkande aktören om materialets olaglighet så agerar aktören med kännedom och utför således en överföring till allmänheten.⁸³ En aktör agerar vidare med kännedom om länkningen utgör ett kringgående av tekniska begränsningar som möjliggör tillgång för andra än abonnerande kunder.⁸⁴ Domstolen framhöll dessutom att det, om hyperlänkning sker i vinstsyfte, skulle föreligga en presumtion för att avsändaren hade kännedom om olovligheten av den ursprungliga överföringen.⁸⁵ Detta var inte första gången som vinstsyftet angavs som relevant vid bedömning av ansvar men

⁷⁹ C-160/15 *GS Media*, punkt 43.

⁸⁰ C-160/15 *GS Media*, punkt 45–46.

⁸¹ C-160/15 *GS Media*, punkt 35.

⁸² *Presumtiv vetskap* innebär kännedom om omständigheter utifrån vilka den intrångsgörande aktiviteten blir uppenbar. Kriterierna är en förekommande översättning av de engelska begreppen ’actual knowledge’ och ’constructive knowledge’, se exempelvis mål C-529/07, Domstolens dom av den 11 juni 2009, Chokoladefabriken Lindt & Sprüngli AG mot Franz Hauswirth GmbH, ECLI:EU:C:2009:361, punkt 63; En användning av båda begreppen skulle även passa in på vinstsyftets presumerande verkan i målet (se C-160/15 *GS Media*, punkt 51); när vinstsyfte föreligger så föreligger också presumtiv vetskap.

⁸³ Kännedom genom underrättelse bör tolkas som faktisk (se avsnitt 5.4.3.2 om faktisk kännedom vid bedömning av ansvarsfrihet under art 14(1) E-handelsdirektivet).

⁸⁴ C-160/15 *GS Media*, punkt 49–50.

⁸⁵ C-160/15 *GS Media*, punkt 51.

aldrig tidigare hade det medfört en presumtion för kännedom.⁸⁶ I det aktuella målet hade GS Media med vinstsyfte drivit sajten GeenStijl, varför det förelåg en presumtion för att GS Media hade kännedom om innehållets olaglighet. Eftersom GS Media hade agerat medvetna om att bilderna var olovligen uppladdade så kunde de inte heller motbevisa presumtionen.⁸⁷

Frågan är vilken grad de kriterier som användes för att konstituera ansvar i GS Media kan användas även i andra typer av mål. I *Renckhoff*-avgörandet ansågs kravet på ny publik vara uppfyllt om användaren hade genomfört en separat uppladdning av ett fotografi som laddats ned från en annan webbsida där det fanns fritt tillgängligt med samtycke från upphovsrättsinnehavaren.⁸⁸ Tillgängliggörande genom hyperlänkar skiljer sig från andra typer av tillgängliggörande och domstolen anförde att samma kriterier inte nödvändigtvis kunde tillämpas i båda fallen.⁸⁹ Generaladvokaten i målet ansåg dock att de kriterier om kännedom som slogs fast i GS Media-avgörandet borde kunna appliceras, men då i förhållande till användarens kännedom om att upphovsrättsinnehavarens samtycke krävdes för att användningen skulle vara tillåten.⁹⁰ Möjligen är denna diskussion vad domstolen hade i åtanke när den konstaterade att publiceringar av ett verk utan tillåtelse från rättsinnehavaren, trots att verket finns fritt tillgängligt på annan webbsida, inte bidrar till ett väl fungerande internet på samma sätt som hyperlänkar.⁹¹ Utifrån domstolens bedömning i *Renckhoff*-avgörandet kan dras slutsatsen att en uppladdning av ett verk på en webbsida utgör en överföring till allmänheten om det saknas tillstånd från rättsinnehavaren. Applicerat på bedömningen av mellanhänders ansvar skulle det betyda att plattformar som på egen hand laddar upp verk är ansvariga för spridningen av dem. Vad som emellertid ofta är knäckfrågan vid bedömningen av nätmellanhänders ansvar är i vilken mån de kan hållas ansvariga för material som *deras användare* har laddat upp, och i så fall, *vilka kriterier* som kan användas för att bestämma ett sådant ansvar. Detta medför att praxis från länkningsmålen bör vara av fortsatt relevans och kriterierna om kännedom har till viss del redan hunnit tillämpats vid ansvarsbedömningar för mellanhänder i såväl *Filmspeler*- som *Ziggo*-avgörandet.

⁸⁶ Första gången som vinstsyfte specifikt omnämns som en faktor att ta hänsyn till vid bedömning av begreppet överföring till allmänheten är i mål C-306/05 *SGAE*, punkt 88.

⁸⁷ C-160/15 *GS Media*, punkt 54.

⁸⁸ C-161/17 *Renckhoff*, punkt 35.

⁸⁹ C-161/17 *Renckhoff* punkt 38–39.

⁹⁰ Verket fanns ju redan lagligen och fritt tillgängligt på en annan webbsida varför ett krav om kännedom inte kunde ställas upp i förhållande till olagligheten av den ursprungliga uppladdningen (Generaladvokatens förslag till avgörande av den 25 april 2018 i mål C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen mot Dirk Renckhoff, ECLI:EU:C:2018:279, punkt 70–79).

⁹¹ C-161/17 *Renckhoff*, punkt 40–41.

3.2.3 Filmspelers-avgörandet

I *Filmspelers*-avgörandet från 2017 ansåg EU-domstolen en person vara ansvarig som överförare till allmänheten för att ha bedrivit försäljning av en multimediaspelare kallad 'Filmspelers'. På spelaren fanns installerade tilläggsprogram som fanns fritt tillgängliga på nätet och som gjorde det möjligt att genom hyperlänkar komma åt upphovsrättsskyddat material olovligen sänt på streaming-sidor. Länkarna ledde både till material som var uppladdat med samtycke från upphovsrättsinnehavaren men också till material för vilket samtycke saknades. I saluföringen hade produkten marknadsförts som en möjlighet att på ett enkelt och kostnadsfritt sätt komma åt skyddat material utan rättsinnehavarnas samtycke.⁹² EU-domstolen byggde i målet vidare på den individualiserade bedömningen av begreppet överföring till allmänheten med hänsyn taget till de kriterier om kännedom som utvecklades i GS Media-målet. En ledande faktor ansågs vara hur användaren har agerat, det vill säga om denne hade agerat med full vetskap om följderna av sitt agerande vid spridningen av de skyddade verken.⁹³ EU-domstolen ansåg i det aktuella fallet att aktörens agerande hade varit tillräckligt eftersom det utan köp av mediaspelaren "endast svårligen" skulle vara möjligt att få tillgång till skyddade verk på nätet. Webbssidorna som länkarna ledde till skulle vara svåra att finna för allmänheten utan hjälp av mediaspelaren.⁹⁴ Det kan därmed uppfattas som att domstolen mildrade kravnivån något vid bedömningen av agerandets betydelse i jämförelse med GS Media-avgörandet.

3.2.4 Hyperlänkning som en begynnande harmonisering av medverkansansvaret?

Genom framväxten av de kriterier som lyfts fram genom presentationen av praxis i föregående avsnitt så har en ansvarsstruktur formats för parter som tillhandahåller tillgång till material som laddats upp av tredje part. Att bedöma ansvar för sådana aktörer aktualiserar gränsdragningar mellan primär- och medverkansansvar. I det följande ska denna problematik diskuteras med utgångspunkt i de två behandlade länkingsavgörandena Svensson och GS Media.

En länkande aktör kan till synes verka vara en typisk mellanhand men EU-domstolen har i sina länkingsavgöranden inte diskuterat distinktionen

⁹² Mål C-527/15, Domstolens dom av den 26 april 2017, Stichting Brein mot Jack Frederik Willems, ECLI:EU:C:2017:300, punkt 14-22.

⁹³ C-527/15 *Filmspelers*, punkt 31.

⁹⁴ C-527/15 *Filmspelers*, punkt 41-42.

mellan omedelbara användare och mellanhänder.⁹⁵ Ett medverkansansvar skulle kunna ligga närmre till hands men hyperlänkning har visat sig vara speciellt på så sätt att det både går att isolera handlingen, som då utgör ett tillgängliggörande och således utlöser ett primärt ansvar, eller koppla handlingen till en tidigare handling; den *ursprungliga* överföringen på den andra webbsidan, och istället generera ett medverkansansvar.⁹⁶ EU-domstolens slutsats i Svensson-avgörandet, att kategorisera en länkning som en överföring, är kontroversiell och har kritiserats av bland andra European Copyright Society för att definiera en överföring till att gälla för något som enbart utgör citation och hänvisning till var ett verk redan finns tillgängligt. I organisationens utlåtande diskuterades vilka typer av ansvar, däribland medverkansansvar, som skulle kunna aktualiseras i ett fall som det nämnda. Organisationen avvisade dock ett medverkansansvar som ej harmoniserat inom EU varför det måste vara upp till de nationella rättsordningarna att själva hantera ärenden av sådan art.⁹⁷ I brist på harmonisering av medverkansansvaret på EU-nivå kan en hantering av ärendet inom ramen för den definition som ges i art 3(1) Infosoc-direktivet förklaras som EU-domstolens enda möjlighet att i en tveklöst gränsöverskridande fråga åstadkomma åtminstone någon form av europeisk enighet.⁹⁸

Liksom i Svensson-fallet kunde EU-domstolen i GS Media-avgörandet ha valt att diskutera den länkande partens medverkansansvar för spridningen av en hyperlänk. Istället satte domstolen in villkoren för medverkansansvar direkt inom ramen för bedömning av det primära ansvaret.⁹⁹ I utvidgningen av det primära ansvaret importerade domstolen nämligen subjektiva element från medverkansansvaret i form av kriterier om kännedom vilket, enligt Papadaki, ej hör hemma inom ramen för bedömning av ett primärt ansvar.¹⁰⁰

⁹⁵ Ohly, Ansgar, 'A Fairness-Based Approach to Economic Rights' i Hugenholtz, P. Bernt, *Copyright Reconstructed – Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Kluwer Law International B.V., Ah Alphen aan den Rijn, Nederländerna, 2018, s. 104.

⁹⁶ Lewinski & Walter, a.a. 2010, s. 985; läs även Stamatoudi & Torremans, a.a. 2014, s. 414, där författarna noterar att hyperlänkning före C-466/12 *Svensson* på nationell nivå generellt sett inte har ansetts rymmas inom ramen för begreppet överföring till allmänheten och därmed främst har kunnat ge upphov till medverkansansvar.

⁹⁷ European Copyright Society, *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, punkterna 2, 6, 7.

<<https://europeancopyrightsociety.org/opinion-on-the-reference-to-the-cjeu-in-case-c-46612-svensson/>>; Även EU-kommissionen har kritiserat avgörandet och inväntat att en hyperlänk varken innebär en sändning eller vidare-sändning i enlighet med Infosoc-direktivets skäl 23 (Generaladvokatens förslag till avgörande, C-160/15 *GS Media*, punkt 54).

⁹⁸ Angelopoulos a.a. 2017 s. 63–63; Se även Sherman, Brad & Bently, Lionel. a.a. 2014, s. 169–170, där författarna menar att länkning till olovligt material snarare bör falla inom ramen för sekundärt ansvar när det finns vetskap om materialets olovlighet.

⁹⁹ Husovec a.a. 2017, s. 69-70.

¹⁰⁰ Papadaki, Evangelia, 2017, *Hyperlinking, making available and copyright infringement: lessons from European national courts*, European Journal of Law and Technology, s. 14.

I exempelvis Storbritannien har det primära ansvaret inom upphovsrätten tidigare främst relaterat till strikt ansvar medan subjektiv kunskap har använts främst vid bedömningen av medverkansansvar.¹⁰¹ Åläggandet av ett primärt ansvar i länkingsavgörandet kan på så sätt ha förflyttat gränserna för när medverkansansvar kan tillämpas i nationella domstolar.¹⁰²

Kontentan av detta blir att medlemsstaterna framöver är fortsatt fria att i sina rättsordningar definiera medverkansansvar så länge som det inte faller inom ramen för vad som utgör ett primärt ansvar för överföring till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet. I brist på klara mandat att harmonisera medverkansansvaret har EU-domstolen istället inkluderat det inom ramen för primärt ansvar, vilket utifrån medlemsstaternas skilda rättssystem kan ses som en alltför expansiv tolkning av upphovsrättsinnehavarens ensamrätt. Angelopoulos har kritiserat utvidgningen av ansvar och menar att det istället vore bättre om EU-domstolen erkände sin bristande kompetens och synliggjorde behovet av ytterligare reglering för EU-rättsligt medverkansansvar.¹⁰³

¹⁰¹ Sherman, Brad & Bently, Lionel. a.a. 2014, s. 159-160.

¹⁰² Husovec a.a. 2017, s. 69–70.

¹⁰³ Angelopoulos a.a. 2017, s. 64-66.

4 Ziggo-avgörandet

4.1 Bakgrund

I *Ziggo*-avgörandet från 2017 hade EU-domstolen bland annat att ta ställning till huruvida en plattform för fildelning online, The Pirate Bay ("TPB"), genom att möjliggöra för användare att olovligen ladda upp upphovsrättsskyddat material utförde en överföring till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet. Målet utgjorde inte en talan mot de som drev sajten TPB utan en begäran om föreläggande från Stichting Brein, en nederländsk stiftelse för tillvaratagande av upphovsrättsinnehavares intressen, mot internetleverantörerna Ziggo BV och XS4ALL Internet BV att blockera domännamnen och IP-adresserna för internetplattformen TPB, som flera av deras abonnenter använde.¹⁰⁴

Den nationella domstolen i första instans biföll begäran om föreläggande men talan ogillades efter överklagande till appellationsdomstolen. Domstolen ansåg att det inte var TPB utan i första hand sidans användare som hade utfört det upphovsrättsliga intrånget.¹⁰⁵ Högsta domstolen i Nederländerna ansåg att det utifrån EU-domstolens praxis inte med säkerhet kunde avgöras om TPB:s agerande utgjorde en överföring till allmänheten och ställde därför följande fråga till EU-domstolen:

Utför den som administrerar en webbplats en överföring till allmänheten, i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, om webbplatsen inte innehåller några skyddade verk, men det finns ett system ... varigenom metadata om de skyddade verk som finns på användares datorer indexerats och kategoriseras för användarna så att de med hjälp av denna information kan finna skyddade verk och göra dem tillgängliga online samt ladda ned dem till sina datorer?¹⁰⁶

4.2 Domstolens bedömning

För att besvara frågan gjorde domstolen likt i tidigare mål en uppdelning av rekvisiten 'överföring' och 'allmänheten' inom ramen för en individualiserad bedömning med utgångspunkt i det ramverk som strukturerats upp i tidigare

¹⁰⁴ C-610/15 *Ziggo*, punkt 1-2.

¹⁰⁵ Generaladvokatens förslag till avgörande C-610/15 *Ziggo*, punkt 14.

¹⁰⁶ C-610/15 *Ziggo*, punkt 17.

praxis.¹⁰⁷ Domstolen hänvisade precis som i GS Media- och Filmspeleravgörandet till användarens centrala roll och avsiktligheten i dennes agerande.¹⁰⁸

Domstolen konstaterade att en överföring enligt art 3(1) Infosoc-direktivet och i enlighet med skäl 23 i nämnda direktiv, omfattar alla situationer då en användare kan ta del av ett verk vid en tidpunkt som de själva väljer.¹⁰⁹ Domstolen konstaterade mot bakgrund av praxis att i princip varje handling då en användare med full kännedom om omständigheterna ger kunder tillgång till skyddade verk kan utgöra en överföring.¹¹⁰

Med hänvisning till punkt 45 i generaladvokatens förslag till avgörande konstaterade domstolen att det hade skett en överföring där TPB hade agerat ”som mellanhand”.¹¹¹ I den hänvisade punkten diskuterade generaladvokaten betydelsen av att filerna genom ett BitTorrent-system delas upp och laddas ned i flera olika bitar och från olika datorer. Enligt generaladvokaten, och understruket av domstolen, spelade tekniken ingen roll eftersom upphovsrättsreglerna skyddar *verket* och inte *filen*. Verken tillgängliggörs i sin helhet och laddas likaså ned i sin helhet.¹¹²

Domstolen tog sedan ställning till frågan om TPB kunde hållas ansvariga för en överföring till allmänheten trots att det inte var TPB utan plattformens användarna som hade publicerat torrentfilerna som beredde tillgång till det skyddade materialet. Domstolen ansåg dock att TPB agerade genom att ”tillhandahålla och administrera” fildelningsplattformen med full kännedom om konsekvenserna för sitt handlande. Administrationen, som bestod i att indexera och katalogisera torrentfiler vilket gjorde det möjligt för användarna att lokalisera och dela filer med varandra, spelade enligt domstolen en nödvändig roll i tillgängliggörandet av verken. I vart fall skulle det, med hänvisning till generaladvokatens resonemang punkt 50, utan existensen av sidor som TPB vara ”mycket mer komplicerat” för användarna att dela verken på nätet.¹¹³

TPB ansågs inte heller skyddas av ansvarsbegränsningen i skäl 27 till Infosoc-direktivet som anger att enbart tillhandahållare av de fysiska förutsättningarna inte ska medföra ansvar. Domstolen anförde i anslutning till sin bedömning

¹⁰⁷ Se avsnitt 2.6.

¹⁰⁸ C-610/15 *Ziggo*, punkt 26, jmf. C-527/15 *Filmspeler*, punkt 31; C-117/15 *REHA*, punkt 46; C-160/15 *GS Media*, punkt 35.

¹⁰⁹ C-610/15 *Ziggo*, punkt 30-31.

¹¹⁰ C-610/15 *Ziggo*, punkt 32-35.

¹¹¹ C-610/15 *Ziggo*, punkt 35.

¹¹² Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo*, punkt 45.

¹¹³ C-610/15 *Ziggo*, punkt 36-37.

att TPB indexerade materialet och dessutom utförde en kategorisering av det utifrån typ, genre eller popularitet, I tillägg arbetade sidans administratörer aktivt med filtrering av innehåll såväl som radering av föråldrade och defekta torrentfiler.¹¹⁴

Vad avser allmänhetsrekvisitet ansåg domstolen utan tvekan detta vara uppfyllt mot bakgrund av det stora antalet användare, som av administratörerna för TPB beräknades uppgå till tiotals miljoner. Domstolen framhöll därtill att TPB:s användare kunde få tillgång till verken som delades via internetplattformen som mellanhand.¹¹⁵ Kravet på ny publik ansågs vara uppfyllt först och främst mot bakgrund av att det delade materialet ej var överfört med upphovsrättsinnehavarnas samtycke. Inte heller ansågs administratörerna i domstolens mening kunna ”vara ovetande” om att så var fallet. Detta mot bakgrund av den stora andelen intrångsgörande torrentfiler som förekom på internetplattformen. Administratörerna hade dessutom både underrättats om förekomsten av intrångsgörande material på sidan, och på bloggar och forum gett uttryck för sin avsikt att göra de skyddade verken tillgängliga för användarna.¹¹⁶

EU-domstolen ansåg, utifrån ovan nämnda resonemang, att TPB utförde en överföring till allmänheten genom att tillgängliggöra och administrera en internetplattform för fildelning som, genom indexering av metadata och tillhandahållande av en sökmotor, gjorde det möjligt för sidans användare att dela skyddade verk i ett peer-to-peer-nätverk.¹¹⁷

¹¹³ C-610/15 *Ziggo*, punkt 38.

¹¹⁵ C-610/15 *Ziggo*, punkt 42.

¹¹⁶ C-610/15 *Ziggo*, punkt 45; Enligt oemotsagda data från *Ziggo* var 90–95% av materialet som delades via TPB spritt utan samtycke från rättsinnehavarna (Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo*, punkt 23).

¹¹⁷ C-610/15 *Ziggo*, punkt 50.

5 Efter Ziggo-avgörandet - Rättsläget avseende onlineleverantörers ansvar för användaruppladdat material

I detta kapitel ska analyseras rättsläget efter Ziggo-avgörandet avseende möjligheterna att ålägga onlineleverantörer ansvar för en överföring till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet. Analysen är uppdelad i fyra avsnitt med genomgång av; tillämpliga ansvarskriterier (5.1), typ av ansvar (5.2), tillämpliga ansvarskriterier applicerade på onlineleverantörer (5.3), och tillämpliga ansvarskriterier i förhållande till ansvarsfrihetsbestämmelsen i art 14(1) E-handelsdirektivet (5.4).

5.1 Ansvarskriterierna

EU-domstolen kategoriserade i Ziggo-avgörandet TPB som en mellanhand vilket skiljer sig från hur den felande aktören har benämnts i länkningsmålen Svensson och GS Media. Generaladvokaten ansåg dock att omständigheterna i Ziggo-målet skilde sig avsevärt från både Svensson- och GS Media-avgörandet på så sätt att de två senare behandlade en ”sekundär överföring” till allmänheten av material som redan fanns fritt tillgängliggjort men att det i Ziggo-avgörandet rörde sig om en *ursprunglig* överföring i ett peer-to-peer-nätverk. Därför, framhöll generaladvokaten, kunde resonemangen i de länkningsavgörandena inte appliceras rakt av på målet mot TPB.¹¹⁸ Att det inte skulle röra sig om en sekundär överföring är en viktig distinktion eftersom upphovsrättsinnehavaren vid en sådan har större möjligheter att utöva kontroll över sitt verk. Vid borttagning av den ursprungliga överföringen, exempelvis en uppladdad fil, så neutraliseras också länken.¹¹⁹ I Renckhoff-avgörandet var detta en huvudanledning till att kriterierna från länkningspraxis inte kunde tillämpas rakt av på en situation där det hade gjorts

¹¹⁸ Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo*, punkt 4.

¹¹⁹ Poort, Joost, ‘Borderlines of Copyright Protection: An Economic Analysis’ i Hugenholz, P. Bernt, *Copyright Reconstructed – Rethinking Copyright’s Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Kluwer Law International B.V., Ah Alphen aan den Rijn, Nederländerna, 2018, s. 318.

en separat uppladdning av ett verk som fanns lagligen och fritt tillgängligt på annan webbsida.¹²⁰ Detta argumentet är dock svagare vid fall då även den ursprungliga överföringen är olovlig och bortom upphovsrättsinnehavarens kontroll. Dessutom är det lättare att förstå ansvarskriteriernas användningspotential när det betänks att framing- eller inline-länkar, där användaren genom att klicka på en länk tar del av verket på en annan webbsida utan att lämna den första, inte ska behandlas annorlunda än hyperlänkar.¹²¹ Trots generaladvokatens ställningstagande så hänvisade denne, liksom domstolen, stora delar av sina resonemang på praxis från just GS Media.

Baserat på den i Ziggo-avgörandet gjorda tillämpningen av kriterier anförde Angelopoulos att om de kriterier som ställdes upp i GS Media-avgörandet tidigare hade ansetts kunna gälla enbart för tillämpning i länkningsavgörande så borde denna syn nu ha förändrats. Ziggo-avgörandet har bekräftat begreppets vidsträckt, om än i justerad form.¹²²

5.1.1 Användarens centrala roll

I Ziggo-avgörandet bekräftades den i Filmspeler-avgörandet gjorda förmildringen av det rådande kravet på agerandets betydelse; från att vara något utan vilket mottagarna ”i princip” inte skulle kunna få tillgång till ett verk, till att vara något utan vilket mottagarna endast ”med svårighet” skulle kunna ta del av det.¹²³ Vidare framhöll domstolen att de spridda verken utan TPB:s agerande inte skulle kunna delas av användarna, eller att det ”i vart fall skulle vara mycket mer komplicerat att dela dem på internet”.¹²⁴ Det tycks alltså räcka att agera mellanhand för spridning av material som ändå skulle kunna nås på annat men svårare vis.¹²⁵ I mål på nationell nivå har mellanhänder redan hållits ansvariga för material som deras användare har laddat upp, men enbart då deras delaktighet har varit så avsevärd att de har ansetts kommunicera verken själva.¹²⁶

¹²⁰ C-161/17 *Renckhoff*, punkt 44.

¹²¹ C-466/12 *Svensson*, punkt 29; se även domstolens beslut i C-348/13 *BestWater*.

¹²² Angelopoulos, Christina, *Communication to the Public and Accessory Copyright Infringement*, *The Cambridge Law Journal*, 2017, s. 498.

¹²³ C-610/15 *Ziggo*, punkt 26; jmf C-527/15 *Filmspeler*, punkt 31 & 41; C-117/15 *REHA*, punkt 46; GS Media punkt 35.

¹²⁴ C-610/15 *Ziggo*, punkt 36.

¹²⁵ Ginsberg, Jane, *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement (...)*, *Columbia Law School Scholarship Archive*, 2017, s. 6.

¹²⁶ Frosio, Giancarlo, 2018, *To Filter, or Not to Filter? That is the Question in EU Copyright Reform*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, s. 14.

5.1.2 Kriterier om kännedom

5.1.2.1 Faktisk kännedom och presumtiv vetskap

EU-domstolen har tidigare konstaterat att kravet på användarens fulla kännedom om konsekvenserna för sitt agerande ska gälla för tjänster som tillhandahåller tillgång till material som tillgängliggjorts av tredje part. Frågan är i vilken utsträckning det lägre kännedomskravet i förhållande till det hänvisade materialets olovlighet kan tillämpas. Generaladvokatens anförande om att kriterierna från länkingsavgörandena inte skulle kunna tillämpas rakt av bör i det här sammanhanget uppmärksammas, särskilt med avseende på den lägre kravnivån för kännedom, vilken möjligen var tänkt att gälla specifikt för länkingsavgöranden. I GS Media-avgörandet gjorde domstolen en avvägning mellan grundläggande rättigheter och ställde upp kravet på faktisk och presumtiv vetskap i förhållande till olovligheten av den ursprungliga överföringen för att ny publik-kriteriet skulle anses vara uppfyllt.¹²⁷

I Filmspeler-målet redogjorde domstolen för hur kriteriet om presumtiv vetskap som en del av ny publik-kriteriet hade ansetts gälla i länkingsavgöranden med hänvisning till GS Media, men förde ingen diskussion kring hur det skulle appliceras på det aktuella fallet. Domstolen konstaterade nämligen oberoende att aktören hade full kännedom om följderna av sitt handlande.¹²⁸ Även i Ziggo-avgörandet diskuterades kravnivåerna om faktisk och presumtiv vetskap. Först konstaterades likt i Filmspeler-målet att TPB agerade med full kännedom om konsekvenserna av sitt handlande. Men till skillnad från i Filmspeler-avgörandet *tillämpade* domstolen här kriterierna om faktisk och presumtiv vetskap för att klargöra rekvisitet ”ny publik”. EU-domstolen kom därav till slutsatsen att TPB inte kunde ”vara ovetande” om att plattformen användes för olovlig spridning av skyddade verk.¹²⁹ Domstolen nådde denna slutsats med hänvisning till indikationer om både presumtiv vetskap och faktisk kännedom. Faktisk kännedom indikerades av att administratörerna genom bloggar och forum hade givit uttryck för sin avsikt att tillgängliggöra skyddat material. Dessutom hade administratörerna underrättats om förekomsten av olagliga torrentfiler på plattformen. Presumtiv vetskap indikerades av den stora andelen intrångsgörande torrentfiler.¹³⁰ Det är dock osäkert i vilken utsträckning

¹²⁷ Jmf C-160/15 *GS Media*, punkt 49.

¹²⁸ C-527/15 *Filmspeler*, punkt 49–50; Rosati anser att punkten 49 i *Filmspeler*-avgörandet bekräftar vinstsyftets presumerande verkan (Rosati, Eleonora, *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*, 2017, s. 10).

¹²⁹ C-610/15 *Ziggo*, punkt 45.

¹³⁰ Jmf C-610/15 *Ziggo*, punkt 45; Se även Angelopoulos, Christina, *CJEU Decision on Ziggo: The Pirate Bay Communicates Works to the Public*, Kluwer Copyright Blog, 2017, s. 1.

domstolen tog hänsyn till den generella olagligheten vid bedömningen av kännedom eftersom denna indikation endast angavs som en av flera att ta hänsyn till.

EU-domstolens vidareanvändning av kriteriet om presumtiv vetskap i Ziggo-avgörandet skilde sig från generaladvokatens förslag om att enbart ta hänsyn till indikationer om faktisk kännedom för genererande av ansvar. Om operatören vore omedveten om att material hade blivit olovligen tillgängliggjort och dessutom tog bort det så snart kännedom uppstod så borde, enligt generaladvokaten, ansvar inte kunna tillskrivas operatören. En överföring till allmänheten skulle däremot anses föreligga vid indikation om faktisk kännedom, om operatören inte agerade genom att ta bort det intrångsgörande materialet.¹³¹

5.1.2.2 Vinstsyftet

Vinstsyftets presumerande verkan för kännedom om det hänvisade materialets olaglighet introducerades först genom GS Media-avgörandet. Det nämndes sedan i såväl Filmspeler- som Ziggo-avgörandet men utan att dess eventuellt presumtiva verkan på kännedom kom att prövas. Detta då kravet på kännedom i målen ansågs vara uppfyllt redan mot bakgrund av andra indikationer.¹³² I Ziggo-avgörandet angav domstolen att det utifrån praxis framgick att vinstsyftet ”inte saknar betydelse” men vid appliceringen i målet lade domstolen endast i förbigående till att det ”inte heller kan ifrågasättas” att vinstsyfte förelåg eftersom plattformen genererade stora reklamintäkter.¹³³ Att det kan röra sig om en lättnad från vinstsyftets presumerande verkan stärks av generaladvokatens diskussion som domstolen inte kommenterade. Generaladvokaten angav att en presumption för kännedom indirekt kunde innebära ett krav på allmän övervakningsskyldighet för indexeringsidor.¹³⁴ En sådan presumption för kännedom skulle även riskera att komma i konflikt med inträdeskriterierna för ansvarsfrihet under art 14(1) E-handelsdirektivet.¹³⁵

Det kan finnas en skillnad för hur vinstsyftets presumption för kännedom, sett utifrån dess konsekvenser, bör tillämpas, beroende på om en överföring är sekundär eller ursprunglig. Borttagandet av en länk får konsekvenser för

¹³¹ Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo*, punkt 51–52.

¹³² C-527/15 *Filmspeler*, punkt 51, *Ziggo* punkt 46; jmf C-160/15 *GS Media*, punkt 51.

¹³³ C-610/15 *Ziggo*, punkt 46.

¹³⁴ Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo*, punkt 52; Generaladvokaten nämner inte uttryckligen art 15 E-handelsdirektivet som förbjuder åläggandet av en allmän övervakningsskyldighet men det är troligtvis denna bestämmelse som åsyftas (se Rosati, Eleonora, *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*, forthcoming in *European Intellectual Property Review*, 2017, s. 7).

¹³⁵ Jmf avsnitt 5.4.3.2.

vidarespridningen men inte för tillgängligheten av verket på sidan dit länken leder. Däremot får en internetplattform borttagande eller blockering av en fil som tillgängliggjorts av plattformen och användaren gemensamt omedelbara konsekvenser för tillgången till verket i sin helhet. Renckhoff-avgörandet begränsade ny publik-kriteriets tillämpningsområde, motiverat utifrån upphovsrättsinnehavarnas möjlighet till kontroll. I Ziggo-avgörandet skulle en eventuell begränsning av vinstsyftets presumtion för kännedom kunna motiveras med att internetplattformar i annat fall skulle tvingas utöva alltför mycket kontroll.

5.2 Typ av ansvar

5.2.1 Uppdelad eller gemensam överföring till allmänheten?

Generaladvokaten i Ziggo-målet ställde sig frågan: Vem har ursprungligen gjort verken tillgängliga; ”användarna eller den som driver en sådan indexerad webbplats som TPB”?¹³⁶ EU-domstolen hade i tidigare avgöranden varit tvetydig i sina besked huruvida fler än en aktör kunde delta i en och samma överföring. Då har hade fallen gällt broadcasting där både utsändaren och distributören i någon mån kan sägas vara delaktiga i en överföring. I *Airfield*-avgörandet från 2011 ansåg domstolen att det inte förelåg några hinder mot att två aktörer, i det fall utsändaren och distributören, kunde delta i en och samma överföring till allmänheten.¹³⁷ I ett senare avgörande, *SBS Belgium and Others* från 2015, ansåg domstolen emellertid att enbart en av aktörerna kunde anses utföra en överföring till allmänheten och att denna aktör förslagsvis borde vara distributören.¹³⁸ Det var också just de två nämnda avgörandena som EU-kommissionen hänvisade till vid framtagandet av förslaget till det nya DSM-direktivet då den utredde möjligheterna att ålägga internetplattformar ett ansvar för överföring till allmänheten.¹³⁹

Den ditintills rådande oklarheten för hur ansvarsfördelningen skulle gå till när fler än en part var inblandad i ett tillgängliggörande löstes i

¹³⁶ Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo* punkt 48.

¹³⁷ Förenade målen C-431/09 och C-432/09, Domstolens dom av den 13 oktober 2011, *Airfield NV m.fl. mot Belgische Vereniging van Auteurs m.fl.*, ECLI:EU:C:2011:648, punkt 56. Avgörandet gjordes utifrån definitionen av ’överföring till allmänheten’ enligt Satellit- och kabeldirektivet men domstolen konstaterade att tolkningen måste ske i enlighet med Infosoc-direktivets motsvarande definition.

¹³⁸ Mål C-325/14, Domstolens dom av den 19 november 2015, *SBS Belgium NV mot SABAM*. ECLI:EU:C:2015:764, punkt 34.

¹³⁹ Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD (2016) 301 final - PART 1/3, 14 september 2016, s. 157-158.

länkingsavgörandena genom att behandla en hyperlänkning som en separat överföring. Ansåg då EU-domstolen att TPB utförde en egen överföring likt aktörerna i länkingsmålen? Generaladvokaten i avgörandet ansåg utan tvekan att användarna, genom att koppla upp sina datorer mot en bittorrent-klient och tillhandahålla torrentfiler till TPB, vilket möjliggjorde en spårning av materialet som fanns lagrat på deras datorer, utförde ett avsiktligt tillgängliggörande. Men utan TPB skulle det inte vara möjligt, eller i vart fall mycket mer komplext och mindre effektivt, att få tillgång till materialet.¹⁴⁰ Operatörer av indexeringsidor såsom TPB skulle, i generaladvokatens mening, följaktligen hållas ansvariga för den *ursprungliga* överföringen ”samtidigt och tillsammans med användarna” när operatörerna uppfyllde tillräckliga krav på kännedom om olovligheten av det uppladdade materialet men ej vidtog åtgärder för att förhindra tillgängligheten av det.¹⁴¹

EU-domstolen diskuterade inte likt generaladvokaten hur ansvaret skulle fördelas mellan TPB och dess användare utan fokuserade helt på operatörens agerande. Det kan diskuteras huruvida detta är ett försök att särskilja användarens överföring från operatörens eller en tyst understrykning av generaladvokatens slutsats. Det är svårt att se hur det skulle kunna röra sig om en sekundär överföring av ett verk när uppladdningen sker genom både användarens och operatörens försorg vid ett och samma tillfälle. Liknande svårigheter måste emellertid ha förelegat vid den kontroversiella uppdelning i två överföringar som gjordes vid länkning i Svensson-avgörandet. En uppdelning i ursprunglig och sekundär överföring kan möjligtvis genom Ziggo-avgörandet ha utvidgats till att gälla även vid situationer då flera tillgängliggörande sker vid en och samma tidpunkt.

Generaladvokaten förde ett resonemang om den risk som utvecklingen av informationsteknologi och tekniska framsteg medför för att lagstiftningen snabbt blir obsolet, i vissa fall innan den ens har trätt ikraft. Istället för att då ta för mycket intryck av det tekniska, borde i dennes mening istället försöka finnas den legala substansen i att kunna ansvarsbelägga utifrån den roll en plattform som TPB spelar vid det upphovsrättsliga intrånget.¹⁴²

5.2.2 Primär- eller medverkansansvar?

Varför höll EU-domstolen TPB ansvarig som överförare till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet som ju i första hand är en bestämmelse för primärt ansvar? EU-kommissionen hade som generaladvokaten uppfattat

¹⁴⁰ Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo* punkt 50.

¹⁴¹ Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo* punkt 53–54.

¹⁴² Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo*, punkt 26.

saken tagit ställning för att ansvar av den typ som var aktuell i Ziggo-avgörandet bäst skulle lösas inom ramen för medlemsstaternas egna rättssystem. Generaladvokaten ansåg dock att en sådan tolkning skulle innebära att ansvarsfrågor för liknande fall skulle få olika rättsföljder beroende på medlemsstat. Detta skulle splittra snarare än harmonisera det upphovsrättsliga skyddet vilket skulle vara i strid med EU-rättens syfte. Enligt generaladvokaten borde lösningen därför nås med hjälp av befintlig EU-rätt.¹⁴³

Ziggo-avgörandet blandade samman primär- och medverkansansvar för upphovsrättsliga intrång på ett nytt sätt. Traditionellt sett har primärt ansvar på det upphovsrättsliga området behandlats strikt och utan beaktande av den intrångsgörande partens avsikt, som enbart har varit av relevans i rättsordningar som erkänner både primär- och medverkansansvar.¹⁴⁴ Ziggo-avgörandet kan ha en harmoniserande effekt på så sätt att det har medfört en utveckling av ett medverkansansvar vid upphovsrättsliga intrång enbart med beaktande av en balansering mellan grundläggande rättigheter, vilket skulle innebära att något nytt direktiv med avseende på sådant ansvar inte skulle behövas inom EU-rätten.¹⁴⁵ Ginsberg anför att harmoniseringen kan sägas ha inletts redan genom de två länkningsmålen i GS Media och Svensson men att de då tillämpade kriterierna, från att tidigare ha uppfattats som specialfall, nu i ljuset av Filmspeler- och Ziggo-målen har öppnat vägen för en fullharmonisering av det upphovsrättsliga medverkansansvaret.¹⁴⁶ En sådan utvidgning kan eventuellt ses som en form av domarskapat medverkansansvar.¹⁴⁷ Att EU-domstolen, utan att erkänna sig ha gjort en sådan utvidgning, vidhöll att TPB var en primär intrångsgörare skulle kunna bero på att den rådande synen har varit att medverkansansvar främst är en fråga för nationell reglering.¹⁴⁸ Ginsberg skriver att de kriterier som särskilt utvecklades i länkningsmålen Svensson- och GS Media-avgörandet nu har fastslagits genom Filmspeler- och Ziggo-avgörandet i etablerandet av särskilda ansvarsnormer för mellanhänder som tillgängliggör material inom ramen för ett primärt ansvar.¹⁴⁹

¹⁴³ Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo*, punkt 3.

¹⁴⁴ Angelopoulos, Christina, *Communication to the Public and Accessory Copyright Infringement*, The Cambridge Law Journal, 2017, s. 498.

¹⁴⁵ Angelopoulos a.a. 2017, s. 498.

¹⁴⁶ Ginsberg, a.a. 2017, s. 2-3.

¹⁴⁷ Se avsnitt 2.1.

¹⁴⁸ Se avsnitt 3.1.

¹⁴⁹ Ginsberg, a.a. 2017, s. 7.

5.3 Ansvarskriterierna applicerade på onlineleverantörer

Huruvida onlineleverantörer såsom YouTube och Dailymotion kan utföra en överföring till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet har ännu inte avgjorts av EU-domstolen. Detta var en anledning till att EU-kommissionen valde att gå vidare med planerna på den kontroversiella art 17 i DSM-direktivet som skulle klargöra att ett ansvar under vissa omständigheter faktiskt kunde åläggas.¹⁵⁰ I november 2018 hänvisades emellertid ett mål angående onlineleverantörers ansvar till EU-domstolen.¹⁵¹ Den hänskjutande domstolen i Tyskland önskade få klarhet i om en videoplattform (YouTube), då deras användare tillgängliggör material på sidan, utför en överföring till allmänheten under vissa givna omständigheter. Omständigheter som angavs var exempelvis att företaget erhåller reklamintäkter, omarbetar sökresultat till rankinglistor och innehållsrubriker, och att de i sitt agerande under de givna omständigheterna saknar *konkret* kännedom om upphovsrättsligt intrång.¹⁵²

I avsnitt 6.1–2 har skisserats upp de kriterier som kan användas vid bedömning av ansvar för onlineleverantörer som genom sina användares uppladdningar olovligen tillgängliggör upphovsrättsskyddat material. Sådana tjänsteleverantörer kan skilja sig åt väsentligt men i det följande ska deras gemensamma drag kontrasteras mot de kriterierna gäller vid åläggande av ansvar enligt art 3(1) Infosoc-direktivet.

Utgångspunkten vid följande bedömning är att en uppladdning av intrångsgörande material har skett. Frågan är därför inte huruvida det överhuvudtaget föreligger en överföring till allmänheten utan om onlineleverantören bör *kunna åläggas ansvar för denna*. På så vis aktualiseras de kriterier som har använts för att sortera ut ett ansvar för mellanhänder; nämligen användarens centrala roll och dennes kännedom om det publicerade materialets olaglighet.

Det kan för det första diskuteras om det överhuvudtaget är lämpligt att applicera de kriterier som tillämpades i Filmspeler- och Ziggo-avgörandet direkt i mål mot onlineleverantörer.¹⁵³ Det som talar mot en direkt applicering

¹⁵⁰ Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD (2016) 301 final - PART 1/3, 14 september 2016, s. 143.

¹⁵¹ Mål C-682/18, Begäran om förhandsavgörande framställd av Bundesgerichtshof (Tyskland) den 6 november 2018, LF mot Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH.

¹⁵² C-682/18 *YouTube*.

¹⁵³ För liknande resonemang, se Generaladvokatens förslag C-610/15 *Ziggo*; C-161/17 *Renckhoff*.

av kriterierna från Ziggo-avgörandet, och då i synnerhet kriterierna om kännedom, är att TPB och liknande tjänster är utformade just för syftet att möjliggöra olovlig spridning av upphovsrättsskyddat material. Domstolen i Ziggo-målet var också väldigt specifik avseende de aktiviteter som TPB utförde och som medförde att de ansågs göra mer än att enbart tillhandahålla de fysiska förutsättningarna som möjliggjorde överföringen. Detta kan användas som argument för att prejudikatet i nämnda avgörande ska tolkas snävt.¹⁵⁴ Definitionen av en onlineleverantör exkluderar dessutom uttryckligen tjänsteleverantörer med huvudsyfte att delta i eller främja piratkopiering.¹⁵⁵ Domstolen har tidigare bedömt att kriterier kan variera beroende på typ av mål.¹⁵⁶ Det som tvärtom talar till starkt stöd för en tillämpning av Ziggo-avgörandets kriterier är att de har uppbackning från tidigare praxis i mål om ansvar för tillhandahållande av material från tredje part.¹⁵⁷ Att resonera kring onlineleverantörers ansvar för överföring till allmänheten utifrån de i praxis fastställda kriterierna har också fått viss inverkan på utformningen av det nya direktivet som ju avser att träffa just onlineleverantörer.¹⁵⁸ Ziggo-avgörandet har dessutom redan hunnit beaktats i nationella mål mot videodelningstjänster.¹⁵⁹

När det kommer till onlineleverantörers roll vid tillgängliggörandet av upphovsrättsskyddat material så kan deras centrala roll diskuteras. Om en användare exempelvis har laddat upp en film på en videodelningsplattform kan det likväl vara så att filmen finns enkelt tillgänglig att se över nätet på annan plattform. Det rör sig då emellertid om en annan uppladdning och överföring varför detta saknar betydelse. Det hade då inte spelat någon roll ens om det rörde sig om samma fil.¹⁶⁰ Genom att kravet för agerandets betydelse har lättats upp, kan det dock ha blivit lättare att konstruera ett överföringsansvar för lagringstjänster.¹⁶¹

Administratörerna hos en onlineleverantör agerar med full kännedom om konsekvenserna av sitt handlande om de har för avsikt att ladda upp ett visst

¹⁵⁴ Angelopoulos, Christina, *Communication to the Public and Accessory Copyright Infringement*, The Cambridge Law Journal, 2017, s. 498-499.

¹⁵⁵ Skäl 62 in fine DSM-direktivet.

¹⁵⁶ Se C-161/17 *Renckhoff*, där domstolen särskilde praxis avseende länkingsavgöranden från andra typer av mål.

¹⁵⁷ C-160/15 *GS Media*; C-527/15 *Filmspeler*.

¹⁵⁸ Se avsnitt 6.1.2.

¹⁵⁹ Se högsta domstolen i Italiens beslut: 7708/19 *Reti Televisive Italiane SpA v Yahoo! Inc* där domstolen diskuterade ansvar för videodelningsplattformen Yahoo!. < <http://ipkitten.blogspot.com/2019/03/italian-supreme-court-clarifies.html> >.

¹⁶⁰ C-161/17 *Renckhoff*, punkt 44.

¹⁶¹ Frosio, Giancarlo, *To Filter, or Not to Filter? That is the Question in EU Copyright Reform*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 2018, s. 13; jmf även avsnitt 5.1.1.

material, oberoende av dess laglighet.¹⁶² Det är osäkert utifrån Filmspeler- och Ziggo-avgörandet om ett kriterium om kännedom inbegriper ett krav på att veta specifikt vilka verk som är tillgängliggjorda för att kriteriet ska vara uppfyllt.¹⁶³ Administratörerna för TPB ansågs ha full kännedom eftersom de tillhandahöll en plattform för fildelning och indexerade såväl som katalogiserade torrentfilerna på sidan.¹⁶⁴ En onlineleverantör gör per definition mer än så eftersom en del av onlineleverantörens huvudsyfte är att generera vinst direkt eller indirekt genom att exempelvis organisera, katalogisera och marknadsföra stora mängder information.¹⁶⁵ Det kan även argumenteras för att en onlineleverantör utövar en större kontroll över innehållet på tjänsten eftersom den lagrar det på sina egna servrar till skillnad från TPB och andra fildelningsplattformar som genom torrentfiler enbart dirigerar användarna vidare till material som finns lagrat på användarnas datorer.¹⁶⁶

Går det att likt i GS Media-avgörandet göra en avvägning mellan grundläggande rättigheter och konstatera att inte varje uppladdning som sker hos en onlineleverantör, som ju lagrar stora delar användarupplagt material, kan sägas utgöra en överföring till allmänheten om materialet är skyddat och uppladdat utan upphovsrättsinnehavarens samtycke? Och ska för ansvar i så fall faktisk kännedom eller presumtiv vetskap behöva föreligga gentemot olagligheten av det lagrade materialet? I såväl Filmspeler- som Ziggo-avgörandet togs de faktiska och presumtiva vetenskapskriterierna upp i förhållande till lagligheten av det tillgängliggjorda materialet.¹⁶⁷ Det kan dock diskuteras om det alls är lämpligt att tillämpa ett kriterium om presumtiv vetskap i mål mot onlineleverantörer. För det första handlar onlineleverantörer stora mängder information och kan omöjligen ha full kännedom om allt som laddas upp deras användare. Då är det desto lättare att kontrollera innehållet på en länk som aktören har publicerat på egen hand.¹⁶⁸ För det andra är det osäkert i vilken utsträckning som kriteriet om presumtiv vetskap faktiskt tillämpades i Ziggo-avgörandet.¹⁶⁹ En onlineleverantör är generellt sett en mer skyddsvärd tjänst och borde därför åtminstone inte åläggas tuffare krav än en fildelningsplattform.

¹⁶² Jmf Generaladvokatens förslag till avgörande av den 25 april 2018 i mål C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen mot Dirk Renckhoff, ECLI:EU:C:2018:279, punkt 65.

¹⁶³ C-527/15 *Filmspeler*, punkt 41; C-610/15 *Ziggo*, punkt 36.

¹⁶⁴ C-610/15 *Ziggo*, punkt 36.

¹⁶⁵ Skäl 67 DSM-direktivet; Om definitionen av en onlineleverantör, se avsnitt 1.1.

¹⁶⁶ ALAI (Association Littéraire et artistique Internationale), *OPINION in respect of some of the questions from the Federal Court of Justice of Germany for preliminary ruling by the CJEU, Case C-682/18 (YouTube)*, s. 3.

<<http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/190225-opinion-youtube-en.pdf>>.

¹⁶⁷ C-527/15 *Filmspeler*, punkt 49; C-610/15 *Ziggo*, punkt 45.

¹⁶⁸ Jmf *GS Media* C-160/15.

¹⁶⁹ Se diskussion i avsnitt 5.1.2.1.

Ett typiskt sätt att erhålla faktisk kännedom är genom underrättelse från upphovsrättsinnehavaren.¹⁷⁰ Frågan är var gränsen ska gå för ett eventuellt kriterium om presumtiv vetskap? Den hänskjutande domstolen i YouTube-målet ställde frågan till EU-domstolen om ansvar kunde åläggas trots avsaknad av konkret (faktisk) kännedom om tillgängligheten av intrångsgörande material.¹⁷¹ Frågan skulle likväl kunna ställas huruvida presumtiv vetskap räcker för ansvar och hur sådan kännedom kan uppkomma.

Vinstsyftet, som är ett krav för att överhuvudtaget kategoriseras som en onlineleverantör, är utifrån diskussionen i avsnitt 5.1.2.2 troligtvis inte presumerande för kännedom. Utifrån en extensiv tolkning av ordalydelsen i Ziggo-avgörandet skulle kriteriet för presumtiv vetskap däremot kunna anses vara uppfyllt om en stor andel av de lagrade filerna är intrångsgörande.¹⁷² Det skulle i så fall kunna innebära att det föreligger en presumtion för kännedom om en tillräckligt stor andel av de lagrade filerna hos en onlineleverantör har konstaterats vara uppladdade utan upphovsrättsinnehavarnas tillstånd. Detta skulle inte kräva att en onlineleverantör behöver vara uppmärksam på samtliga intrångsgörande uppladdningar, utan enbart på att den generella olagligheten håller sig inom givna gränser. Följaktligen skulle det inte i samma utsträckning som vid tillämpning av en presumtion till följd av vinstsyfte medföra risk för allmän övervakningsskyldighet. Ofta har onlineleverantörer teknologier på plats för att identifiera och blockera upphovsrättsskyddat material. Vid de fallen är därför inte troligt att en tillräckligt stor andel av filerna är intrångsgörande för att medföra att kriteriet för presumtiv vetskap är uppfyllt. Problemet för onlineleverantörer är snarare att identifieringsteknologierna har kritiserats för att fungera bristfälligt¹⁷³, och det kan tänkas att en domstol skulle bedöma kännedomskriterierna mer strikt i fråga om material som laddas upp på nytt.¹⁷⁴

Ett ytterligare sätt, vid sidan om ett eventuellt vinstsyfte, att tänka sig uppkomsten av en presumtion för kännedom är då det uppladdade materialet är uppenbart upphovsrättsintrångsgörande.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Detta får stöd från praxis avseende art 3(1). Se C-610/15, *Ziggo*; C-160/15 *GS Media*.

¹⁷¹ C-682/18 *YouTube*.

¹⁷² Jmf C-610/15 *Ziggo*, punkt 45, näst sista meningen; se även diskussion i avsnitt 5.1.2.2.

¹⁷³ Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD (2016) 301 final - PART 1/3, 14 september 2016, s. 155-156.

¹⁷⁴ Jmf senare diskussion om notice-and-stay-down som eventuellt kan medföra att kriterierna för ansvarsbegränsning enligt art 14 E-handelsdirektivet inte är uppfyllda (Avsnitt 6.4.3.2).

¹⁷⁵ I det amerikanska målet *EMI Christian Music Grp., Inc. v. MP3tunes, LLC* (2016) ansågs en delningsplattform bort ha varit medveten om att det inte fanns några tillåtna MP3-filer med bandet the Beatles.

5.4 E-handelsdirektivets ansvarsbegränsning

5.4.1 Bakgrund

I tidigare avsnitt har diskuterats de kriterier som skulle kunna tillämpas vid bedömning av onlineleverantörers ansvar enligt art 3(1) Infosoc-direktivet. Genom Ziggo-avgörandet har visats att artikeln inte bara är tillämplig i situationer då en plattform på egen hand agerar för att tillgängliggöra material. Den är även tillämplig då det är sidans användare som har stått för uppladdningen. När mellanhänder på nätet blir föremål för ansvar aktualiseras emellertid bestämmelser som finns till för att skydda sådana aktörer. I art 12–14 E-handelsdirektivet återfinns bestämmelser som begränsar medlemsstaternas möjligheter att utdöma ansvar för mellanhänder då de utför en mere conduit- (art 12), cachning- (art 13) eller värdtjänst (art 14). Bestämmelserna är ett medel för att i vissa fall ge frihet från ansvar när sådant har konstaterats föreligga enligt andra bestämmelser.¹⁷⁶ Art 14 förbjuder medlemsstater att utdöma ansvar för tjänster som lagrar information på begäran av sina användare och uppfyller artikelns rekvisit i övrigt.

Om Infosoc-direktivet behandlar primärt ansvar för mellanhänder så kan E-handelsdirektivet sägas behandla ansvarsfrihet främst för medverkan till ett sådant ansvar. Som vi har sett i tidigare avsnitt har emellertid gränsen mellan vad som utgör primär- och medverkansansvar blivit otydligare. Generaladvokaten i Ziggo-målet förde en kort diskussion kring huruvida TPB kunde kvalificera sig som värdtjänst under art 14(1) E-handelsdirektivet och därmed åtnjuta ansvarsfrihet. Diskussionen fördes dock utifrån scenariot att domstolen skulle komma fram till att enbart ett *indirekt* ansvar kunde utdömas för TPB.¹⁷⁷ EU-domstolen kom till slutsatsen att TPB var primärt ansvarig för sitt agerande och avböjde att överhuvudtaget diskutera art 14(1) E-handelsdirektivet. Att art 14(1) inte togs upp av domstolen kan implicera att domstolen inte ansåg att E-handelsdirektivets ansvarsfrihetsbestämmelser kunde tillämpas i förhållande till primärt ansvariga aktörer.¹⁷⁸ Förhållandet mellan art 3(1) och art 14(1) är dock inte självklart. Som nämnt behandlar EU-domstolen för närvarande ett mål med frågan om YouTube kan hållas

¹⁷⁶ Riordan, Jaani. *The Liability of Internet Intermediaries*. Oxford University Press, Oxford. 2016, s. 379.

¹⁷⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande C-610/15 *Ziggo*, punkt 67-69.

¹⁷⁸ Rosati, Eleonora, *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*, 2017, s. 13.

ansvariga för en överföring till allmänheten, men liknande tjänster har i nationella mål i vissa fall skyddats enligt bestämmelser som implementerat art 14(1) E-handelsdirektivet.¹⁷⁹ Infosoc- och E-handelsdirektivet utgör således två sidor av samma mynt. Även om EU-domstolen ännu inte har ansett art 14(1) E-handelsdirektivet utgöra hinder för ansvarsutkrävande enligt art 3(1) Infosoc-direktivet så måste domstolen, vid en fortsatt harmonisering av ett upphovsrättsligt medverkansansvar inom ramen för ett primärt ansvar i art 3(1) Infosoc-direktivet, förhålla sig till den övre gräns som finns för utkrävande av ett sådant ansvar.

Nedan ska i ett inledande avsnitt analyseras möjligheterna att överhuvudtaget tillämpa ansvarsfrihetsbestämmelsen i art 14(1) E-handelsdirektivet på primärt ansvariga aktörer. Sedan kommer artikelns rekvisit för ansvarsfrihet behandlas och jämföras löpande med kriterierna för åläggande av ansvar för överföring till allmänheten.

5.4.2 Vilken typ av ansvar täcks av ansvarsfrihetsbestämmelserna?

E-handelsdirektivets ansvarsfrihetsbestämmelser är horisontella på så sätt att de förutom mellanhänders ansvar vid upphovsrättsliga intrång också träffar andra illegala aktiviteter såsom konkurrensrättsliga brott, otillbörlig marknadsföring, etcetera. De skyddar mot alla påföljder utom föreläggande.¹⁸⁰ Vilken typ av ansvar som kan begränsas definieras inte, förutom i negativ bemärkelse på så sätt att det markeras för när ansvar inte får utdömas. Riordan skriver att unionsrätten erkänner begränsningar av såväl det primära som sekundära ansvaret som kan åläggas mellanhänder för handlingar begångna av tredje person. Han gör således ingen skillnad mellan de två ansvarsformerna.¹⁸¹ Även Angelopoulos har angett att ansvarsfrihetsbestämmelserna bör kunna begränsa både primär- som medverkansansvar, så länge tjänsteleverantören är att kategorisera som en mellanhand.¹⁸² En övre gräns för ansvar vertikalt sett torde dock gå när användaren handlar direkt under tjänsteleverantörens ledning eller överinseende enligt 14(2) E-handelsdirektivet.

¹⁷⁹ Jmf Commission Staff Working Paper, 'Online Services, Including E-Commerce, in the Single Market', SEC(2011) 1641 final, 11 januari 2012, s. 27-28.

¹⁸⁰ Dommering, Egbert. i Castendyk, Oliver - Dommering, Egbert – Scheuer, Alexander – Böttcher, Kathrin (co-editor), *European media law*, Kluwer Law International B.V., Ah Alpen aan den Rijn, Nederländerna, 2008, s. 1099.

¹⁸¹ Riordan a.a. 2016, s. 377, 384-385.

¹⁸² Angelopoulos, Christina. *European Intermediary Liability in Copyright: a Tort-Based Analysis*. Kluwer Law International. B.V, AH Alpen aan den Rijn, Nederländerna. 2017, s. 68.

Det som talar för en möjlig koppling mellan ansvar i art 3(1) Infosoc-direktivet och ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet är likheten i de kriterier som används vid konstituerande av ansvar respektive ansvarsfrihet. De rekvisit som ställs upp i E-handelsdirektivet för åtnjutande ansvarsfrihet, exempelvis kriterierna om kännedom, liknar visserligen de kriterier som kan härledas till medverkansansvar. Men sedan EU-domstolen har infört kriterier om kännedom i förhållande till olagligheten av det lagrade materialet, även inom ramen för det primära ansvaret i artikel 3(1) Infosoc-direktivet, så saknas det emellertid skäl att av den anledningen enbart ge skydd mot vad som uttryckligen benämns som medverkansansvar.¹⁸³ Dessutom kan en ansvarsutvidgning för en överföring till allmänheten eventuellt ses som en form av domarskapat medverkansansvar som rimligtvis bör förhålla sig till ansvarsbegränsningen i art 14(1) E-handelsdirektivet på samma sätt som annat medverkansansvar.¹⁸⁴

Den successiva utvidgningen av begreppet överföring till allmänheten har i många avseenden överlappat det område som tidigare täcktes av medverkansansvar. Som exempel kan nämnas GS Media-avgörandet där aktören bakom en länkning ansågs vara primär intrångsgörare. Förutom att avgörandet hamnade stick i stäv med hur ansvar för länkning har uppfattats i nationella rättsordningar står det även i kontrast med E-handelsdirektivets utvidgningsperspektiv. Det framgår av art 21(2) E-handelsdirektivet att kommissionen skulle utreda nödvändigheten av att införa ett ytterligare skydd för andra typer av tjänster, exempelvis avseende hyperlänkning och sökverktyg. Någon sådan utvidgning genomfördes inte på EU-nivå men en del medlemsstater införde egna varianter. Både Spanien och Portugal utvidgade sin nationella implementering av art 14 till att uttryckligen täcka både sökmotorer och hyperlänkning.¹⁸⁵ Den utveckling som skett av begreppet överföring till allmänheten i praxis inskränker därmed det potentiella tillämpningsområdet för ansvarsfrihetsbestämmelserna. Husovec skriver att en regelkonflikt med art 3(1) troligtvis skulle innebära att sådana nationella ansvarsfrihetsbestämmelser inte kan tillämpas.¹⁸⁶

Sammanfattningsvis kan konstateras att det ansvar som träffas av ansvarsbegränsningen i art 14(1) E-handelsdirektivet inte är definierat på annat sätt än att det *inte* ska utdömas vid aktiviteter som uppfyller villkoren i artikeln. Det bör därför vara mer relevant att fokusera på vilka kriterier som

¹⁸³ Jmf avsnitt 3.2 och 5.1.

¹⁸⁴ Jmf avsnitt 3.1.

¹⁸⁵ Husovec a.a. 2017, s. 51.

¹⁸⁶ Husovec a.a. 2017, s. 51.

behöver uppfyllas för att åtnjuta ansvarsfrihet än på vilken typ av ansvar som kan komma ifråga för den.

5.4.3 Kriterierna för ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet

Ansvarsfrihetsbestämmelsen i art 14 E-handelsdirektivet ger ett ansvarsskydd för 'värdtjänster', det vill säga mellanhänder på nätet som utför någon av informationssamhällets tjänster genom lagring av information på begäran av tjänstemottagarna (användare). En onlineleverantör uppfyller de nämnda rekvisiten för en värdtjänst eftersom den per definition är en särskild typ av leverantör av informationssamhällets tjänster som lagrar stora mängder information på begäran av sina användare.¹⁸⁷ Det återstår således att analysera hur kriterierna i art 14(1) i övrigt förhåller sig till de kriterier som kan ställas upp för åläggande av ansvar i art 3(1) Infosoc-direktivet. Framställningen är uppdelad utefter de två rekvisit som är styrande för tillämpligheten av art 14(1); mellanhandens passiva roll samt dennes avsaknad av kännedom i förhållande till olagligheten av det lagrade materialet.

5.4.3.1 Passiv roll

För att erhålla status som värdtjänst under art 14(1) E-handelsdirektivet krävs att den tjänstelevererande mellanhandens verksamhet är av rent teknisk, automatisk och passiv natur.¹⁸⁸ Det har tidigare diskuterats huruvida detta krav på neutralitet ska gälla enbart vid bedömning av ansvarsfrihet för cachning- och mere conduit-tjänster i art 12 och 13 E-handelsdirektivet. Genom praxis har emellertid klargjorts att kravet även ska tillämpas i förhållande till värdtjänster.¹⁸⁹ Neutralitetskravet påminner om den övre gräns som finns för åläggande av ansvar enligt Infosoc-direktivet; nämligen att enbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för möjliggörande av en överföring inte ska betraktas som en överföring enligt direktivet.¹⁹⁰ I Ziggo-avgörandet gavs exempel på åtgärder som gjorde att TPB inte kunde åberopa detta skäl, exempelvis att plattformen förutom att erbjuda en

¹⁸⁷ Art 2(6) DSM-direktivet; se mer om definitionen under avsnitt 1.1.

¹⁸⁸ Skäl 42 E-handelsdirektivet.

¹⁸⁹ Oenigheten beror delvis på en skillnad mellan uttryckssätten i skälen 42 och 46, vilka styr begränsningen för vilka skydd som kan ges enligt ansvarsfrihetsbestämmelserna. I skäl 42 står det angivet "undantag från ansvar" medan det i skäl 46, som uttryckligen bara träffar värdtjänster, heter "ansvarsbegränsningen". Eleonora Rosati anser att denna skillnad är skenbar och pekar på att skillnaden i ordalydelsen är marginell samtidigt som det i praxis inte har gjorts någon åtskillnad mellan kraven avseende tjänsterna i art 12–14 (Rosati, Eleonora, *Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law*, CREATE Working Paper 2016/11, 2016, s. 6-8).

¹⁹⁰ Skäl 27 Infosoc-direktivet; För ett liknande resonemang, se Ginsberg, *a.a.* 2017, s. 11.

sökmotor också kategoriserade materialet efter genre, typ och popularitet. Administratörerna ”kontrollerade” även att ett verk placerades i ”lämplig kategori” och de filtrerade på ett ”aktivt sätt” visst innehåll.¹⁹¹

Exempel för vad som innebär ett avsteg från neutralitet har av EU-domstolen definierats även avseende art 14 E-handelsdirektivet. I *Google France*-avgörandet definierade domstolen neutralitetskravet i art 14(1) närmre och ansåg att en verksamhet måste vara utformad så att ”tjänsteleverantören varken har kännedom eller kontroll över vidarebefordrad eller lagrad information”, samt förhåller sig neutral i utövandet av sin roll.¹⁹² Det som enligt domstolen spelade roll i det aktuella fallet var vilken roll Google hade vid redigeringen av reklammeddelanden som åtföljde en reklamlänk eller vid bildandet och valet av sökord i deras sökmotor. Domstolen konstaterade att mellanhanden inte fick spela en ”aktiv roll” mot bakgrund av de hänvisade omständigheterna, men att det ankom på den hänskjutande domstolen att besluta om Google uppfyllde det kravet.¹⁹³ I *L'Oréal*-avgörandet bekräftade EU-domstolen sitt tidigare ställningstagande och betonade, med hänvisning till *Google France*-avgörandet, vikten av att aktören betraktas som en tjänstelevererande mellanhand, vilket domstolen konstaterade inte var fallet när aktören hade haft ”en aktiv roll som kan ge honom kännedom om eller kontroll över lagrade uppgifter.”¹⁹⁴ EU-domstolen har bidragit med viss tolkningshjälp för vad som utgör en aktiv roll. Omständigheter som *kan* medföra att en aktiv roll föreligger är att aktören optimerar försäljningserbjudanden eller gör reklam för dem.¹⁹⁵ Även verksamheter som erbjuder kunder möjlighet att optimera sin försäljning kan räknas som aktiva.¹⁹⁶ En mellanhand kvalificerar sig däremot *inte* som aktiv enbart mot bakgrund av att denne driver en elektronisk marknadsplats, lagrar försäljningserbjudandena på sin server, fastställer villkoren för sin tjänst, uppbär betalning för tjänsten och ger allmänna upplysningar till sina kunder.¹⁹⁷

Den aktiva roll som diskuterades i *L'Oréal*- och *Google France*-avgörandet motsvarar enligt Ginsberg användarens centrala roll och avsiktligheten i dennes agerande vid en bedömning av ansvaret för en överföring till

¹⁹¹ C-610/15 *Ziggo*, punkt 38.

¹⁹² Förenade målen C-236/08-C-238/08, Domstolens dom (stora avdelningen) av den 23 mars 2010, *Google France SARL, Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier SA m.fl.*, ECLI:EU:C:2010:159, punkt 112–114.

¹⁹³ C-236/08 *Google France*, punkt 119–120.

¹⁹⁴ C-324/09 *L'Oréal*, punkt 113, med hänvisning till C-236/08 *Google France*, punkt 114 och 120.

¹⁹⁵ C-324/09 *L'Oréal*, punkt 116.

¹⁹⁶ Mål C-521/17, Domstolens dom av den 7 augusti 2018, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. mot Deepak Mehta*, ECLI:EU:C:2018:639, punkt 48.

¹⁹⁷ C-324/09 *L'Oréal*, punkt 115.

allmänheten.¹⁹⁸ Även Husovec gör en koppling mellan en plattforms aktiva roll och dess avsiktliga iblandning i tjänsten genom att stödja positionen att passivitetets-kravet inte finns till för att minska art 14:s tillämpningsområde utan för att bättre skilja mellanhandernas egna innehåll från användarnas. Detta hade gett bättre uttryck för E-handelsdirektivets vidsträckt och även synkroniserat det med prövningen av primärt ansvar enligt andra bestämmelser, exempelvis för överföring till allmänheten.¹⁹⁹ Husovec hänvisar till det brittiska avgörandet *Newzbin*²⁰⁰, där en mellanhand ansågs vara primärt ansvarig för en överföring till allmänheten på grund av sitt agerande i förhållande till innehållet som tillgängliggjorts av tjänstens användare. Genom agerandet begränsade sig inte mellanhanden till att processa tredjeparts-innehållet utan antog det som sitt eget.²⁰¹ En tolkningsoperation med syftet att skilja eget innehåll från användarnas skulle bättre spegla kopplingen mellan Infosoc- och E-handelsdirektivet som märks i att de avser att komplettera snarare än förändra varandra.²⁰² På nationell nivå har åtskillnaden på sina håll redan utgjort en skiljelinje mellan ansvar och ansvarsfrihet. Exempelvis vad gäller videodelningsplattformar har å ena sidan fransk domstol uttalat att sådana aktörer kan räknas som värdtjänster, medan tysk domstol uttryckt att en videodelningssida *inte* kan räknas som värdtjänst om den presenterar det uppladdade innehållet som sitt eget.²⁰³ För att en sådan tolkningsoperation ska bli autonom på EU-nivå krävs det emellertid att rättsläget klargörs av EU-domstolen. Först då kan passivitetstestet omformas till ett test för tredjeparts-innehåll.²⁰⁴

5.4.3.2 Kännedomskriteriet

Av art 14(1)(a) E-handelsdirektivet följer att det, för beviljande av ansvarsfrihet, krävs att leverantören ”inte hade kännedom om förekomsten av

¹⁹⁸Ginsberg, a.a. 2017, s. 11; Se även Strowel, Alain, 'Reconstructing the Reproduction and Communication to the Public Rights: How to Align Copyright with Its Fundamentals.' i Hugenholtz, P. Bernt, *Copyright Reconstructed – Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Kluwer Law International B.V., Ah Alphen aan den Rijn, Nederländerna, 2018, s.238-239. Här anförts att uppfyllda kriterier för avsiktlig, handlingens nödvändighet för utfallet och vinstsyftet gör att en mellanhand inte längre enbart tillhandahåller de fysiska förutsättningarna och att mellanhanden därmed utför en överföring till allmänheten. De nämnda kriterierna reflekterar enligt författaren dem för passivitetstestet i art 14 E-handelsdirektivet och att en utvidgning av begreppet överföring till allmänheten kan tjäna som begränsning för mellanhanders ansvarsfrihet.

¹⁹⁹ Husovec a.a. 2017, s. 57.

²⁰⁰ Twentieth Century Fox Film Corp. v. Newzbin Ltd.[2010] EWHC (Ch) [125] (Eng.).

²⁰¹ Husovec a.a. 2017, s. 57.

²⁰² Jmf skäl 16 Infosoc-direktivet och skäl 50 E-handelsdirektivet vari anges att det är av vikt att de träder ikraft ungefär samtidigt som varandra.

²⁰³ Commission Staff Working Paper, 'Online Services, Including E-Commerce, in the Single Market', SEC(2011) 1641 final, 11 januari 2012, s. 27-28.

²⁰⁴ Husovec a.a. 2017, s. 56.

olaglig verksamhet eller olaglig information” (faktisk kännedom) och vid skadeståndsanspråk, ”inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar” (presumtiv vetskap). Den senare kravnivån markerar det lägre kännedomskravet som vid civilrättsliga anspråk fråntar en värdtjänst möjlighet till ansvarsfrihet. För faktisk kännedom krävs en underrättelse från rättsinnehavaren medan presumtiv vetskap kan uppkomma även på andra grunder.²⁰⁵ Här kan påminnas om EU-domstolens införande av kriterier om faktisk och presumtiv kännedom i förhållande till olagligheten av det hänvisade materialet i GS Media-avgörandet.²⁰⁶ Men även om att generaladvokaten i Ziggo-målet föreslog ett krav på faktisk kännedom vid åläggande av ansvar för en överföring till allmänheten medan domstolen, möjligen till viss del, också tillämpade kriteriet om presumtiv vetskap.²⁰⁷

Var gränsen går för presumtiv vetskap framgår inte av direktivet men utifrån ett av kommissionen upprättat konsultationsdokument kan sägas något om svårigheten att avskilja presumtiv vetskap från faktisk kännedom. I beskrivningen av den tolkning med lägst krav på faktisk kännedom anges exempelvis att ”generell kännedom” om att olaglig information lagras, är tillräcklig för att skyddet i art 14(1) ska falla bort. Ett så lågt ställt krav skulle emellertid kunna hamna i konflikt med förbudet mot allmän övervakningsskyldighet i art 15 E-handelsdirektivet.²⁰⁸ Det skulle också ställa upp hinder för hur långt EU-domstolen vid bedömning av ansvar enligt art 3(1) kan tillämpa kriteriet om presumtiv vetskap för onlineleverantörer som lagrar stora mängder upphovsrättsskyddat material. Möjligtvis är detta anledningen till att domstolen inte helt tydligt formulerade vilken typ av krav på kännedom som faktiskt tillämpades i Ziggo-avgörandet.

EU-domstolen har lämnat till nationella domstolar att själva mer precist definiera E-handelsdirektivets kriterium om kännedom, men införde genom L’Oréal-avgörandet en måttstock för bedömningen. Vilka ”fakta och omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga informationen uppenbar” skulle baseras på om en ”försiktig näringsidkare” (”diligent economic operator”) hade insett att denna var intrångsgörande och föranlett näringsidkaren att agera enligt 14(1)(b) E-handelsdirektivet. Kännedom kan

²⁰⁵ Angelopoulos a.a. 2017, s. 82; se även Edwards, Lilian, *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights*, 2010, s. 10.

²⁰⁶ C-160/15 *GS Media*, punkt 49.

²⁰⁷ Generaladvokatens förslag, C-610/15 *Ziggo*, punkt 52; se även diskussionen i avsnitt 6.1.2.

²⁰⁸ SEC(2011) 1641 final, 11 januari 2012, s. 33-34.

uppkomma efter egengjord undersökning eller efter upplysning lämnad av upphovsrättsinnehavare.²⁰⁹

När kännedom uppkommer aktiveras mellanhandens skyldighet enligt det så kallade *notice-and-take-down*-systemet; att agera ”utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig”.²¹⁰ Direktivet säger inget om vid vilken tidpunkt leverantören ska agera utan detta lämnas till medlemsstaterna själva att avgöra på nationell nivå.²¹¹ Underrättelse var i GS Media-avgörandet, liksom i art 14(1) E-handelsdirektivet, en indikation för faktisk kännedom och en utlösande omständighet för en skyldighet att göra informationen otillgänglig enligt kravet på *notice-and-take-down*.

En fråga som togs upp av generaladvokaten i L’Oréal-avgörandet var om en medvetenhet kan föreligga hos mellanhanden, inte bara om tidigare och pågående intrång, utan också om framtida. Som huvudregel kan kännedom främst föreligga gentemot pågående händelser eller händelser i det förgångna. Emellertid, anförde generaladvokaten, kan ett framtida intrång vara en del av ett pågående på så sätt att samma användare upprepar ett tidigare begånget intrång.²¹² En underrättelse om en användares intrång skulle därmed kunna konstituera ansvar för en mellanhand om tillfället senare upprepar sig. Det tycks som att generaladvokaten förespråkade en form av *notice-and-stay-down*-system. Det kan även tänkas att ansvaret utvidgas vidare till att gälla också för potentiella framtida *liknande intrång*, vilket har varit en tolkning som förespråkats av rättsinnehavare.²¹³ Emellertid måste ett ansvar för framtida intrång föregås av någon form av kriterier för hur mellanhanden ska täcka sitt ansvar. I annat fall skulle ansvaret bli i nivå med en generell övervakning, vilket medlemsstaterna är förbjudna att införa krav för enligt art 15 E-handelsdirektivet.²¹⁴

5.4.3.3 Något om övervakningsförbudet i art 15

Om en mellanhand kvalificerar sig för skydd enligt någon av ansvarsfrihetsbestämmelserna i art 12–14 så innebär detta också en aktualisering av förbudet mot allmän övervakningsskyldighet i art 15 E-

²⁰⁹C-324/09 *L’Oréal*, punkt 122; Jmf Farano, Béatrice Martinet, *Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches*, TTLF Working Papers, 2012, s. 79. Farano om det amerikanska regelverket DMCA med motsvarigheten till ”en försiktig näringsidkare” i ”a reasonable person”.

²¹⁰ Art 14(1)(b) E-handelsdirektivet.

²¹¹ Dommering a.a. 2008, s. 1103; se även skäl 16 och 40 E-handelsdirektivet.

²¹² Generaladvokatens förslag till avgörande av den 9 december 2010 i mål C-324/09, *L’Oréal SA m.fl. mot eBay International AG m.fl.* ECLI:EU:C:2011:796, punkt 165-168.

²¹³ Commission Staff Working Paper, ‘Online Services, Including E-Commerce, in the Single Market’, SEC(2011) 1641 final, 11 januari 2012, s. 43.

²¹⁴ Angelopoulos a.a. 2017, s. 86-87.

handelsdirektivet.²¹⁵ Ett förbud mot generell övervakning har i EU-rättslig praxis även fastslagits vara väl förankrat i art 8 och 11 EU-stadgan.²¹⁶ Eftersom art 15 förbjuder medlemsstaterna att införa en allmän övervakningsskyldighet så sätter den också en yttre gräns för hur stränga villkoren får vara för att erhålla skydd enligt ansvarsfrihetsbestämmelserna. Utan förbudet skulle mellanhänder ha kunnat hållas ansvariga för kännedom i förhållande till allt illegalt material på plattformen. Notice-and-take-down-systemet hade i så fall transformerats till ett system för omedelbar borttagning.²¹⁷

5.4.4 Avslutande diskussion om förhållandet mellan Infosoc- och E-handelsdirektivet

Den utvidgning av begreppet överföring till allmänheten för mellanhänder som skedde genom GS Media- och Filmspelers-avgörandet utvecklades vidare i Ziggo-målet, vilket har medfört att gränsen mellan primärt ansvarig aktör och mellanhand har blivit otydligare. Att laborera med primärt ansvar för mellanhänder till följd av handlingar som härleds från tredje part aktualiserar även inträdeskriterierna för ansvarsfrihet i art 14 E-handelsdirektivet, vilket troligtvis inte har varit avsikten.²¹⁸

Det kriterier om faktisk och presumtiv vetskap som tillämpades i GS Media-avgörandet är snarlika de rekvisit som uttrycks direkt i art 14(1)(a) E-handelsdirektivet. När de nämnda kriterierna i Ziggo-avgörandet också började tillämpas på tjänster som lagrade information tvingades domstolen, precis som vid bedömning av kännedomskravet i art 14(1), förhålla sig till förbudet mot allmän övervakningsskyldighet. Vid bedömning av en onlineleverantörs ansvar för användaruppladdat material bör därför rimligtvis både art 3(1) Infosoc- och art 14(1) E-handelsdirektivet uppmärksammas. Detta har på sina håll bekräftats även på nationell nivå.²¹⁹

²¹⁵ Detta följer av ordalydelsen i art 15, ”... i samband med tillhandahållande av sådana tjänster som avses i artiklarna 12, 13 och 14...”.

²¹⁶ Stalla-Bourdillon, Sophie, m.fl. *An academic perspective on the copyright reform*, Computer Law & Security Review, 2017 s. 2.

²¹⁷ Angelopoulos a.a. 2017, s. 107.

²¹⁸ Jmf skäl 16 *in fine* Infosoc-direktivet och art 14(1) E-handelsdirektivet: ”...inte skall vara ansvarig för information som lagrats på begäran av en tjänstemottagare...”

²¹⁹ Se beslut från högsta domstolen i Italien: *7708/19 Reti Televisive Italiane SpA v Yahoo! Inc* där domstolen diskuterade ansvar för videodelningsplattformen Yahoo! både utifrån Ziggo-avgörandet och E-handelsdirektivets art 14, intressant nog även utifrån det ursprungliga förslaget till DSM-direktivet. < <http://ipkitten.blogspot.com/2019/03/italian-supreme-court-clarifies.html> >.

En skillnad mellan kraven i Infosoc- och E-handelsdirektivet är placeringen av bevisbördan. Det är den klagande parten som måste visa att rekvisiten för ansvar är uppfyllda medan den tilltalade har bevisbördan för uppfyllandet av motsvarande rekvisit för ansvarsfrihet. Bevisbördan vid bedömning av kännedom i förhållande till det uppladdade materialets olovlighet i Infosoc-direktivet kan i och för sig slå om då domstolens tillämpar kriterier som medför presumtion för kännedom, såsom vinstsyfte.²²⁰

Husovec föreslog att passivitetstestet skulle omformas till ett test för tredjeparts-information i syfte att bättre synkronisera bestämmelserna om ansvar och ansvarsfrihet i Infosoc- respektive E-handelsdirektivet. Detta skulle kunna ses som en naturlig följd av att kriterierna för tillämpning av bestämmelserna har blivit liknande. En skiljelinje mellan ansvar och ansvarsfrihet skulle i så fall vara operatörens nivå av aktivitet och dennes kännedom i förhållande till olovligheten av det tillgängliggjorda materialet. Ett närmande av kriterierna skulle kunna minska risken för en eventuell överlappning mellan de två direktiven som annars skulle kunna bli problematisk vid en bedömning i det individuella fallet. Ginsberg styrker ett sådant synsätt och skriver att förekomsten av kriterier om kännedom i båda direktiven kan öka förutsägbarheten i domstolens bedömningar.²²¹ Angelopoulos är inne på ett liknande spår och anför att en harmonisering av det indirekta ansvaret kan medföra att ett stabilt förhållande uppnås mellan Infosoc- och E-handelsdirektivet i det avseendet att EU-rätten kan göra anspråk på hela gapet mellan de två direktivens bestämmelser om ansvar och ansvarsfrihet.²²²

²²⁰ Jmf Ginsberg, a.a. 2017, s. 10-11.

²²¹ Ginsberg, a.a. 2017, s. 11.

²²² Angelopoulos, Christina, *CJEU Decision on Ziggo: The Pirate Bay Communicates Works to the Public*, Kluwer Copyright Blog 2017, s. 1, <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/30/cjeu-decision-ziggo-pirate-bay-communicates-works-public/>>.

6 Onlineleverantörers ansvar för användaruppladdat material enligt DSM-direktivet

6.1 Bakgrund

Onlineleverantörer som genom sina användares uppladdningar tillhandahåller stora mängder information har blivit en huvudsaklig källa för tillgång till upphovsrättsskyddat material på nätet. Detta har varit positivt för tillgången till kulturellt och kreativt utbud och utvecklingen av nya affärsmodeller. Det har emellertid rått en legal osäkerhet kring det ansvar som onlineleverantörer har för material som laddas upp av deras användare utan föregående samtycke från upphovsrättsinnehavarna. Detta påverkar både rättsinnehavarnas möjlighet att kontrollera användningen av sitt material såväl som deras möjligheter att få en rimlig ersättning för det. Därför är det enligt DSM-direktivets mål av vikt att utveckla en licensieringsmarknad för rättsinnehavare och onlineleverantörer inom unionen.²²³

I DSM-direktivets fjärde avdelning, ”Åtgärder för att uppnå en välfungerande marknad för upphovsrätt”, finnes i dess andra kapitel, “Viss användning av skyddat innehåll via onlinetjänster”, art 17 som är kapitlets enda artikel, men förmodligen direktivets mest kontroversiella. Artikelnen reglerar det ansvar för användaruppladdat material som kan åläggas onlineleverantörer, såsom de på ett nytt sätt definieras i DSM-direktivet. Artikelnen är omfattande och består av totalt 10 punkter som styrs särskilt av skälen 61–71 till direktivet. Nedan kommer analyseras särskilt de punkter som tar sikte på ansvar för överföring till allmänheten och eventuella möjligheter till ansvarsbegränsning.

6.1.1 Art 17 – Onlineleverantörer utför en överföring till allmänheten

Av art 17, under rubriken ”Skyddat innehåll som används av onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll”, framgår i dess första punkt och stycke att medlemsstater ska föreskriva att en onlineleverantör utför en överföring till allmänheten *eller* ett tillgängliggörande för allmänheten när den ger allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddat

²²³ Skäl 61 DSM-direktivet.

användaruppladdat material. Därför krävs det, enligt andra stycket, att en onlineleverantör i sådana fall erhåller tillåtelse från rättsinnehavaren enligt vad som framgår av art 3(1) och (2) Infosoc-direktivet, förslagsvis genom ingående av licensavtal.²²⁴

Av andra punkten följer att en tillåtelse från rättighetsinnehavaren även täcker handlingarna begångna av onlineleverantörens användare i den mån de agerar inom ramen för ansvar enligt art 3 Infosoc-direktivet. Detta gäller inte då användarna agerar på kommersiell basis eller de genererade intäkterna är betydande. Detta visar på en förflyttning av det huvudsakliga ansvaret från slutanvändarna till onlineleverantörerna. Vad som utgör betydande intäkter ska ställas i relation till den upphovsrättsligt relevanta handlingen som täcks av onlineleverantörens tillåtelse. Omvänt gäller att en tillåtelse för användaren att ladda upp material hos en onlineleverantör också täcker onlineleverantörens ansvar.²²⁵

6.1.1.1 Nyskapad rätt eller enbart ett klargörande av redan gällande rätt?

I skäl 64 till DSM-direktivet anges att det är lämpligt att *klargöra* att en onlineleverantör utför en överföring till allmänheten eller ett tillgängliggörande för allmänheten på de premisser som ges i art 17 DSM-direktivet. Detta skulle kunna tolkas som att den bakomliggande tanken i lagstiftningsprocessen har varit att ansvar för onlineleverantörer har varit fallet i gällande rätt redan före antagandet av direktivet. Det som talar för en sådan syn är att det nämnda skälet, förutom att uttrycka att det handlar om ett klargörande, inte tillhandahåller någon annan information än den som redan framgår direkt av art 17(1).

Kommissionen adresserade redan i sitt ursprungliga förslag till nytt direktiv problemet med att definiera vem som utför en överföring till allmänheten. Enligt denne stod det klart att det vid en uppladdning av upphovsrättsskyddat material föreligger en överföring till allmänheten, och att överföringen beroende på omständigheterna kan involvera fler än en aktör. Fram till och med tidpunkten för kommissionens förslag hade EU-domstolen varit tvetydig i sin uppfattning huruvida fler än en aktör kunde vara gemensamt ansvariga för en och samma överföring till allmänheten och hade ännu inte tagit upp något mål rörande onlineleverantörers ansvar för användaruppladdat material.²²⁶ Sedan dess har EU-domstolen dels avgjort Ziggo-målet och

²²⁴ Art 17(1), (2) DSM-direktivet.

²²⁵ Skäl 69 DSM-direktivet.

²²⁶ Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD (2016) 301 final - PART 1/3, 14 september 2016, s. 159.

därigenom klargjort under vilka omständigheter som en mellanhand kan hållas ansvarig för användaruppladdat material, och dels tagit upp det tidigare nämnda YouTube-målet för prövning. På nationell nivå har det saknats enighet kring i vilken grad en onlineleverantör kan anses delta i en användares överföring till allmänheten.²²⁷ Kommissionen fruktade en fortsatt trend där internetplattformar agerar strategiskt genom att operera utan licenser för att på så sätt skapa sig en större publik och sätta sig själva i en bättre förhandlingsposition gentemot rättsinnehavarna. Därför ansåg kommissionen att EU-domstolens besked rörande plattformarnas ansvar som överförare till allmänheten av användaruppladdat material inte kunde inväntas innan ett agerande skedde på lagstiftningsområdet.²²⁸

EU-parlamentet refererade i sina ändringsförslag inte ansvarsåläggandet för överföring till allmänheten som något klargörande utan angav enbart att utgångspunkten borde vara att onlineleverantörer står ansvariga som överförare av det material som deras användare laddar upp.²²⁹ Skälet till uttryckssättet ”klargöra” kan istället spåras tillbaka till EU-rådets omarbetning av kommissionens ursprungliga förslag. Estland föreslog som ordförandeland i rådet att direktivets skäl avseende betydelsen av begreppet överföring till allmänheten skulle utvecklas och förtydligas såsom styrande för art 17:s²³⁰ tillämpningsområde.²³¹ Det angavs i dåvarande skäl 38 att direktivet skulle klargöra, med beaktande av rättspraxis från EU-domstolen, under vilka villkor en leverantör av informationssamhällets tjänster med huvudsyfte att lagra och tillgängliggöra upphovsrättsskyddat material för allmänheten, utförde en överföring till allmänheten.²³² I skälet hänvisades till EU-domstolens uppdelning av begreppet i överföring och allmänhet men också till att det i varje enskilt fall skulle göras en individuell bedömning av begreppet med beaktande av flera kompletterande men ej självständiga och av varandra beroende kriterier.²³³ Det angavs att domstolen tidigare kommit fram till att det föreligger en överföring då en aktör handlar med full kännedom om konsekvenserna av sitt agerande för att ge tillgång till upphovsrättsskyddat material. Även vinstsyftets betydelse lyftes fram i

²²⁷ SWD(2016) 301 final PART 1/3, s. 157-158.

²²⁸ SWD(2016) 301 final PART 1/3, s. 159.

²²⁹ Skäl 38, gemensamma ståndpunkten och skäl 38 i det tidigare nedröstade betänkandet A8-0245/2018 (juni 2018). Emellertid anges i båda de nämnda förslagens art 13 att direktivets definition av täckningsområdet för en överföring till allmänheten inte ska påverka art 3(1) och (2) Infosoc-direktivet.

²³⁰ Bestämmelserna i art 17 fanns under lagstiftningsprocessen placerade i art 13, men för tydlighetens skull har genomgående hänvisats enbart till art 17.

²³¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Consolidated Presidency compromise proposal (13842/17), skäl 38-38a.

²³² Begreppet onlineleverantör hade vid det här stadiet ännu inte introducerats utan här användes en definition som liknande den i kommissionens ursprungliga förslag.

²³³ Jmf den individualiserade bedömningen som redogörs för i avsnitt 2.6.

skälet. I det föreslagna skälet 38a följdes den i föregående skäl gjorda genomgången av praxis upp med tillägget att det därav är ”lämpligt att klargöra” att online-tjänster utför en överföring till allmänheten eller ett tillgängliggörande för allmänheten när de agerar ”*in full knowledge of the consequences of their action to provide access to protected content with the purpose of obtaining profit therefrom by organising it in such a manner that it is easily findable on their services. Organising content involves for example indexing the content, presenting it in a certain manner and categorizing it.*”²³⁴ I det föreslagna direktivets art 17 upprepades denna definition för när det ska anses ha skett en överföring till allmänheten.²³⁵ Den föreslagna ändringen kom till bara en dryg månad efter EU-domstolens avgörande i Ziggo-målet och det är inte orimligt att tänka sig att det utifrån val av resonemang finns en koppling mellan ändringsförslaget och det nämnda avgörandet.²³⁶

Vid EU-rådets försök till definition av begreppet överföring till allmänheten gick åsikterna isär bland medlemsstaterna kring huruvida det skulle införas några klargörande kriterier i skälen till direktivet. En del ville överhuvudtaget inte involvera några klargörande kriterier medan andra underströk det föreslagna i att ange den i praxis utarbetade definitionen.²³⁷ Ett nämnvärt ändringsförslag som togs fram under bearbetningen i rådet är justeringen som gjordes den 13 april 2018 då den uttryckliga hänvisningen till praxis togs bort men genomgången av de tidigare fastslagna kriterierna enligt praxis kvarstod.²³⁸ I efterföljande förhandlingar mellan medlemsstaterna togs dock

²³⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Consolidated Presidency compromise proposal (13842/17), skäl 38a in fine. (svensk översättning saknas).

²³⁵ “...is performing an act of communication to the public or an act making available to the public within the meaning of Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC when it intervenes in cooperationfull knowledge of the consequences of its action to give the public access to those copyright protected works or other protected subject matter by organising these works or other subject matter with rightholders, the aim of obtaining profit from their use.”

²³⁶ Se C-610/15 Ziggo, punkt 36: ”Icke desto mindre agerar dessa administratörer, genom att tillhandahålla och administrera en plattform för fildelning online, såsom den som är aktuell i det nationella målet, med full kännedom om konsekvenserna av deras handlande, då de ger tillgång till skyddade verk genom att indexera och katalogisera torrentfiler på nämnda plattform, vilket gör det möjligt för plattformens användare att lokalisera dessa verk och dela dem inom ett peer to peer-nätverk (peer-to-peer)”. Se även punkt 38 och 48; Se även Angelopoulos 2017, *Communication to the public and accessory copyright infringement*, s. 499, där Angelopoulos efter C-610/15 Ziggo noterade att kommissionens förslag borde ändras för att ta hänsyn till kännedomskriterierna som gällde för att bedöma mellanhänders ansvar.

²³⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Consolidated Presidency compromise proposal (13842/17), s. 6-10.

²³⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on copyright in the Digital Single Market - Presidency compromise proposal, (7927/18), 13 April 2018, skäl 38, 38a, samt art 13.

även genomgången av kriterierna bort. Det förtydligades emellertid i skäl 38 att direktivet, förutom att vara klargörande, inte skulle förändra ”*the concept of communication to the public or of making available to the public under Union law nor does it affect the possible application of Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC*”.²³⁹ Förändringarna skedde parallellt med att definitionen av begreppet onlineleverantör gjordes skarpare med införandet av ytterligare rekvisit såsom vinstsyfte såväl som organisering och främjande av upphovsrättsskyddat material.²⁴⁰ När rådet antog sin gemensamma ståndpunkt den 25 maj 2018 gjordes inga vidare förändringar med avseende på vare sig skäl 38 eller artikel 17(1).

I processen förändrades direktivförslaget således från att ha hänvisat till i praxis fastslagna kriterier till att enbart ge en notis om att direktivet utgör ett klargörande för när det föreligger en överföring till allmänheten. Art 17 förändrades på liknande sätt. Från att ha ställt upp kriterier för när en leverantör av informationssamhällets tjänster kunde hållas ansvarig, ställdes nu upp en presumtion för ansvar om en onlineleverantör utan tillåtelse från upphovsrättsinnehavaren gav allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddat material.

EU-parlamentet och EU-rådet var i huvudsak eniga om täckningsområdet för vad som skulle utgöra en onlineleverantör, vilket i sin tur lade grunden för täckningsområdet för art 17. Kriterierna som i tidigare förslag fanns angivna i skäl 38 och som avgjorde för när en leverantör av informationssamhällets tjänster (eller tidigt föreslagna versioner av en onlineleverantör) skulle anses ha utfört en överföring till allmänheten enligt art 17 hade flyttats över i en mer utvecklad definition av en onlineleverantör. Därför behövde art 17 och därtill tillhörande och klargörande skäl inte innehålla kriterier om vinstsyfte, organisering och marknadsföring av material.²⁴¹ I ett av rådets arbetsdokument angavs att klargörandet för under vilka omständigheter en onlineleverantör skulle hållas ansvarig för en överföring till allmänheten skulle ske genom en kombination av hänsyn taget till definitionen av en

²³⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on copyright in the Digital Single Market - Mandate for negotiations with the European Parliament (8145/18), 23 april 2018, skäl 38.

²⁴⁰ Förändringen skedde först genom rådets omarbetning från 23 Mars 2018; 7450/18, art 2(5) var det i skäl 38-38a fortfarande behölls en längre definition av överföring till allmänheten och de kriterier som lagts fram genom praxis.

²⁴¹ Jmf likheterna mellan parlamentets och rådets definition av en onlineleverantör i dokumentet ”Arbetsdokument - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 593 final - 2016/0280 (COD), Art. 2, para 4b (EP)/para 5 (Council)”, och exempelvis rådets tidigare version 15651/17 (13 dec 2017) samt definitionen av en onlineleverantör i art 2(5).
<https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/12/Copyright-Directive-4-column-document_ARTICLES-Version-5.1.pdf>.

onlineleverantör och hänvisningen till EU-domstolspraxis i art 17.²⁴² Även om den specifika hänvisningen till praxis slutligen togs bort så finns det en symbios mellan de två bestämmelserna och kriterierna för ansvar i art 17 måste därför läsas tillsammans med kriterierna för att betraktas som en onlineleverantör i art 2(6).

6.1.1.2 En jämförelse med tidigare kriterier för bedömning av ansvar vid överföring till allmänheten

En leverantör av informationssamhällets tjänster som uppfyller kriterierna för att definieras som en onlineleverantör kommer att anses utföra en överföring till allmänheten om den uppfyller kraven i art 17(1) DSM-direktivet. Detta är fallet så snart onlineleverantören ger allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som har laddats upp av leverantörens användare. Bevisbördan för rättsinnehavaren, som tidigare bestod i att visa att kriterierna i art 3(1) Infosoc-direktivet var uppfyllda, har på så sätt riktats om mot ett krav på att visa att den tilltalades verksamhet faller inom ramen för definitionen av en onlineleverantör enligt art 2(6) DSM-direktivet. Även om denna definition inte är fullt ut tydlig så är den tydligare än de kriterier som en sådan tjänst tidigare har måst uppfylla för att anses utföra en överföring till allmänheten.

Kriterier om kännedom i förhållande till olagligheten av det uppladdade materialet saknas helt i DSM-direktivet. Artikel 17(1) kan på så sätt ses som ett närmande till de objektiva ansvarskriterier som gällt under art 3(1) Infosoc-direktivet före GS Media-avgörandet. Kännedomskriterierna kan vid bedömning av mellanhänders ansvar anses ha tjänat som ytterligare kriterier som kompensation för en annars alltför vidsträckt utvidgning av begreppet överföring till allmänheten. Men de kan också ses som en markering för gränsen till förbudet mot införande av en allmän övervakningsskyldighet enligt art 15 E-handelsdirektivet. Det senare var ju anledningen till att generaladvokaten i Ziggo-målet ansåg att vinstsyftets presumtion för kännedom inte kunde tillämpas i målet. Vinstsyftet kan under art 3(1) Infosoc-direktivet ha betydelse för bedömningen av huruvida det föreligger en överföring till allmänheten eller ej men det utgör en förutsättning för att en verksamhet överhuvudtaget ska definieras som en onlineleverantör i DSM-direktivet.²⁴³ Just i det avseendet kan art 3(1) Infosoc-direktivet ses som mer vidsträckt än art 17 DSM-direktivet. Att kännedomskriterierna är helt

²⁴² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Discussion paper on Article 11 and Article 13, (5902/18), 6 februari 2018, s. 10.

²⁴³ Jmf definitionen i art 2(6) DSM-direktivet.

borttagna innebär ett strikt ansvar för onlineleverantörer vid deras användares olovliga uppladdningar av skyddat material, vilket bara det är problematiskt i förhållande till förbudet mot en allmän övervakningsskyldighet.

Den stora betydelsen av den tilltalades agerande har gjort bedömningen enligt art 3(1) Infosoc-direktivet väldigt flexibel. I Ziggo-avgörandet, vid bedömning av om en ny publik förelåg, tog domstolen dessutom särskild hänsyn till att en stor del av det delade materialet på webbsidan var olovligt tillgängliggjort.²⁴⁴ Detta är en klar skillnad mot kraven för att överhuvudtaget kunna ålägga ansvar för en överföring till allmänheten enligt art 17(1) DSM-direktivet. Ett huvudsyfte hos en onlineleverantör ska visserligen vara att tillgängliggöra en stor mängd upphovsrättsskyddat material. Notera dock att detta *inte* utgör ett krav på att materialet ska vara olovligen uppladdat, vilket betyder att all information skulle kunna vara uppladdad med tillstånd från rättsinnehavaren. Men så snart ett tillgängliggörande har skett utan upphovsrättsinnehavarens tillstånd, och förutsatt att rekvisiten i definitionen av en onlineleverantör är uppfyllda, så aktiveras ansvaret för en överföring till allmänheten enligt art 17(1).

Sammanfattningsvis kan konstateras att Ziggo-avgörandet har styrkt det nya direktivets position för ett utvidgat åläggande av ansvar för en överföring till allmänheten, men direktivet är fortfarande överinkluderande. Främst borttagandet av kriterier om kännedom i förhållande till olagligheten av det uppladdade materialet gör att direktivet sträcker sig längre än vad som ryms inom tidigare klagjord definition av begreppet överföring till allmänheten.

6.1.2 Vad krävs av en onlineleverantör för att undvika ansvar?

6.1.2.1 Förhållandet till art 14(1) E-handelsdirektivet

I art 17(3) DSM-direktivet klargörs att ansvarsfrihetsbestämmelsen i art 14(1) E-handelsdirektivet inte ska tillämpas då en onlineleverantör utför handlingar som täcks av art 17 DSM-direktivet. Det är logiskt att något som genererar ansvar enligt ett direktiv inte kan vara förenat med frihet från ansvar i ett annat. Emellertid har tidigare fördiskussion visat hur bestämmelser om ansvar och ansvarsfrihet inte nödvändigtvis är helt fränkopplade varandra.²⁴⁵ Detta bekräftas genom den i DSM-direktivet införda bestämmelsen om neutralisering av art 14(1) E-handelsdirektivet.

²⁴⁴ C-610/15 *Ziggo*, punkt 45.

²⁴⁵ Se avsnitt 5.4.

I kommissionens ursprungliga förslag till direktiv angavs att en leverantör av informationssamhällets tjänster som gav allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddat material kunde hållas ansvarig som överförare till allmänheten om den inte var berättigad till ansvarsbegränsning under art 14(1) E-handelsdirektivet. Kommissionen ansåg det råda en osäkerhet för i vilken grad en onlineleverantör kunde skyddas genom ansvarsfrihetsbestämmelsen i egenskap av värdtjänst. Nationella domstolar hade ofta ansett att skydd skulle ges men i en del senare avgöranden hade tvärtom konstaterats att onlineleverantörer inte skulle täckas av art 14:s skyddsområde, särskilt med hänvisning till tjänsternas höga intäkter och behovet av ett högt skydd för rättsinnehavarna.²⁴⁶ I diskussionerna som förekom i rådet ansåg flera delegater att en inskränkning av tillämpningsområdet för art 14(1) skulle vara alltför långtgående.²⁴⁷ För att bemöta oron över det långtgående ansvaret, visserligen parallellt med en förmodan om att art 14 ej skulle kunna tillämpas för onlineleverantörer som utförde en överföring till allmänheten, infördes istället en möjlighet till ansvarsbegränsning direkt i direktivet.²⁴⁸ I EU-parlamentets gemensamma ståndpunkt flyttades diskussionen om art 14 E-handelsdirektivets tillämplighet över i själva definitionen av en onlineleverantör vari det angavs att en sådan per definition skulle anses uppfylla kriterierna för utövandet av en sådan aktiv roll som i tidigare fastslagen praxis frångått möjligheterna till ansvarsbegränsning.²⁴⁹

I DSM-direktivets slutliga form angavs således uttryckligen i art 17(3) att E-handelsdirektivets art 14(1) ej skulle tillämpas för de fall som träffades av art 17. Varför denna bestämmelse finns utskriven i artikeln och inte enbart i skälen kan tolkas mot bakgrund nästföljande punkten 4. Där ställs nämligen upp kriterier för vad som krävs av en onlineleverantör för att undvika ansvar enligt första punkten. Att art 14(1) E-handelsdirektivet inte ska tillämpas ger en fingervisning om att de kriterier som ställs upp i fjärde punkten åtminstone skulle kunna uppfattas som strängare än de som ställs upp för ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet. Lagstiftaren tycks ha varit av annan uppfattning sedan det följer av art 1(2) DSM-direktivet att direktivet inte ska påverka existerande regelverk i E-handelsdirektivets bestämmelser. Utvidgningen av begreppet överföring till allmänheten har kritiserats för att i hög utsträckning

²⁴⁶ Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD (2016) 301 final - PART 1/3, 14 september 2016, s. 158.

²⁴⁷ Presidency compromise proposal (consolidated version) and state of play (15651/17), december 2017, s. 7-8.

²⁴⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Consolidated Presidency Compromise Proposal (7450/18), 23 mars 2018, s. 7-8 samt art 13(1)(a).

²⁴⁹ Jmf Europaparlamentets ändringar antagna den 12 september 2018 av förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), 12 september 2018, skäl 37a.

tunna ut den möjliga definitionen av en värdtjänst enligt art 14(1) E-handelsdirektivet.²⁵⁰

6.1.2.2 DSM-direktivets ansvarsbegränsning

I följande avsnitt kommer redogöras för de tre kumulativa rekvisit som ställs upp för åtnjutande av ansvarsfrihet enligt art 17(4)(a)-(c). Det ska noteras att det är onlineleverantören som har bevisbördan för att rekvisiten är uppfyllda.²⁵¹

Enligt det första rekvisitet i art 17(4)(a) DSM-direktivet ska onlineleverantörerna ha "gjort vad de har kunnat" för att erhålla tillstånd att använda de verk som laddats upp hos onlineleverantörerna. I de två andra rekvisiten ställs det krav även på rättsinnehavarna. I punkten (b) sägs att onlineleverantörer ska ha gjort vad de har kunnat enligt "höga branschstandarder för god yrkessed" för att, under alla omständigheter, säkerställa otillgängligheten av specifika verk för vilka rättsinnehavarna har försett onlineleverantörerna med "relevant och nödvändig information". Detta kan liknas vid en skarp omsorgsplikt för onlineleverantörerna, att utifrån given information göra vad de kan för att, utifrån "höga branschstandarder för god yrkessed" säkerställa otillgängligheten av materialet. Vad som ingår i "relevant och nödvändig information" följer delvis av direktivets skäl 66 där det anges att bedömning ska göras med beaktande av bland annat upphovsrättsinnehavarnas storlek och vilken typ av verk det är fråga om.

Om omsorgsplikten är uppfylld återstår enligt punkt 17(4)(c), för undvikande av ansvar, att onlineleverantörerna agerar snabbt för att "omöjliggöra åtkomst" till materialet, eller ta bort det efter "välgrundad underrättelse" från rättsinnehavarna. Vad som utgör en välgrundad underrättelse framgår inte av direktivet mer än att den ska vederbörligen motiveras. Beslut att ta bort redan uppladdat material kräver vidare "mänsklig granskning".²⁵² Vid underrättelse ska onlineleverantörerna ha "gjort vad de har kunnat för att motverka ("prevent") framtida uppladdningar" i enlighet med omsorgsplikten i art 17(4)(b). Rekvisitet i punkten (c) innefattar därför såväl en notice-and-take-down- som notice-and-stay-down-plikt.

²⁵⁰ Stalla-Bourdillon, Sophie, m.fl. *An academic perspective on the copyright reform*, Computer Law & Security Review, 2017, s. 2.

²⁵¹ Se art 17(4) DSM-direktivet: "...unless the service providers demonstrate that they have..."

²⁵² Art 9, andra stycket DSM-direktivet.

Valet av uttrycket ”gjort vad de har kunnat för att motverka framtida uppladdningar i enlighet med led b” skulle kunna tolkas som att omsorgsplikten i punkten (b) av egen bäring inkluderar inte bara ett krav på att förhindra tillgängligheten av ett verk utan också själva uppladdningen av det, *ex ante*. En annan möjlig tolkning är att det ställs högre krav på en onlineleverantörs agerande efter underrättelse i jämförelse med när information enbart har lämnats på förhand. Omsorgsplikten medför ju enbart ett krav på att ”säkerställa” otillgängligheten, vilket kan vara något annat än ett krav på att ”omöjliggöra åtkomst” till verken, eller ”avlägsna dem från sina webbplatser”. I det senare fallet är de nämnda kraven kopplade till uppladdade verk som av rättsinnehavarna redan är identifierade som intrångsgörande, vilket rimligtvis kan motivera strängare krav. För både motverkande av framtida uppladdningar i punkten (c) och omsorgsplikten i punkten (b) gäller endast gjort-vad-de-har-kunnat-kravet. Utifrån ordalydelsen kan det därför tolkas som att det vid efterlevande av kraven tillåts en viss felmarginal.

En tolkning, som gjord i föregående stycke, hade rimmat bättre med direktivets mål att onlineleverantörens motverkande åtgärder inte bör påverka användare som använder tjänsten lagligen.²⁵³ Detta stärks vidare av det skydd för undantag vid citering, kritik, recensioner samt användning i karikatyr-, parodi-, pastischsyfte som användare i varje medlemsstat ska kunna förlita sig på. En begränsning enligt punkten fyra får inte leda till att det saknas möjlighet att få tillgång till sådana uppladdningar.²⁵⁴ Även om onlineleverantörernas omsorgsplikt inte bör påverka laglig användning, inte minst sedan en sådan användning garanterar användarnas yttrandefrihet, så följer av direktivet att onlineleverantörerna ska inrätta mekanismer för klagomål och prövning av ärenden där uppladdningar har tagits bort, eller åtkomst till dem har omöjliggjorts.²⁵⁵

Ytterligare hjälp för att bedöma var gränsen går för att onlineleverantörer ska anses ha uppfyllt kraven i fjärde punkten följer av nästföljande punkten fem. Häri anges att hänsyn, i ljuset av proportionalitetsprincipen, ska tas till onlineleverantörens art, publik och storlek såväl som vilken typ av verk eller andra alster som laddas upp. Även tillgängligheten av passande och effektiva medel samt dess kostnad för leverantören ska beaktas.²⁵⁶ I denna bedömning ska hänsyn tas till existensen av tillgängliga medel såväl som potentiella framtida utvecklingar av dem. Kostnaden för medlen ska beräknas i

²⁵³ Skäl 66, första stycket in fine DSM-direktivet.

²⁵⁴ Art 17(7) DSM-direktivet.

²⁵⁵ Skäl 70, första och andra stycket DSM-direktivet.

²⁵⁶ Art 17(5) DSM-direktivet.

förhållande till tjänstens storlek.²⁵⁷ Dessutom konstateras att inte bara ett medel passar profilen utan flera olika medel kan vara aktuella beroende på omständigheterna. Det exkluderas inte att tillgängligheten ”i vissa fall” inte kan förhindras på annat vis än genom underrättelse från rättsinnehavarna.²⁵⁸ Det anges inte vidare vad som menas med ”effektiva medel” men uttrycket kan möjligtvis spåras tillbaka till kommissionens ursprungliga förslag där ”effektiv igenkänningsteknik” i art 17 föreslogs som lämplig åtgärd för att förhindra tillgängligheten av olovligt uppladdat material.²⁵⁹ Även om sådana åtgärder inte längre står uttryckligen angivna så menar kritiker att nuvarande art 17 tvingar onlineleverantörer att skapa uppladdningsfilter för undvikande av ansvar.²⁶⁰

Lagstiftaren har även lämnat öppet för att fler faktorer än de som finns nämnda i art 17(5) DSM-direktivet kan beaktas eftersom det uttryckligen anges att de nämnda faktorerna ska beaktas bland andra.²⁶¹ Vilka steg en onlineleverantör ska ta för att motverka tillgängligheten av otillåtna verk ska bedömas utifrån vilka steg en ”samvetsgill operatör” (”diligent operator”) skulle ha tagit, med hänsyn taget till de faktorer som återopas i femte punkten. Den stora mängden omständigheter som ska beaktas i ljuset av proportionalitetsprincipen öppnar för ett förmildrande av det annars till synes strikta kravet under fjärde punkten. Detta medför emellertid samtidigt att direktivets följder blir svårbedömda.

En borte gräns för onlineleverantörens omsorgsplikt sätts av art 17(8) DSM-direktivet vari anges att tillämpningen av direktivet inte ska innebära en allmän övervakningsskyldighet. Eventuellt skulle detta kunna ses som ett klagörande, liknande det som angavs för begreppet överföring till allmänheten, med utgångspunkt i vad som redan kan vara tillåtet baserat på den tidigare förda diskussionen om notice-and-stay-down enligt art 14(1) E-handelsdirektivet.²⁶²

6.1.2.2.1 Lägre krav för mindre onlineleverantörer

I art 17(6) DSM-direktivet ges mindre onlineleverantörer en lättnad från kraven i fjärde punkten. Som en mindre onlineleverantör räknas den som har

²⁵⁷ Skäl 66, andra stycket DSM-direktivet.

²⁵⁸ Skäl 66, andra stycket DSM-direktivet.

²⁵⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593 final, 14 september 2016, art 13(1).

²⁶⁰ Newton, Casey, *Europe is splitting the internet into three - How the Copyright Directive reshapes the open web*, <<https://www.theverge.com/2019/3/27/18283541/european-union-copyright-directive-internet-article-13>>.

²⁶¹ 17(5) DSM-direktivet.

²⁶² Se avsnitt 5.4.3.2.

varit tillgänglig i unionen i mindre än tre år och som har en årlig omsättning på mindre än 10 miljoner euro. För sådana leverantörer är kraven för att undkomma ansvar begränsade till att enligt fjärde punkten (a) ha gjort vad de har kunnat för att erhålla tillåtelse att använda ett verk, samt agerar skyndsamt för att, efter en tillräckligt välgrundad underrättelse, omöjliggöra åtkomst till verket, alternativt ta bort det från webbsidan. Noterbart är att det senare kravet utgör halva punkten (c) på så sätt att det innefattar en plikt för notice-and-take-down men *inte* för notice-and-stay-down. Även det kravet adderas emellertid om en onlineleverantör har ett genomsnittligt antal unika besökare som överstiger fem miljoner per månad. De avgränsade kraven för mindre onlineleverantörer är specifikt avsedda att träffa nya online-tjänster, med särskild hänsyn taget till strategin att använda användaruppladdat material för utvecklande av nya affärsmodeller. Tidsbegränsningen på tre år får ej missbrukas, exempelvis genom att byta namn på en redan existerande tjänst.²⁶³

6.1.2.2.2 En jämförelse med kriterierna för att erhålla ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet

Onlineleverantörer har sedan tidigare, vid bedömning av ansvar för överföring till allmänheten, en möjlighet att erhålla ansvarsfrihet enligt art 14(1) E-handelsdirektivet om denne kan visa att artikelns rekvisit är uppfyllda. Sedan det uttryckligen har angetts att art 14(1) E-handelsdirektivet inte ska gälla vid tillämpning av art 17 DSM-direktivet så har denna möjlighet tagits bort och ansvarsfrihetsbestämmelsen har istället omformats i nya ansvarsbegränsade kriterier i art 17(4) DSM-direktivet. Bevisbördan för att kriterierna är uppfyllda ligger fortfarande på den tilltalade.

För att åtnjuta ansvarsfrihet enligt art 14 E-handelsdirektivet krävs att mellanhanden har en passiv roll såväl som avsaknad av presumtiv vetskap. Artikelns betydelse för passiva tjänster som inte faller under definitionen av en onlineleverantör enligt det nya direktivet, för vilken EU-lagstiftaren överhuvudtaget inte tar upp något passivitetstest eller några kriterier om kännedom. Onlineleverantörer åläggs inte ansvar för att ha utövat en aktiv roll, detta gör de underförstått. Ansvar följer istället när onlineleverantörerna inte har utövat sin aktiva roll för att göra vad de har kunnat för att uppfylla kraven i art 17(4) DSM-direktivet.

Det rådande notice-and-take-down-systemet upprepar sig i DSM-direktivets art 17(4)(c). Emellertid ställs där upp krav även på motverkandet av framtida uppladdningar, alltså en form av notice-and-stay-down-system, vilket har

²⁶³ Skäl 67 DSM-direktivet.

varit uppe för diskussion även avseende rekvisiten i art 14 E-handelsdirektivet.²⁶⁴ I EU-rättslig praxis saknas emellertid vägledande avgöranden om förekomsten av en sådan skyldighet och det nya regelverket ger därför en tydligare definition av detta strängare krav, även om det är osäkert vad som innefattas i kriteriet ”gjort vad de har kunnat”. Införandet av en benchmark för vad en samvetsgill operatör hade vidtagit för åtgärder för att motverka tillgängliggörandet av otilåtna verk kan jämföras med den försiktige näringsidkare som är det objektiva perspektivet för vilka fakta och omständigheter som gör förekomsten av olagligheten av material uppenbar enligt art 14(1) E-handelsdirektivet.

Varken art 3(1) Infosoc-direktivet eller art 14(1) E-handelsdirektivet ska tillämpas i mål mot onlineleverantörer när de agerar under tillämpningsområdet för DSM-direktivet. Istället innefattar DSM-direktivet både bestämmelser om ansvar och ansvarsfrihet. Detta ger DSM-direktivet en ensamrätt för ansvarsåläggande på onlineleverantörer för tillgängliggörande av upphovsrättsskyddat användaruppladdat material. Det råder vattensäkra skott mellan bestämmelserna om ansvar och ansvarsfrihet i art 17(1) respektive art 17(4) DSM-direktivet, vilket innebär att ett förekommande intrång måste träffas av någon av bestämmelserna. Detta skiljer sig från vad som gäller för gapet mellan ansvar och ansvarsfrihet i art 3(1) Infosoc-direktivet respektive art 14(1) E-handelsdirektivet. Ziggo-avgörandet kan visserligen sägas ha minskat avståndet mellan de två men det finns alltså kvar ett visst utrymme för medlemsstaterna att reglera ett ej harmoniserat medverkansansvar för mellanhänder när de tillgängliggör material som laddas upp var deras användare. En sådan möjlighet saknas helt för medlemsstaterna vid bedömning av onlineleverantörers ansvar i ljuset av det nya direktivet.

²⁶⁴ Se diskussion i avsnitt 5.4.3.2.

7 Sammanfattande slutsatser

Syftet med uppsatsen har varit att undersöka i vilken utsträckning en onlineleverantör kan hållas ansvarig som överförare till allmänheten vid lagring av användaruppladdat material, före och efter DSM-direktivets inträde, samt vilka gränser som sätts av art 14(1) E-handelsdirektivet. I uppsatsens syfte har också ingått att kartlägga möjligheterna att ålägga såväl ett primär- som medverkansansvar för ett sådant upphovsrättsligt intrång.

Den första frågeställningen behandlar vilka möjligheter det finns att ålägga en onlineleverantör ett primär- respektive medverkansansvar för användaruppladdat material såsom överförare till allmänheten enligt art 3(1) Infosoc-direktivet. För detta analyserades begreppet överföring till allmänheten, hur det har definierats i praxis, och om det är möjligt att ställa upp giltiga kriterier för när en onlineleverantör kan åläggas ansvar. Utifrån gjord undersökning och analys går det att dra slutsatsen att kriterier både finns och bör kunna tillämpas i mål mot onlineleverantörer. Ziggo-avgörandet bekräftade att de i praxis utvecklade ansvarskriterierna ska kunna tillämpas även vid bedömning av mellanhänders ansvar för material som delas av deras användare. Avgörandet är inte unikt utan endast det senaste i en rad avgöranden från EU-domstolen (Svensson, GS Media, Filmspeler) som visat att enbart tillhandahållandet av en tjänst som förenklar tillgång till material som tillgängliggjorts av annan kan vara ansvarsgrundande. Det var inte genom Svensson-avgörandet som ansvarskriterierna ställdes upp. Men det var genom det nämnda avgörandet som begreppet överföring till allmänheten utvidgades i sådan utsträckning att EU-domstolen i det senare GS Media-avgörandet behövde införa en begränsning av möjligheterna att utdöma ansvar. Domstolen ställde därför upp kännedomskriterier om faktisk och presumtiv vetskap i förhållande till olovligheten av det uppladdade materialet. Kännedomskriterierna i GS Media-avgörandet infördes möjligtvis specifikt för mål om hyperlänkning men EU-domstolens bedömning i Filmspeler- och Ziggo-avgörandet visar att kriterierna även har kunnat tillämpas i andra fall då ett intrång har varit beroende av tredje parts handling.

Det ansvar som eventuellt kan åläggas en onlineleverantör är utifrån sett primärt då det ryms inom begreppet överföring till allmänheten i art 3(1) Infosoc-direktivet. I GS Media-, Filmspeler- och Ziggo-avgörandet läggs emellertid stor vikt vid subjektiva kriterier om kännedom, vilka traditionellt sett har använts för att definiera medverkansansvar som inte är uttryckligen harmoniserat på unionsrättslig nivå. Detta kan rimligtvis bero på att alla de angivna avgörandena behandlar situationer där fler än en aktör har agerat

olagligt. På så sätt tycks det som att EU-domstolen till viss del har harmoniserat mellanhandens medverkansansvar inom ramen för det primära. Angiven praxis har även haft påverkan på DSM-direktivets utformning, och art 17 i det direktivet riktar sig just mot onlineleverantörer. Av det ovan sagda kan det därför konstateras att ansvarskriterierna inte kan avfärdas som ej tillämpliga i mål rörande onlineleverantörens ansvar för användaruppladdat material.

För att avgöra om ansvar föreligger hos en onlineleverantör mot bakgrund av i praxis fastslagna kriterier bör det avgörande vara hur strikt EU-domstolen bedömer kriteriet om kännedom i förhållande till olagligheten av det uppladdade materialet. Faktisk kännedom bör räcka för att kriteriet ska vara uppfyllt, men indikationen om presumtiv vetskap har inte använts på ett tydligt sätt sedan GS Media-avgörandet. Det är inte heller lämpligt att tillämpa ett kriterium om presumtiv vetskap gentemot onlineleverantörer i samma utsträckning som för andra typer av tjänster. Onlineleverantörer handhar stora mängder information och kan omöjligen kontrollera innehållet på samma sätt som exempelvis aktören bakom en länk. Dessutom är det osäkert vilken betydelse indikationen om presumtiv vetskap faktiskt hade i Ziggo-avgörandet. En onlineleverantör borde i vart fall inte åläggas hårdare kännedomskrav än en fildelningsplattform med syfte att olovligen tillgängliggöra skyddade verk.

Det är osäkert i vilken grad EU-domstolen i Filmspeler- eller Ziggo-avgörandet tillämpade något krav på konkret kännedom om vilka verk som delades olovligen. I ett eventuellt mål mot en onlineleverantör måste EU-domstolen därför ta ställning till hur konkret en kännedom om förekomsten av olovligt material behöver vara. Även hur sådan kännedom kan uppkomma och vilka krav detta kriterium ställer på aktören att utföra egna efterforskningar är relevanta frågor.

I min andra frågeställning ingår att analysera hur möjligheterna att ålägga ansvar enligt art 3(1) Infosoc-direktivet förhåller sig till kriterierna för ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet. Inledningsvis kan sägas att denna fråga inte har diskuterats av EU-domstolen och endast med en kort diskussion i generaladvokatens förslag till avgörande i Ziggo-målet. Art 14 är endast tillämplig då material har lagrats på begäran av tjänstens användare, men ställer i sig inte upp några hinder mot att vara tillämplig även för ansvar som ryms inom ramen för vad som utifrån sett är primärt. I Ziggo-avgörandet benämner EU-domstolen för första gången en primärt ansvarig aktör som mellanhand. Avgörandet minskar men undanröjer inte helt avståndet mellan mellanhanders ansvar i art 3(1) Infosoc-direktivet och ansvarsfrihet i art 14(1) E-handelsdirektivet. Det minskade avståndet mellan de två bestämmelsernas

räckvidd märks genom de slående likheter som finns mellan deras kriterier för tillämpning. De dominerande kriterierna som används för att konstituera ansvar för mellanhänder i art 3(1) Infosoc-direktivet; faktisk och presumtiv vetskap, finner sina motsvarigheter i art 14(1)(a) E-handelsdirektivet. Att avståndet mellan bestämmelserna inte helt undanröjdes genom Ziggo-avgörandet beror på att plattformen i det avgörandet var aktiv på så många sätt att det med råge överskred intensiteten av de aktiviteter som diskuteras för passivitetstestet i Google- och L'Oréal-avgörandet. Var gränsen går för passivitet är emellertid, på grund av det tunna EU-rättsliga praxisunderlaget, svårbedömt. Detta tycks även ha visat sig i en åtskillnad mellan hur medlemsstaternas domstolar har bedömt neutralitetskravet. Ett utdömande av primärt ansvar för en onlineleverantör skulle kunna sluta avståndet mellan de två bestämmelserna och medföra en fullharmonisering av det EU-rättsliga medverkansansvaret för upphovsrättsliga intrång begångna av onlineleverantörer. Om den övre gränsen för att åläggas ansvar enligt art 3(1) Infosoc-direktivet hade legat vägg i vägg med kriterierna för att undvika ansvar enligt art 14 E-handelsdirektivet så skulle det inte ha funnits något utrymme kvar att utdöma medverkansansvar för onlineleverantörer i medlemsstaternas nationella rättssystem.

I uppsatsen tredje frågeställning ställs frågan hur art 17 DSM-direktivet påverkar möjligheten att ålägga onlineleverantörer ansvar för överföring till allmänheten. Slutsatsen som dragits utifrån genomförd utredning och analys är att det nya DSM-direktivet harmoniserar, men också utvidgar definitionen av begreppet överföring till allmänheten. Det finns skäl som talar för att en onlineleverantör redan före den stundande implementeringen av DSM-direktivet kan vara ansvarig för olovligt användaruppladdat material; exempelvis för att denne deltar aktivt i behandlingen av det skyddade materialet och genererar vinst från verksamheten. Det finns dock starkare skäl som likväl talar mot att en sådan utvidgning av begreppet överföring till allmänheten faller inom ramarna för vad som redan gäller. Det gäller inte minst då omständigheterna i Ziggo-avgörandet, som är det till situationen närmast besläktade avgörandet, var speciella då tjänsten i fråga (TPB) var huvudsakligen utformad för syftet att olovligen dela upphovsrättsskyddat material. I tillägg ska konstateras att domstolen i den individualiserade bedömningen av begreppet överföring till allmänheten har lyft fram kriterier olika starkt beroende på typ mål, varför det finns anledning att ställa sig skeptisk till att kriterierna som tillämpades i Ziggo-avgörandet med samma intensitet skulle kunna appliceras i samtliga mål mot onlineleverantörer. Flera av de tjänster som ingår i målgruppen för det nya direktivet, såsom YouTube, tillåter inte olovlig delning av upphovsrättsskyddat material och har ofta mekanismer på plats för att söka förhindra att så sker.

De i praxis fastslagna kriterierna för kännedom som hänvisades till i skälen till några av de förslag till direktiv som lades fram i rådet, inte minst i efterdyningarna av Ziggo-avgörandet, togs helt bort och fanns inte med i det direktiv som slutligen röstades igenom. Borttagandet av hänvisningen till den i praxis gjorda definitionen av begreppet överföring till allmänheten markerar en förändring gentemot tidigare gällande rättsläge. Detta synliggörs också genom att det klargörs att direktivet inte ska påverka begreppet överföring till allmänheten eller den möjliga tillämpningen av art 3(1) och (2) för andra tjänsteleverantörer än onlineleverantörer. För onlineleverantörer föreligger däremot strikt ansvar när deras användare olovligen laddar upp upphovsrättsskyddat material, vilket är en tydlig utvidgning gentemot tidigare möjligheter att ålägga onlineleverantörer ansvar för en överföring till allmänheten. I skäl 64 till slutversionen av direktivet anges alltjämt, som en kvarleva från tidigare direktivförslag, att DSM-direktivet endast ”klargör” när det föreligger en överföring till allmänheten. Detta stämmer dock föga överens med den faktiska kopplingen mellan slutversionen av art 17 och tidigare gällande räckvidd för begreppet överföring till allmänheten.

Vid bedömning av ansvar enligt art 17 DSM-direktivet ska ansvarsfrihetsbestämmelsen i art 14 E-handelsdirektivet inte tillämpas. Som kompensation för detta har kriterier för ansvarsbegränsning istället införts i DSM-direktivets art 17(4). De nya kriterierna för ansvarsfrihet skiljer sig helt från de föregående. Istället för att göra en bedömning av huruvida onlineleverantören överhuvudtaget utövar en aktiv roll ska bedömningen nu ta sikte på om onlineleverantörens ostridigt aktiva roll i tillräcklig utsträckning har utövats för att uppfylla rekvisiten för ansvarsfrihet.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Angelopoulos, Christina. *European Intermediary Liability in Copyright: a Tort-Based Analysis*. Kluwer Law International. B.V, AH Alpen aan den Rijn, Nederländerna. 2017.

Bechtold, Stefan, i Dreier/Hugenholtz, *Concise European Copyright Law*, 2 uppl., 'Information Society Directive, art 3'. Kluwer Law International B.V, Alphen aan den Rijn, Nederländerna. 2016. Edited by: Dreier, Thomas & Hugenholtz P.Bernt General Series Editors: Dreier, Thomas – Gielen Charles – Hacon, Richard

Dommering, Egbert. i Castendyk, Oliver - Dommering, Egbert – Scheuer, Alexander – Böttcher, Kathrin (co-editor), *European media law*, Kluwer Law International B.V., Ah Alphen aan den Rijn, Nederländerna, 2008.

Hettne, Jörgen & Eriksson, Ida Otken (red.), *EU-rättslig metod*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2011.

Hugenholtz, P. Bernt, *Copyright Reconstructed – Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Kluwer Law International B.V., Ah Alphen aan den Rijn, Nederländerna, 2018.

Med författarna:

- Ohly, Ansgar, 'A Fairness-Based Approach to Economic Rights'
- Poort, Joost, 'Borderlines of Copyright Protection: An Economic Analysis'
- Strowel, Alain, 'Reconstructing the Reproduction and Communication to the Public Rights: How to Align Copyright with Its Fundamentals'

Husovec, Martin. *Injunctions Against Intermediaries in the European Union – Accountable But Not Liable?*, Cambridge University Press, Cambridge. 2017.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl. Studentlitteratur AB, Lund. 2018.

Pila, Justine & Torremans, Paul. *European Intellectual Property Law*. Oxford University Press, Oxford. 2016.

Riordan, Jaani. *The Liability of Internet Intermediaries*. Oxford University Press, Oxford. 2016.

Sherman, Brad & Bently, Lionel. *Intellectual Property Law*, 4 uppl. Oxford University Press, Oxford. 2014.

Stamatoudi, Irini & Torremans, Paul, *EU Copyright Law – A Commentary*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Storbritannien, 2014.

Waelde, Charlotte, Brown, Abbe, Kheira, Smita & Cornwell, Jane. *Contemporary Intellectual property – Law and Policy*. 4 uppl. Oxford University Press, Oxford. 2016.

Walter, Michel M & von Lewinski, Silke. *European Copyright Law – A Commentary*. Oxford University Press, Oxford. 2010.

EU-dokument

EU-kommissionen

Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, SWD (2016) 301 final - PART 1/3, 14 september 2016.

Commission results, Synopsis report on the public consultations on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy, 2 februari 2016.

Communication from the Commission, Towards a modern, more European copyright framework, COM(2015) 626 final, 9 december 2015.

Communication from the Commission, En strategi för en inre digital marknad i Europa, (COM(2015) 192 final), 6 maj 2015.

Commission Staff Working Paper, Online Services, Including E-commerce, in the Single Market, SEC(2011) 1641 final (2012), 11 januari 2012.

Communication from the Commission, A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-commerce and online services, COM(2011) 942 final (2012).

Consultation Summary Report (2010) “Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)”.

EU-rådet

Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on copyright in the Digital Single Market - Mandate for negotiations with the European Parliament, 2016/0280 (COD), dokumentnummer: 8145/18, 23 april 2018.

Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on copyright in the Digital Single Market - Presidency compromise proposal, 2016/0280(COD), dokumentnummer: 7927/18. 13 april 2018.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Consolidated Presidency Compromise Proposal, 2016/0280 (COD), dokumentnummer: 7450/18, 23 mars 2018.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Discussion paper on Article 11 and Article 13, 2016/0280 (COD), dokumentnummer: 5902/18, 6 februari 2018.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Consolidated Presidency compromise proposal, 2016/0280 (COD), dokumentnummer: 13842/17, 30 oktober 2017.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593 final, 14 september 2016.

Presidency compromise proposal (consolidated version) and state of play, 2016/0280 (COD), dokumentnummer: 15651/17.

EU-parlamentet

Europaparlamentets ändringar antagna den 12 september 2018 av förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), 12 september 2018.

Betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), Dokumentnummer: RR\1157669SV.docx, 29 juni 2018.

Förslag till Europaparlamentet och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden, COM(2016) 593 final, 14 september 2016.

Artiklar

Angelopoulos, Christina, *Communication to the Public and Accessory Copyright Infringement*, The Cambridge Law Journal, 2017.

Edwards, Lilian, *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights*, 2010.

Farano, Béatrice Martinet, *Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches*, TTLF Working Papers, 2012.

Frosio, Giancarlo, *To Filter, or Not to Filter? That is the Question in EU Copyright Reform*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 2018.

Ginsberg, Jane, *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*, Columbia Law School Scholarship Archive, 2017

Papadaki, Evangelia, *Hyperlinking, making available and copyright infringement: lessons from European national courts*, i European Journal of Law and Technology, 2017.

Rosati, Eleonora, *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*, forthcoming in European Intellectual Property Review, 2017.

Rosati, Eleonora, *Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law*, CREATE Working Paper 2016/11, 2016

Stalla-Bourdillon, Sophie, m.fl. *An academic perspective on the copyright reform*, Computer Law & Security Review, 2017.

Elektroniska källor

ALAI (Association Littéraire et artistique Internationale), *OPINION in respect of some of the questions from the Federal Court of Justice of Germany for preliminary ruling by the CJEU, Case C-682/18 (YouTube)* <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/190225-opinion-youtube-en.pdf>, besökt 2019-05-14

Angelopoulos, Christina, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 2017 https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2017/03/angelopoulos_platforms_copyright_study.pdf, besökt 2019-04-29.

Angelopoulos, Christina, *CJEU Decision on Ziggo: The Pirate Bay Communicates Works to the Public*, Kluwer Copyright Blog 2017, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/30/cjeu-decision-ziggo-pirate-bay-communicates-works-public/>, besökt 2019-05-27.

Arbetsdokument - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 593 final - 2016/0280 (COD), https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/12/Copyright-Directive_4-column-document_ARTICLES-Version-5.1.pdf, besökt 2019-04-22.

European Copyright Society, *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, 2012 <https://europeancopyrightsociety.org/opinion-on-the-reference-to-the-cjeu-in-case-c-46612-svensson/>, besökt 2019-05-10.

Koelman, Kamiel & Hugenholtz, Bernt, *Online Service Provider Liability for Copyright Infringement*, Workshop on Service Provider Liability, Geneva, 9 and 10 december 1999, WIPO, 1999, https://pure.uva.nl/ws/files/3363649/6027_wipo99.pdf, besökt 2019-04-10.

Newton, Casey, *Europe is splitting the internet into three - How the Copyright Directive reshapes the open web*,
<https://www.theverge.com/2019/3/27/18283541/european-union-copyright-directive-internet-article-13>, besökt 2019-05-15.

WIPO:s Internationella byrå, *WIPO National Seminar on Digital Technology and The New WIPO Treaties*
https://www.wipo.int/mdocsarchives/WIPO_CNRS_SEL_97/WIPO_CNRS_EL_97_1.pdf, besökt 2019-04-10.

WIPO:s Internationella byrå, *Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty*, 1996,
https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456, besökt 2019-04-10.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål C-306/05, Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 7 december 2006, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot Rafael Hoteles SA, ECLI:EU:C:2006:764

Mål C-283/10, Domstolens dom (tredje avdelningen) av 24 november 2011, Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) mot Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România - Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR - ADA), ECLI:EU:C:2011:772

Förenade målen C-431/09 och C-432/09, Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 13 oktober 2011, Airfield NV, Canal Digitaal BV mot Belgische Vereniging van Auteurs m.fl. (C-431/09) och Airfield NV mot Agicoa Belgium BVBA (C-432/09), ECLI:EU:C:2011:648

Mål C-162/10, Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland) Limited mot Irland, Attorney General, ECLI:EU:C:2012:141

Mål C-610/15, Domstolens dom (andra avdelningen) av den 14 juni 2017, Stichting Brein mot Ziggo BV, XS4ALL Internet BV, ECLI:EU:C:2017:456

Mål C-466/12, Domstolens dom (fjärde avdelningen) av den 13 februari 2014, Nils Svensson m.fl. mot Retriever Sverige AB, ECLI:EU:C:2014:76

Mål C-527/15, Domstolens dom (andra avdelningen) av den 26 april 2017, Stichting Brein mot Jack Frederik Wullems, ECLI:EU:C:2017:300

Mål C-160/15, Domstolens dom (andra avdelningen) av den 8 september 2016, GS Media BV mot Sanoma Media Netherlands BV m.fl., ECLI:EU:C:2016:644

Mål C-117/15, Domstolens dom (stora avdelningen) av den 31 maj 2016, Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH mot Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA), ECLI:EU:C:2016:379

Mål C-279/13, Domstolens dom (nionde avdelningen) av den 26 mars 2015, C More Entertainment AB mot Linus Sandberg, ECLI:EU:C:2015:199

Mål C-161/17, Domstolens dom (andra avdelningen) av den 7 augusti 2018, Land Nordrhein-Westfalen mot Dirk Renckhoff, ECLI:EU:C:2018:634

Mål C-607/11, Domstolens dom (fjärde avdelningen) av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd m.fl. mot TVCatchup Ltd, ECLI:EU:C:2013:147

Mål C-135/10, Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 15 mars 2012, Società Consortile Fonografici (SCF) mot Marco Del Corso, ECLI:EU:C:2012:140

Mål C-5/11, Domstolens dom (fjärde avdelningen) av den 21 juni 2012, brottmålet mot Titus Alexander Jochen Donner, ECLI:EU:C:2012:370

Mål C-324/09, Domstolens dom (stora avdelningen) av den 12 juli 2011, L'Oréal SA m.fl. mot eBay International AG m.fl., ECLI:EU:C:2011:474

Förenade målen C-236/08–C-238/08, Domstolens dom (stora avdelningen) av den 23 mars 2010, Google France SARL, Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier SA m.fl., ECLI:EU:C:2010:159

Mål C-291/13, Domstolens dom (sjunde avdelningen) av den 11 september 2014, Sotiris Papasavvas mot O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgios Sertis, ECLI:EU:C:2014:2209

Mål C-521/17, Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 7 augusti 2018, Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. mot Deepak Mehta, ECLI:EU:C:2018:639

Mål C-682/18, Begäran om förhandsavgörande framställd av Bundesgerichtshof (Tyskland) den 6 november 201, LF mot Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH

Mål C-529/07, Domstolens dom (första avdelningen) av den 11 juni 2009, Chocoddefabriken Lindt & Sprüngli AG mot Franz Hauswirth GmbH, ECLI:EU:C:2009:361

Mål C-348/13, Domstolens beslut (nionde avdelningen) av den 21 oktober 2014, BestWater International GmbH mot Michael Mebes and Stefan Potsch, ECLI:EU:C:2014:2315

Mål C-325/14, Domstolens dom (nionde avdelningen) av den 19 November 2015, SBS Belgium NV v Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM). ECLI:EU:C:2015:764

Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokatens förslag till avgörande av den 25 april 2018 i mål C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen mot Dirk Renckhoff
ECLI:EU:C:2018:279

Generaladvokatens förslag till avgörande av den 8 februari 2017 i mål C-610/15, Ziggo mot Ziggo BV XS4ALL Internet BV,
ECLI:EU:C:2017:99

Generaladvokatens förslag till avgörande av den 7 april 2016 i mål C-160/15, GS Media BV mot Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker,
ECLI:EU:C:2016:221

Generaladvokatens förslag till avgörande av den 9 december 2010 i mål C-324/09, L'Oréal SA m.fl. mot eBay International AG m.fl.
ECLI:EU:C:2011:796

Generaladvokatens förslag till avgörande av den 22 september 2009 i förenade målen C-236/08-C-238/08, Google France SARL, Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier SA m.fl., ECLI:EU:C:2009:569

Nationella mål

Italien

7708/19 Reti Televisive Italiane SpA v Yahoo! Inc

<<http://ipkitten.blogspot.com/2019/03/italian-supreme-court-clarifies.html>>,

besökt 2019-04-15

Storbritannien

Twentieth Century Fox Film Corp. v. Newzbin Ltd.[2010] EWHC (Ch)
[125] (Eng.).

USA

EMI Christian Music Grp., Inc. et al. v. MP3tunes, LLC et al., No. 14-4369
(2d Cir. 2016)