



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Markus Hedbys

Upphovsrättens stärkta ställning på internet

*En utvärdering av artikel 17 DSM-direktivet i
svensk upphovsrätt utifrån ett användarperspektiv*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Kacper Szkalej

Termin: HT 2022

Innehåll

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING.....	5
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING.....	8
1.1 Bakgrund.....	8
1.2 Syfte och frågeställning	10
1.3 Metod och material.....	11
1.3.1 Svensk rätt.....	11
1.3.2 EU-rätt.....	14
1.4 Avgränsningar	16
1.5 Forskningsläge.....	17
1.6 Disposition.....	18
2 UPPHOVSRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	20
2.1 Grundläggande upphovsrättsligt skydd för rättsinnehavare	20
2.1.1 Förutsättningarna för upphovsrättsligt skydd	22
2.1.2 Den ekonomiska ensamrätten.....	23
2.1.3 Den ideella rätten	25
2.2 Inskränkningar i upphovsrätten	25
2.2.1 Citaträtten.....	27
2.2.2 Parodiundantaget.....	29
2.3 Slutsatser	32
3 TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER FÖR ARTIKEL 17 DSM-DIREKTIVET.....	34
3.1 Direktivets tillkomst	34
3.2 Hur såg det ut innan DSM-direktivet?	36
3.2.1 Upphovsrättsligt ansvar under E-handelsdirektivet?	38
3.3 Artikel 17 DSM-direktivet.....	40
3.3.1 Definitionen av aktör och det upphovsrättsliga ansvaret.....	40

3.3.2	Risken för överblockering och hotet mot yttrandefriheten.....	41
3.3.3	Användarrättigheter och inskränkningar	43
3.4	Slutsatser	44
4	EN RIMLIG BALANS AV RÄTTIGHETER.....	47
4.1	Vilka rättigheter ska i grunden skyddas?	47
4.2	Balansen av grundläggande rättigheter	51
4.3	Rättsinnehavare	53
4.4	Användarens yttrandefrihet på internet och artikel 17 DSM- direktivet	54
4.4.1	Särskilt om mål C-401/19 Polen mot parlamentet och rådet	58
4.5	Slutsatser	60
5	ARTIKEL 17 DSM-DIREKTIVET I SVERIGE.....	62
5.1	Ett nytt kapitel.....	62
5.1.1	Tjänsteleverantören och rättsinnehavaren	63
5.1.2	Förhindra överblockering?	65
5.1.3	Användarrättigheter.....	67
5.1.4	Klagomålsmekanism	69
5.1.5	Säkerställande av användarrättigheter	72
5.2	Slutsatser	73
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	78
6.1	I vilken mån tillgodoses intresseavvägningen?	78
6.2	Avslutande ord	82
	KÄLLFÖRTECKNING	85

Summary

Article 17 of the EU copyright directive has been an incredibly hot topic of debate in recent years. The legal discussion has mainly centered on issues of freedom of expression on the internet and the question of whether article 17 would mean the end of the free internet for the user. The fear of this led to Sweden finally voting no to the adoption of the directive in the European Council in 2019. Despite the directive's survival, the implementation of the directive and its disputed Article 17 in Swedish law proved to be delayed. Article 17 was to be implemented as early as June 7, 2021, but the process was postponed, and has now finally become part of Swedish copyright law on January 1, 2023. However, is the original criticism still justified? Has the internet user been sidelined in a liability regime for online platforms that aims to strengthen the rights-holder?

The purpose of this essay is to evaluate the Swedish implementation of Article 17 of the EU copyright directive in Swedish copyright law from a user perspective. The essay intends to evaluate whether the Swedish incorporation of Article 17 effectively manages to balance the interests of the user against the interests of the rights-holder. By first examining Swedish copyright law and analyzing the relationship between rights-holders, whom copyright law seeks to protect, and the restrictions in copyright law that are in favor of individuals, the conflict of fundamental interests is apparent. The rights-holder's property protection and the public's rights of use, which in many cases are based on freedom of expression, must be properly balanced. How well does the Swedish implementation manage to balance these rights when implementing article 17?

In summary, the essay concludes that the Swedish implementation of Article 17 in several different ways is both balanced and sensible. It caters to both rights-holders and users by taking significant measures to enhance user protection. With a few occasional suggestions for alternative approaches, this essay points to the shortcomings, but also the successes, that the Swedish implementation ultimately deserves.

Sammanfattning

Artikel 17 DSM-direktivet har varit ett oerhört hett debattämne de senaste åren. Den juridiska debatten har främst centrerat kring frågor om yttrandefrihet på internet och kring risken för att artikeln skulle innebära slutet på det fria internetet för användaren. Farhågan för detta var reell och Sverige röstade slutligen nej till direktivet då det antogs av Europeiska rådet 2019. Trots direktivets överlevnad visade sig implementeringen av direktivet och dess omstridda artikel 17 i svensk rätt sig att dröja. Artikel 17 skulle implementeras redan den 7 juni 2021, men införlivandet sköts fram, och har nu den 1 januari 2023 slutligen blivit en del av svensk upphovsrätt. Men med utgångspunkt i den ursprungliga kritiken kan frågan ställas: Är den kritiken fortfarande befogad – och har internetanvändaren åsidosatts i en ansvarsreglering som syftar att stärka rättsinnehavaren?

Syftet med denna uppsats är att utvärdera den svenska implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet i svensk upphovsrätt utifrån ett användarperspektiv. Uppsatsen ämnar utvärdera huruvida det svenska införlivandet av artikel 17 på ett effektivt sätt lyckas balansera användarens intressen gentemot rättsinnehavarens intressen. Genom att först och främst undersöka svensk upphovsrätt och analysera relationen mellan rättsinnehavare, som upphovsrätten söker skydda, och de inskränkningar i upphovsrätten som är till förmån för enskilda, exemplifieras upphovsrättens ständiga normkonflikt. Rättsinnehavarens förmögenhetsrättsliga skydd och allmänhetens yttrandefrihetsrättsliga nyttjanderätter ska ställas mot varandra. Hur väl lyckas den svenska implementeringen balansera dessa båda rättighetssidor vid implementeringen av artikel 17?

Sammanfattningsvis kommer uppsatsen till slutsatsen att den svenska implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet på flera olika sätt är sund för intressehavare. Den tillgodoser rättsinnehavare men tar särskilda åtgärder för att förstärka skyddet för användaren. Med några enstaka förslag på alternativa tillvägagångssätt pekar uppsatsen på de brister och de framgångar den svenska implementeringen slutligen förtjänar.

Förord

En lång studietid i Lund förtjänar att avtäckas även om den inte kan sammanfattas här. Ett särskilt tack till min familj, mina nära och kära och mina vänner. Tack till Azalea för din genomläsning och dina hjälpsamma kommentarer. Tack även till min handledare Kacper Szkalej som genom goda råd hjälpt mig under examensarbetets ibland evinnerliga arbetsgång.

Markus Hedbys, december 2022, Malmö.

Förkortningar

DSM-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
EUD	Europeiska unionens domstol
HD	Högsta domstolen
InfoSoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
Prop.	Regeringens proposition
RF	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I april 2019 röstades en ny upphovsrättslig reform igenom på EU-nivå. Ett beslut togs, efter många års förhandling, som skulle få betydande konsekvenser för upphovsrätten på internet. EU-kommissionens vision om en digital inre marknad fick sin pionjär i form av direktivet om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden (DSM-direktivet).¹

Kommissionens förslag om direktivet möttes av stor debatt och kritik, särskilt direktivets artikel 17 (ursprungligen artikel 13).² Syftet med artikel 17 var att försöka reglera upphovsrättsligt ansvar på stora tjänsteleverantörer³ online som lagrar och ger allmänheten tillgång till stora mängder upphovsrättskyddade verk. Några exempel på sådana tjänsteleverantörer är Youtube, Google, Amazon och Facebook. För att upphovsrättsligt reglera dessa onlinetjänster föreslog artikel 17 att dessa plattformar i princip skulle filtrera uppladdat användarmaterial och blockera sådant som ansågs utgöra upphovsrättsligt intrång. En sådan filtrering måste i princip ske automatiskt, då enorma mängder användaruppladdat material dagligen görs tillgängligt på dessa plattformar. För att illustrera utmaningen kan nämnas att Youtube har mer än två miljarder månatliga användare världen över och ungefär 500 timmar av video laddas upp på plattformen varje minut.⁴ Den hissande storlek och framfart dessa plattformar åtnjuter ställer därför ett antal upphovsrättsliga frågor på sin spets.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

² Förslag från EU-kommissionen COM(2016) 593 final. Direktivet fick stor uppmärksamhet i flera europeiska medier. Den främsta anledningen till direktivets kontrovers låg i konflikten mellan att säkra det rättsliga skyddet för upphovsrätt och avvägningen med skyddet för andra rättigheter och intressen, såsom yttrande- och informationsfriheten. Se även Axhamn (2019) *Det nya direktivet om upphovsrätt på EU:s digitala inre marknad*, Norstedts juridik.

³ "Online content-sharing service provider" på engelska.

⁴ Wojcicki (2020) *YouTube at 15: My personal journey and the road ahead*, YouTube Official Blog.

Rättsinnehavare från film- och musikindustrin hade länge hävdad att onlinetjänsterna tjänade stora pengar på deras film och musik, samtidigt som industrierna som satt på rättigheterna inte fick sin del av ersättningskakan. Kommissionens ursprungliga lösning på detta dilemma var att stärka upphovsmännens förhandlingsposition i avtalsförhållanden när de licenserar sina verk. Att stärka licensering mellan upphovsmän och tjänsteleverantörer skulle bidra till en välfungerande marknadsplats för upphovsrätt och på lång sikt gynna produktionen av innehåll samt till sist gynna konsumenterna.⁵ Tjänsteleverantörer skulle därför, i samarbete med rättsinnehavare, ingå licensavtal och vidta åtgärder för att blockera tillgång till intrångsgörande material på deras tjänster med exempelvis effektiv innehållsigenkännings teknik för att undgå upphovsrättsligt ansvar.⁶ Men nästa fråga som uppstod blev då; hur försäkras vi oss om att onlinetjänsterna inte blockerar allt material som *kan vara* intrångsgörande, även om det inte är intrångsgörande, för att gå fria från ansvar? Att försöka tygla dessa plattformar framstår å ena sidan som fullt rimligt, men å andra sidan kan det leda till en ordentlig censurerings effekt och inskränkning i den yttrandefrihet som länge varit förknippad med internet.

En stor del av debatten centrerade därför kring rädslan av automatisk blockering hos de stora tjänsteleverantörerna. De risker artikel 17 innebar för yttrande- och informationsfriheten var en av anledningarna till att riksdagen motsatte sig direktivet och att Sverige röstade nej då direktivet slutligen antogs av Europeiska rådet 2019.⁷ Rädslan av att användare inte längre skulle ha möjlighet att ladda upp stillbilder från filmer, remixer av låtar och framförallt ”memes” ledde till internetuppror och namninsamlingar underskrivna av 800,000 personer.⁸ Upproret under ”#savetheinternet” fick gehör och dåvarande artikel 13 DSM-direktivet reviderades till att undanta

⁵ COM(2016) 593 final, avsnitt 1, s. 3.

⁶ COM(2016) 593 final, avdelning IV art. 13, s. 28.

⁷ Prop. 2021/22:278 s. 104.

⁸ BBC News (2018) *Europe's copyright plan: Why was it so controversial?*, BBC.

användning i form av ”memes” och ”GIFs” - genom specifika lagstadgade inskränkningar för användare.⁹

Det omstridda direktivet skulle implementerats i Sverige redan den 7 juni 2021, men implementeringen skulle visa sig dröja.¹⁰ Den 12 juli 2022 presenterade Sveriges regering sin proposition med lagförslaget som ämnade implementera det omstridda artikel 17 i svensk upphovsrätt. Artikel 17 DSM-direktivet implementerades slutligen i svensk rätt den 1 januari 2023 då riksdagen den 30 november 2022 beslutat att bifalla propositionen.¹¹

Ett av upphovsrättens syften är att uppnå en skälig intresseavvägning och balans mellan rättsinnehavares och användares intressen.¹² Men hur har Sveriges regering sett på intresseavvägningen mellan att tillgodose rättsinnehavaren i relation till användaren, som med stöd av yttrandefriheten vill publicera och debattera online med hjälp av ”memes” och videoklipp? Är den ursprungliga kritiken och debatten kring ”#savetheinternet” fortfarande befogad och bör internetanvändare vara vaksamma för den svenska implementeringen?

1.2 Syfte och frågeställning

I inledningen ovan poängterades det att upphovsrätten är utformad med ett syfte att uppnå en skälig intresseavvägning och balans mellan rättsinnehavares och användares intressen. Artikel 17 DSM-direktivet utformades, åtminstone på förslagsstadiet, tydligt utifrån ett rättsinnehavarperspektiv. Det är därför angeläget att undersöka hur det svenska införlivandet av artikel 17 DSM-direktivet balanserar användarens intressen gentemot rättsinnehavarens. Med hänsyn till denna bakgrund är syftet med uppsatsen att utvärdera den svenska implementeringen av artikel

⁹ Kleinman (2019) *Article 13: Memes exempt as EU backs controversial copyright law*, BBC. Artikel 13 blev slutligen artikel 17 som inkluderade inskränkningar för användare i citat- och kritiksyften samt i parodi- och pastischsyften.

¹⁰ Artikel 29 DSM-direktivet.

¹¹ Betänkande 2022/23:NU6 och riksdagsskrivelse 2022/23:41.

¹² Se skäl 31 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (InfoSoc-direktivet).

17 DSM-direktivet i svensk upphovsrätt utifrån ett användarperspektiv. Uppsatsen ska i ljuset av syftets användarperspektiv besvara följande frågeställning: I vilken utsträckning tillgodoses intresseavvägningen mellan användarrättigheter och rättsinnehavare i implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet i svensk upphovsrätt?

1.3 Metod och material

Sedan Sverige blev medlem i Europeiska unionen har Sverige åtagit sig att följa de rättsakter, avtal och andra beslut som antagits av de Europeiska gemenskaperna.¹³ Vid en undersökning av svensk upphovsrätt måste därför EU-rätten beaktas och undersökas eftersom upphovsrätten har och fortsätter att harmoniseras på EU nivå. Av den orsaken ska denna uppsats ägna sig åt en kombination av två rättsliga förhållningssätt. En rättsdogmatisk metod för analysen av svensk gällande rätt och en EU-rättslig metod.

1.3.1 Svensk rätt

Denna uppsats kommer till största del tillämpa en rättsdogmatisk metod. Det innebär att svar främst kommer att sökas ur de allmänt accepterade rättskällorna med anknytning till upphovsrätten, såsom lagstiftning på upphovsrättens område, rättspraxis, lagförarbeten och rättsdogmatiskt orienterad litteratur.¹⁴ Med hjälp av denna metod går det att utröna vad som är gällande rätt.

Rättsdogmatiken beskriver gällande rättsregler och dess struktur men kan även innefatta värderade ståndpunkter och rättfärdigande.¹⁵ Det är även vanligt för analysen av gällande rätt att innehålla en avvägning mellan olika rättsliga lösningar, mot bakgrund av det rättsliga materialet, tillsammans med en effektanalys av sagda lösningar.¹⁶ Rättslitteraturen i stort innehåller ofta kritik av rättsliga avgöranden och bestämmelser där tyngda värderingar

¹³ Se 2 § samt 4–5 §§ lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

¹⁴ Kleinman (2018) s. 21.

¹⁵ Peczenik (2005) s. 250.

¹⁶ Sandgren (2006) s. 534.

tolereras såväl *de lege lata* som *de lege ferenda*.¹⁷ Enligt Jareborg kan en rättsdogmatisk argumentation även vidga ett perspektiv och gå utanför gällande rätt för att finna svar och söka ideala lösningar.¹⁸ Jag ansluter mig till Jareborgs uppfattning av den rättsdogmatiska metoden då denna uppsats granskar nyligen ikraftträd lagstiftning som saknar svensk rättspraxis. Då det saknas svensk rättspraxis hänförlig till de nya bestämmelserna, tolkar jag det utvidgade perspektivet som Jareborg förespråkar att vara tillåtande mot att mer vikt fästs vid juridiska kommentarer för att utvärdera rättens konstruktion. Utvärderingen av lagstiftningen kan sedan enligt rättsdogmatiken poängtera hur lagen hellre bör se ut inom ramen för en *de lege ferenda* diskussion. En rättsdogmatisk metod med sådana kritiska inslag är passande för en sådan diskussion.¹⁹ I denna uppsats kommer jag därför först och främst analysera gällande upphovsrätt, sedan de teoretiska utgångspunkterna för artikel 17 DSM-direktivet med hjälp av juridiska kommentarer från forskare, för att slutligen utvärdera det svenska införlivandet med värderade kommentarer kring hur rätten kanske hellre borde ha utformats. För att analysera hur rätten hellre borde utformats måste en sådan bedömning göras utifrån förhållningssättet av ett visst perspektiv.

Uppsatsen har såsom syfte att utreda och utvärdera i vilken mån den svenska implementeringen tillgodoser en viss rättighetsavvägning. Denna utvärdering görs utifrån ett *användarperspektiv*. Begreppet användare definierar jag i denna uppsats såsom en enskild som önskar tillgängliggöra material hos en tjänsteleverantör på internet. Användaren är följaktligen inte en upphovsrättslig rättssinnehavare av en eventuell förlaga som använts för att skapa eller utgöra del av det material användaren önskat ladda upp.

Till skillnad från en teori är ett perspektiv en viss utgångspunkt för en undersökning och en infallsvinkel vald för att studera något särskilt.²⁰ Med ett användarperspektiv kan uppsatsen fokusera på problematik angående rättens betydelse för en särskild målgrupp.²¹ Med hjälp av ett sådant

¹⁷ Sandgren (2006) s. 535.

¹⁸ Jareborg (2004) s. 4.

¹⁹ Sandgren (2006) s. 534–535.

²⁰ Edström (2020) s. 51.

²¹ Edström (2020) s. 51.

perspektiv har uppsatsen en uppsatt ram att förhålla frågeställningen till, en ram som redan satts upp i uppsatsens syfte. Ett användarperspektiv väver dessutom in flera rättighetsaspekter av särskilt intresse för användaren, såsom grundläggande yttrande- och informationsfriheter, som kan bidra till analysen. Utredningen kommer därför utvärdera hur den gällande rätten har konstruerats och avvägts, dess framgångar och dess brister, samt om den bör ha sett annorlunda ut utifrån en användares perspektiv.

Det finns kritik riktad mot den rättsdogmatiska metoden. Kritik har riktats mot rättsdogmatiken då metoden försöker utröna gällande rätt med en specifik inriktning på nationell rätt.²² Kritiken grundar sig i att nationell gällande rätt är djupt influerad av andra internationella rättskällor, exempelvis EU-rätten, som är en rättsordning med andra historiska anor och en annan rättskällelära än den svenska rättsordningen. Av den anledningen kan rättsdogmatiken halta något på grund av dess nationella fokus. Jag har därför valt att kombinera den rättsdogmatiska metoden med en EU-rättslig metod.

Det material uppsatsen till huvuddel har att förfoga över är främst de dokument som publicerats i lagstiftningskedjan av och under implementeringen av DSM-direktivet i svensk upphovsrätt. I april 2019 antogs EU-direktivet om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden.²³ I oktober 2021 publicerade regeringen sin promemoria med föreslagna författningsändringar av lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) som genomför direktivet i svensk rätt.²⁴ I promemorian föreslogs det att ändringarna skulle träda ikraft 1 juli 2022.²⁵ Den 9 juni 2022 lämnades lagförslaget i en lagrådsremiss med en framskjuten implementering till den 1 januari 2023.²⁶ Slutligen presenterades den 12 juli 2022 regeringens proposition med något reviderade lagförslag för implementeringen av DSM-direktivet.²⁷ Främst

²² Olsen (2004) s. 116.

²³ Dir. EU 2019/790/EG (DSM-direktivet).

²⁴ Ds 2021:30.

²⁵ Ds 2021:30 s. 6.

²⁶ Lagrådsremiss – Upphovsrätten på den digitala inre marknaden, s. 1.

²⁷ Prop. 2021/22:278.

propositionen, i kombination med DSM-direktivet, ska utgöra det huvudsakliga materialet för uppsatsens analys.

Utöver regeringens förarbeten kommer uppsatsen även beakta juridisk doktrin i form av artiklar och läroböcker på ämnet. Då artikel 17 DSM-direktivet implementerades i svensk rätt den 1 januari 2023 finns där inte ett överflöd av tryckt litteratur som behandlar ämnet, dock finns tryckt litteratur som behandlar tidigare svensk gällande upphovsrätt. Som tidigare nämnt saknas även svensk rättspraxis gällande lagstiftningen som analyseras, vilket i kombination med avsaknaden av tryckt litteratur på området har skapat utmaningar i uppsatsskrivandet. Det finns därmed en risk för att eventuella analyser av så pass färsk lagstiftning inte kan vara lika djupgående. På grund av nyhetsvärdet av den svenska implementeringen har därför juridiska artiklar från olika juridiska tidskrifter som publicerats varit till bättre nytta. De artiklar som använts har skrivits av forskare på upphovsrättsområdet från olika institutioner, både från Sverige och övriga Europa. Forskare på området, såsom Rosati, Quintais, Schwemer m.fl. har varit särskilt bidragande till den doktrin som rör artikel 17 DSM-direktivet.²⁸ Organisationen CREATE har även på ett koncist sätt presenterat och samlat forskningsmaterial med direkt koppling till DSM-direktivets implementering i olika medlemsstater.²⁹ Med utgångspunkt i dessa forskares material på ämnet ska uppsatsen utvärdera implementeringens intresseavvägning i svensk upphovsrätt.

1.3.2 EU-rätt

Med hjälp av en EU-rättslig metod presenteras ett tillvägagångssätt till att hantera EU-rättsliga källor och hur de bör tolkas och tillämpas i Sverige.³⁰ I ljuset av den moderna europeiseringen sammanflätas den nationella rätten

²⁸ Exempelvis har Rosati författat lagkommentarer till DSM-direktivet. Quintais m.fl. har bidragit med öppna brev från akademiker till lagstiftare samt en interdisciplinär komparativ studie över olika medlemsstater implementering av artikel 17 DSM-direktivet, se Quintais, João Pedro and Mezei, Péter and Harkai, István and Vieira Magalhães, João and Katzenbach, Christian and Schwemer, Sebastian Felix and Riis, Thomas, *Copyright Content Moderation in the EU: An Interdisciplinary Mapping Analysis* (2022).

²⁹ CREATE är en del av "UK Copyright & Creative Economy Centre" från University of Glasgow. En sammanställning av diverse forskningsmaterial finns på <<https://www.create.ac.uk/cdsm-implementation-resource-page/>> (besökt 2022-11-10).

³⁰ Reichel (2018) s. 109.

med den internationella rätten vilket innebär att behovet av att härröra vilken rättsordning olika rättsliga komponenter härstammar ifrån blir viktigare.³¹ Det ska nämnas att uppsatsens huvudfokus är på svensk upphovsrätt och den svenska implementeringen av ett europeiskt upphovsrättsligt direktiv. Den EU-rättsliga metoden får således spela en viktig biroll snarare än huvudrollen i den fortsatta framställningen.

Den EU-rättsliga primärrätten består av de fördrag som skapats genom enhälligt beslut av medlemsländerna.³² En förordning, ett direktiv eller ett beslut kan sedan meddelas som en bindande rättsakt för medlemsstaterna enligt artikel 288 FEUF vilket bildar sekundärrätten.³³ EU-rättsliga direktiv är inte direkt tillämpliga i medlemsstaterna utan anger ett visst resultat som ska uppnås inom en begränsad tid genom att medlemsstaterna själva får implementera direktivets bestämmelser i nationell rätt.³⁴ Direktivformen leder till att nationella rättssystem kan anpassa implementeringen efter det sätt som passar den nationella strukturen bäst.³⁵ Införlivningen ställer höga krav på rättssäkerhet. Europeiska unionens domstol (EUD) har beslutat att bestämmelser i ett direktiv måste utformas på ett så tydligt, precist och klart sätt som möjligt så att kravet på rättssäkerhet uppfylls.³⁶ De direktiv som gäller på upphovsrättens område som är av betydelse för denna uppsats är således viktiga rättskällor även i dess ursprungliga lydelse.

Även rättspraxis från EUD innebär i princip en bindande rättskälla för medlemsstater.³⁷ Rättspraxis från EUD är en stark tolkningskälla för olika begrepp som finns i olika staters rättsordningar. Då exempelvis begreppet ”parodi” kan definieras olika, i olika medlemsstaters rättsordningar, förespråkar EU-rätten en autonom tolkning av sådana begrepp.³⁸ I olika

³¹ Reichel (2018) s. 110.

³² Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 41. Se även fördraget om Europeiska unionen (FEU), fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna.

³³ Skyldigheten att implementera direktiv följer även av principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU.

³⁴ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 178.

³⁵ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 178.

³⁶ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 178. Se även mål C-225/97 Kommissionen mot Frankrike p. 37 samt C-59/89 Kommissionen mot Tyskland p. 24.

³⁷ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 40.

³⁸ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 161.

tolkningssammanhang söks därför oftast svaren ur den rättspraxis EUD beslutat. EUD har dessutom genom sin praxis utvecklat EU-rättens företrädare framför nationell rätt. Lagstiftning från EU ska tillämpas oavsett vad som föreskrivs i en nationell rättsordning.³⁹ EUD har dock fått utstå kritik för att den har en alltför rättsskapande verksamhet som borde förbehållas lagstiftaren.⁴⁰ Kritiken belyser om något den kraft EUD har som auktoritet och även som rättskälla. Med detta poängterat är det av stor vikt att även beakta den senaste praxis från EUD som har bäring i förhållande till uppsatsens syfte och frågeställning.

Slutligen ska även några för framställningen centrala begrepp redogöras för. Begreppet ”inskränkningar” avser framöver de inskränkningar som föreskrivs i 2 kap. URL. Uppsatsen använder dock även benämningen undantag enligt dess vardagliga bruk i förhållande till ”parodiundantaget”, då användning i parodisyften inte regleras i 2 kap. URL. Begreppet ”citaträtten” används framöver såsom uttryck för inskränkningen för citat i 2 kap. 22 § URL. ”Undantag och inskränkningar” används hädanefter för att hänvisa till inskränkingskatalogen och parodiundantaget. Inskränkningar och undantag i upphovsrätten benämns även löpande såsom användarrättigheter i uppsatsen. Detta görs eftersom EU-domstolen vid ett antal tillfällen uttryckt att inskränkningar i upphovsrätten innebär användarrättigheter då de ger uttryck för grundläggande rättigheter.⁴¹ Det är därför angeläget och enhetligt med den begreppsapparat EUD skapat att referera till inskränkningar som just användarrättigheter.

1.4 Avgränsningar

För att på ett effektivt sätt besvara ovan frågeställning ska denna uppsats främst fokusera på svensk upphovsrätt samt ett antal upphovsrättsliga direktiv på EU-nivå. Uppsatsen kommer avgränsa sig från annan internationell rätt

³⁹ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 173.

⁴⁰ Reichel (2018) s. 131.

⁴¹ Se C-469/17 *Funke Medien* p. 76 och C-516/17 *Spiegel Online* p. 59 där EUD benämner inskränkningar och undantag såsom rättigheter för användare. Se även C-201/13 *Deckmyn* p. 27 där EUD konstaterar att parodiundantaget ger uttryck för yttrandefriheten.

och eventuella internationella överenskommelser utan sådana med direkt relevans för frågeställningen.

I förhållande till DSM-direktivet kommer dess artikel 17 att vara huvudfokus för uppsatsen och dess avvägning mellan användare och rättsinnehavare. Uppsatsen undersöker inte mellanhandsansvar på internet i stort och kommer därför inte undersöka eventuell annan reglering på plattformsansvarsområdet eller beakta tjänsteleverantörernas intressen i någon större omfattning. Det inbegriper även frågor om medverkansansvar vid intrång för plattformar på internet. Artikel 17:s bestämmelser om användarrättigheter och artikelns undantag och inskränkningar samt regleringen kring samspelet mellan tjänsteleverantör och rättsinnehavare är av störst intresse. Uppsatsen behandlar även endast upphovsrättens centrala ensamrätter för rättsinnehavare och inskränkningar i dessa med hänsyn till den konkreta kontexten. Sett utifrån rättigheternas innehåll utesluts därför andra upphovsrättsliga rättigheter, såsom bestämmelser om spridning, visning, eller framförande av upphovsrättsliga verk eftersom dessa inte tillämpas inom ramen för artikel 17 eller i en digital miljö. Uppsatsen ska inte heller behandla upphovsrättens närstående rättigheter i någon större omfattning på grund av utrymmesskäl.

På grund av att implementeringen av DSM-direktivet trätt ikraft den 1 januari 2023, och denna uppsats författats hösten 2022, har endast ett begränsat urval av forskningsmaterial kunnat beaktas. Uppsatsen har utgått från lagstiftningsförslaget och tillgängligt material när uppsatsen skrivits. På grund av ämnets nyhetsvärde finns därför risken att eventuell praxis eller annat forskningsmaterial efter publiceringen av uppsatsen landar i, för uppsatsen, främmande slutsatser.

1.5 Forskningsläge

Forskningsläget kring DSM-direktivet är inte skvalt. Direktivets betydelse och konsekvenser har flitigt debatterats i juridisk doktrin och litteratur, se ovan under kap. 1.3. De juridiska artiklar som diskuterat DSM-direktivet och dess artikel 17 har främst skrivits på engelska av forskare från hela Europa.

Som exempel kan nämnas Rosati som på ett gediget och omfattande sätt presenterat lagkommentarer till DSM-direktivet och även skrivit ett antal analytiska juridiska artiklar på ämnet.⁴² DSM-direktivet har även diskuterats och väckt betydande intresse utanför EU.⁴³ Den internationella doktrinen och dess uppsjö av juridiska artiklar har varit till stor nytta för denna uppsats då de diskuterar artikel 17 DSM-direktivets syften och potentiella intressekonflikter. Debatten innefattar ofta även den senaste rättspraxisen från EUD. En sådan debatt och diskussion har även bäring för tolkningen av direktivet och för implementeringen av direktivet i svensk rätt.

DSM-direktivet har också skrivits en del om på svenska, i diverse uppsatser och juridiska artiklar. Med det sagt har dock inte regeringens senaste proposition eller en konkret svensk implementering innefattats i den svenska juridiska debatten i stort.⁴⁴ Propositionen presenterades i juli 2022 och är därmed högst aktuell för rättsvetenskaplig analys.

1.6 Disposition

Uppsatsen består av sex kapitel och innehåller genomgående analytiska inslag som anspelar på uppsatsens syfte. I nästa kapitel ska till en början den svenska upphovsrätten presenteras. Kapitel två är skrivet för att ge läsaren en bakgrund till det svenska upphovsrättsliga systemet samt hur den svenska upphovsrätten är influerad av EU-rätten. Kapitlet behandlar även för framställningen centrala ensamrätter och inskränkningar i dessa rättigheter. I kapitel tre ska DSM-direktivets teoretiska utgångspunkter presenteras med särskilt fokus på artikel 17. I kapitlet introduceras några grundläggande kontroverser kring artikel 17 DSM-direktivet och anledningar till varför artikeln varit så omdiskuterad. Kapitlet redogör även kort för den ansvarsreglering som existerat för onlinetjänster innan DSM-direktivets tillkomst. Kapitel fyra innehåller sedan en djupare analys av de

⁴² Rosati (2021) *Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790*.

⁴³ Som exempel kan nämnas Pamela Samuelsons forskning om plattformsansvar från Berkeley Law School och Jane Ginsburgs kommentarer på DSM-direktivet från Columbia Law School.

⁴⁴ Med undantag för bl.a. Szkalej (2022) *Article 17 DSM Directive: the Swedish proposal* del 1 & 2, Kluwer Copyright Blog som skrevs utifrån den svenska departementsskrivelsen.

grundläggande intressen som står på spel under artikel 17 DSM-direktivet och särskilt de intressen användare stödjer sig på. Intressen för rättsinnehavare och användare diskuteras här i samspel med den senaste rättspraxisen från EUD. I kapitel fem ska den svenska implementeringen behandlas utifrån regeringens förarbeten med analytiska slutsatser som anspelar på uppsatsens syfte. Uppsatsen besvarar slutligen frågeställningen utifrån uppsatsens syfte i kapitel sex som även innehåller några avslutande ord.

2 Upphovsrättsliga utgångspunkter

Upphovsrätten är en reglering som ständigt utvecklas och ofta ställs inför svåra utmaningar. Den ska ständigt försöka tillgodose och balansera olika rättsliga intressen samtidigt. Två av de mest grundläggande intressen som samspelar inom upphovsrätten är rättsinnehavarens ekonomiska rättigheter och inskränkningarna i dessa rättigheter, som stödjer sig bland annat på yttrandefriheten. Till exempel beviljas en författare till en novell exklusiva rättigheter att förfoga över sitt verk genom upphovsrättens skyddsnet. Att en recensent sedan fritt ska få citera och kritisera den upphovsrättsligt skyddade novellen i en recension anses vara fundamentalt för den allmänna diskussionen och måste också regleras genom upphovsrätten.⁴⁵

I följande kapitel ska den svenska upphovsrätten kort redogöras för. Kapitlet ger en inledande bakgrund för följande diskussion kring DSM-direktivet och dess oundvikliga plats i den svenska upphovsrätten. Kapitlet ska även väva in den kraftiga EU-rättsliga utvecklingen på upphovsrättsområdet och dess inverkan på svensk upphovsrätt.

2.1 Grundläggande upphovsrättsligt skydd för rättsinnehavare

I Sverige regleras upphovsrätten i URL.⁴⁶ En vilja att ge skydd för upphovsrättsliga verk härstammar långt bak i historien och har anor rotade i både moraliska och ekonomiska incitament. Förespråkare av utilitarismen argumenterade på slutet av 1700-talet för att upphovsrätt var eftersträvansvärt då det skulle gynna konstnärer då de bidrog till det kulturella och samhälleliga välmåendet i stort.⁴⁷ Senare tids utveckling såg framfarten av ekonomiska rättspolitiska teorier där upphovsrätten snarare skulle agera som ett

⁴⁵ SOU 1956:25, s. 198.

⁴⁶ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁴⁷ Szkalej (2021) *Copyright in the Age of Access to Legal Digital Content*, s. 76.

ekonomiskt incitament. Genom att bevilja upphovsmannen till ett verk ett ekonomiskt skyddsnet i form av särskilda rättigheter över verket skapades ett självvärde i själva verket som ledde till att dessa kunde utväxlas på marknaden.⁴⁸ Upphovsrätten härstammar således i grund och botten från en rad olika rättspolitiska avvägningar och har i uppgift att bland annat lämna rättsskydd åt det andliga skapandet inom litteraturens och konstens område.⁴⁹ Följden av detta bidrar till ett främjande av den kulturella och ekonomiska utvecklingen i stort.⁵⁰ Det ska också nämnas att upphovsrätten har starka anknytningar till grundläggande fri- och rättigheter såsom äganderätten, yttrandefriheten och tryckfriheten.⁵¹ Det är inte alltid lätt att försöka balansera dessa grundläggande intressen samtidigt, då individuella förmögenhetsrättsliga intressen kanske måste inskränkas av allmänhetens yttrandefrihetsrättsliga intressen och vice versa. Upphovsrättens svåra utmaning i att försöka tillgodose dessa olika intressen samtidigt har ofta lett till polariserade åsikter om dess innehåll.⁵²

Det ska även inledningsvis nämnas att upphovsrätten har, trots differentierande lagstiftning i olika nationella territorier, en stark internationell anknytning då verk ofta sprids världen över. Skapandet av ett verk i en medlemsstat och dess ekonomiska skydd vore i praktiken urholkat ifall verket inte erkändes även utanför landets gränser. System för internationella överenskommelser har funnits sedan 1800-talet, främst genom Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.⁵³ Trots upphovsrättens internationella aspekter är skyddsfrågan territoriellt begränsad och det upphovsrättsliga skyddet regleras i nationell rätt.⁵⁴ Men med hjälp av dessa internationella överenskommelser åtar sig de

⁴⁸ Szkalej (2021) s. 78–79.

⁴⁹ Prop. 1960 nr. 17, s. 41.

⁵⁰ Se Olsson, Rosén (2019) Upphovsrättslagen, kommentar under rubriken ”Inledning – Upphovsrätten och de närstående rättigheterna”.

⁵¹ Olsson, Rosén (2019) Upphovsrättslagen, kommentar under rubriken ”Inledning – Upphovsrättssystemets kulturella och ekonomiska roll m.m.”.

⁵² Szkalej (2021) s. 20.

⁵³ Olsson, Rosén (2019) Upphovsrättslagen, kommentar under rubriken ”Upphovsrätten och de närstående rättigheterna”.

⁵⁴ Se artikel 5.2–5.3 Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.

fördragsslutande staterna att ge skydd för verk från andra fördragsslutande stater.⁵⁵

Med tanke på upphovsrättens internationella och tekniska utmaningar har även EU haft för avsikt att harmonisera upphovsrätten på gemenskapsnivå.⁵⁶ Stora harmoniseringsåtgärder vidtogs i svensk rätt vid implementeringen av InfoSoc-direktivet⁵⁷, EU:s flaggskepp vad gäller upphovsrätt på gemenskapsnivå. InfoSoc-direktivet och dess influenser på svensk upphovsrätt, främst genom rättspraxis från EUD, kommer nedan att redogöras för i samband med genomgången av ensamrätten och inskränkningarna i upphovsrätten.

2.1.1 Förutsättningarna för upphovsrättsligt skydd

Enligt 1 kap. 1 § URL tillfaller upphovsrätt den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk. Paragrafen innehåller en icke uteslutande uppräknning av exempel på verk som kan erhålla upphovsrättsligt skydd. För att ett verk ska omfattas av ensamrätten som följer av upphovsrätten enligt 1 kap. 1 § URL måste verket uppfylla ett originalitetskrav. För att ett verk ska anses vara originellt ska verket härröra från upphovsmannen själv genom en personlig och skapande insats.⁵⁸ EUD har genom sin rättspraxis försökt harmonisera originalitetskravet genom att slå fast att ett verk ska vara upphovsmannens egna intellektuella skapelse.⁵⁹ Harmoniseringen har inte skett genom ett direktiv, utan har snarare utvecklats av EUD för enstaka verk. Vidare ska ett verk i sig vara något slags alster som kan identifieras med tillräcklig precision

⁵⁵ Se art. 5.1 Bernkonventionen. *WIPO-fördraget och TRIPS-avtalet är exempel på fler internationella konventioner av betydelse för den internationella upphovsrätten.*

⁵⁶ Se dir. 2001/29/EG, skäl 6.

⁵⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Direktivet implementerades i Sverige 2005.

⁵⁸ Levin (2019) s. 80.

⁵⁹ Se C-5/08 *Infopaq* p. 37. Se även C-833/18, *Brompton Bicycles*, p. 33–34 som anger att om produktens form endast styrs av dess tekniska funktion kan produkten inte omfattas av upphovsrättsligt skydd. En produkt ska vara ett originellt resultat som gett uttryck för upphovsmannens kreativa förmåga genom att göra fria och kreativa val och inte endast vara en teknisk lösning.

och objektivitet.⁶⁰ En bok, ett musikaliskt stycke eller en filmatiserad sketch har förmåga att uppfylla kravet medan en smak på ett livsmedel inte på ett precist och objektivt sätt går att identifiera vilket leder till att det inte kan anses vara ett verk.⁶¹ Definitionen av verksoriginalitet anses vara bindande och tillämpas generellt inom unionen och den skapande insatsen hos kreatören ska ha varit resultatet av fria och kreativa val.⁶² En originell prestation resulterar således i ett verk som erhåller upphovsrättsligt skydd.

2.1.2 Den ekonomiska ensamrätten

Upphovsrätten över ett verk beviljar sedan upphovsmannen ensamrätt. Den ekonomiska ensamrätten innebär en uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att tillgängliggöra det för allmänheten.⁶³ Ensamrätten innefattar verket i dess helhet men även vissa bearbetningar av verket.⁶⁴ Att tillåta eller förbjuda olika framställningar av ett verk är enligt Olsson en central rättighet knuten till den ekonomiska ensamrätten.⁶⁵ Exemplarrätten innebär att upphovsmannen, eller rättsinnehavaren, har den exklusiva rätten att framställa exemplar av verket. Exemplarrätten är harmoniserad enligt artikel 2 InfoSoc-direktivet och Sverige inkorporerade InfoSoc-direktivets formulering av bestämmelsen i URL vid genomförandet av direktivet.⁶⁶

Tillgängliggörande för allmänheten innebär däremot en rätt att styra över överföringar av verket till allmänheten, offentliga framföranden av verket, offentliga visningar av verket och även spridning av verket.⁶⁷ Den för framställningen mest centrala av dessa rättigheter är överföring av verket till allmänheten i 1 kap. 2 § 3 st. 1 p. URL vars motsvarighet finns i artikel 3 InfoSoc-direktivet. Anledningen till att just denna rättighet är av så stor vikt

⁶⁰ C-310/17, *Levola Hengelo BV*, p. 40.

⁶¹ C-310/17, *Levola Hengelo BV*, p. 43.

⁶² Levin (2019) s. 85.

⁶³ Se 1 kap. 2 § URL.

⁶⁴ Se 1 kap. 2 § 1 st. URL.

⁶⁵ Olsson (2018) s. 21.

⁶⁶ Prop. 2004/05:110 s. 51.

⁶⁷ Se 1 kap. 2 § 3 st. 1-4 p. URL.

för framställningen är för att överföring till allmänheten reglerar ansvaret för tjänsteleverantörer i artikel 17 DSM-direktivet.

Tillgängliggörande för allmänheten, och framför allt bestämmelsen om överföring till allmänheten, har varit föremål för enormt många avgöranden från EUD, och fortsätter att vara det, varför det är viktigt att säga några fler ord om denna rättighet i ljuset av EUD:s fortsatt växande praxis. Begreppet innehåller två kumulativa rekvisit, ”överföring” och ”till allmänheten”.⁶⁸ Överföringen sker när en användare agerar med full kännedom om följderna för sitt handlande, exempelvis när en hemsida ger sina kunder tillgång till ett skyddat verk som sådana kunder inte annars skulle kunna få.⁶⁹ Allmänheten avser ett obestämt antal potentiella mottagare och förutsätter ett ganska stort antal personer.⁷⁰ EUD har i sin tidigare praxis utvecklat definitionen av begreppet och stadgat att enbart tillhandahållandet av fysiska förutsättningar för att möjliggöra en överföring inte i sig betraktas som en överföring enligt direktivet.⁷¹ Dock kan en aktör med sådana fysiska förutsättningar som exempelvis sänder signaler mellan dessa ägna sig åt överföring till allmänheten och därmed strida mot ensamrätten i artikel 3.1 InfoSoc-direktivet.⁷² En aktör som avsiktligt ger sina gäster tillgång till exempelvis en tv-sändning med skyddade verk ägnar sig även åt överföring till allmänheten. En sådan överföring sker till en ny publik som rättsinnehavaren inte haft i syfte eller haft vetskap om, ifall överföringen i första hand är riktad åt prenumerantens privata sfär.⁷³

Vad gäller överföring till allmänheten och dess relevans på internet har EUD fastslagit att tillhandahållandet och administrationen av en plattform för fildelning online ansågs utgöra en överföring.⁷⁴ Administratörerna av

⁶⁸ C-527/15 *Stichting Brein*, p. 29.

⁶⁹ C-160/15 *GS Media*, p. 35.

⁷⁰ C-162/10 *Phonographic Performance Ireland*, p. 33.

⁷¹ C-306/05 *SGAE*, p. 45.

⁷² C-306/05 *SGAE*, p. 46-47.

⁷³ C-403/08 och C-429/08 *Football Association Premier League m.fl.*, p. 196-199.

⁷⁴ C-610/15 *Ziggo*, p. 39. Det finns flera exempel vad gäller överföring till allmänheten på internet, såsom tillhandahållande på webbplats utan tillstånd, C-161/17 *Renckhoff*, eller länkning som ger tillgång till skyddade verk utan rättsinnehavares tillstånd, C-160/15 *GS Media*.

plattformen ansågs inte endast tillhandahålla fysiska förutsättningar för en överföring, utan då administratörerna agerat med full kännedom om konsekvenserna av deras handlande och genom att ha katalogiserat torrentfiler på dess plattform ansågs en överföring till allmänheten ha skett.⁷⁵ Rättigheten överföring till allmänheten omfattar allmänt både tillhandahållanden on-demand, såsom när material finns tillgängligt på en webbsida, men även live-sändningar som sker över internet.⁷⁶

Den ekonomiska ensamrätten kan även överlåtas, med begränsning av den ideella rätten.⁷⁷ En överlåtelse av upphovsrätt kan göras genom avtalslicenser, något som kort nämns här för dess relevans för artikel 17 DSM-direktivet.⁷⁸ Nyttjande av ett verk följer i sådana fall av avtalet.

2.1.3 Den ideella rätten

Utöver den ekonomiska ensamrätten tillfaller även ideella rättigheter upphovsmannen. Enligt 1 kap. 3 § URL har upphovspersoner rätt till den så kallade namngivelse- och respekträtten. Namngivelsesrätten stadgar att en upphovsman skall angivas i den omfattning och på det sätt god sed kräver och respekträtten innebär att ett verk inte får ändras på sådant sätt att upphovsmannens anseende eller egenart kränks. Ideella rättigheter omfattas inte av InfoSoc-direktivet, utan regleras endast i enlighet med medlemsstaternas lagstiftning och bestämmelserna i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk och WIPO:s fördrag om upphovsrätt.⁷⁹

2.2 Inskränkningar i upphovsrätten

URL består även av ett stort antal inskränkningar i ensamrätten. I kontrast till upphovsmannens individuella intressen finns intressen som allmänheten och samhället har av att exempelvis fritt få utnyttja verk utan upphovsmannens

⁷⁵ C-610/15 *Ziggo*, p. 36.

⁷⁶ C-607/11 *TV Catchup*, p. 36.

⁷⁷ Se 3 kap. 27 § URL.

⁷⁸ Se 3 a kap. URL.

⁷⁹ Preamb. 19, InfoSoc-direktivet.

tillstånd.⁸⁰ Genom inskränkningar i upphovsrätten syftar lagstiftaren till att tillgodose intresseavvägningen mellan enskilda och allmänna intressen.⁸¹ Dessa finns framför allt i 2 kap. URL. Inskränkningsskatalogen innehåller exempelvis bestämmelser som tillåter framställningar av verk för privat bruk, framställningar av verk för undervisning, offentliga framföranden eller användning av citat.⁸² Enligt 2 kap. 11 § URL medför inskränkningarna inte någon rätt att frångå de ideella rättigheterna i 1 kap. 3 § URL. Utifrån uppsatsens syfte och användarperspektiv är inskränkningar som tillåter uppladdning av material på internet centralt, vilket specifikt regleras i artikel 17 genom bestämmelser om citat, kritik och recension samt parodi, karikatyr och pastisch. Innan dessa mer specifika inskränkningar behandlas ska något kort sägas om den internationella regleringen samt tolkningsmetoden för inskränkningar och undantag.

På EU-nivå regleras upphovsrättens inskränkningar i InfoSoc-direktivets artikel 5. Artikel 5 innehåller en uttömmande lista av de undantag och inskränkningar som får göras i upphovsmannens ensamrätt.⁸³ Inskränkningar i form av citat, kritik, parodi- och pastisch är exempel på de fakultativa inskränkningar som medlemsstater frivilligt får implementera i nationell upphovsrätt. Denna frivillighet i kombination med nationella värderingar har därför lett till en varierande grad av harmonisering av inskränkningsskatalogen. Som exempel kan nämnas Sveriges val att inte fullt ut implementera en inskränkning för parodier, en diskussion som återkommer senare i detta kapitel.

Men hur ska inskränkningar i ensamrätten tolkas och tillämpas? I förarbetet till införlivandet av InfoSoc-direktivet i svensk rätt uttalade regeringen att inskränkningar i ensamrätten ska tolkas restriktivt eftersom ensamrätten utgör förmögenhetstillgångar.⁸⁴ InfoSoc-direktivet innehåller även en särskild

⁸⁰ Olsson, Rosén (2019) Upphovsrättslagen, kommentar under rubriken ”2 kap. Inskränkningar i upphovsrätten - inledning”.

⁸¹ Prop. 2004/05:110 s. 83.

⁸² Se 2 kap. URL för inskränkningarna i upphovsrätten.

⁸³ Skäl 32 InfoSoc-direktivet.

⁸⁴ Prop. 2004/05:110 s. 83. Även EUD menar att inskränkningar ska tolkas restriktivt, då de är undantag från huvudregler, se C-5/08 *Infopaq*, p. 56.

bestämmelse som ska vara vägledande vid tolkningen av inskränkningarnas tillämplighet, den så kallade trestegsregeln.⁸⁵ Trestegsregeln återfinns även i den internationella upphovsrätten, se artikel 9.2 Bernkonventionen. Trestegsregeln har inte införlivats i svensk upphovsrätt men ska dock beaktas vid utformning av olika inskränkningar i upphovsrätten.⁸⁶ Trestegsregeln har ändå smugit sig in i svensk rätt, och Högsta domstolen (HD) har uttryckt att den kan utgöra en instruktion till domstolarna om hur olika inskränkningar bör tolkas i ett särskilt fall.⁸⁷ Med utgångspunkten ur inskränkningarnas restriktiva tolkning ska nu citaträtten och parodiundantaget presenteras. Dessa inskränkningar och undantag anses särskilt skyddsvärda under artikel 17 DSM-direktivet och särskilt fokus ska nu först och främst riktas citaträtten.

2.2.1 Citaträtten

Citaträtten i 2 kap. 22 § URL stadgar att var och en får citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet. Enligt förarbeten till URL anses inte citaträtten vara tillämplig på konstverk, utan gäller i princip endast på litterära och musikaliska verk.⁸⁸ Citat av konstverk regleras i stället i 2 kap. 23 § URL. Citat för användning i kritik och recensioner återfinns i artikel 5.3.d InfoSoc-direktivet. Vid implementeringen av InfoSoc-direktivet ansåg inte regeringen att någon ändring behövde införas i URL då den svenska citatregeln i kombination med 3 och 11 §§ URL (den ideella rätten) överensstämde med direktivets inskränkning.⁸⁹

Det finns vissa uppställda krav för att få utnyttja citaträtten i 22 § URL. En förutsättning för att få utnyttja citaträtten är att det citerade verket i sig är offentliggjort och tillgängligt för allmänheten enligt 1 kap. 8 § URL.⁹⁰ Det kan även generellt konstateras att vad gäller användningen av citat ska de i

⁸⁵ Se art. 5.5 InfoSoc-direktivet. Undantag och inskränkningar får bara tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen.

⁸⁶ Prop. 2004/05:110 s. 83 och prop. 1996/97:111 s. 23.

⁸⁷ NJA 2016 s. 212 p. 13. Se även exempelvis PMD B 7348–20.

⁸⁸ Prop. 1992/93:214 s. 77 samt SOU 1956:25 s. 201.

⁸⁹ Prop. 2004/05:110 s. 217.

⁹⁰ Ett verk kan offentliggöras med upphovsmannens samtycke eller med stöd av en inskränkning, se prop. 2004/05:110 s. 216.

första hand användas i syfte av ett eget arbete, eller såsom ett hjälpmedel i framställningen av ett eget arbete.⁹¹ Det citerade verket kan därför göras föremål för utläggning eller kritik, men citaträtten får inte åberopas om återgivningen av citatet inte fyller någon funktion i det självständiga arbetet.⁹² Förarbetet ger därför uttryck för en snäv tolkning av citaträtten, där verk inte fritt får citeras utan citaten ska fylla en funktion såsom i utläggning eller kritiksytten. Omfattningen av citatet får bedömas från fall till fall, där det endast ytterst sällan borde vara tillåtet att citera hela det upphovsrättsligt skyddade verket.⁹³ Forskare på området såsom Olsson och Rosén anser i sin kommentar till URL att citat även kan göras ur filmverk.⁹⁴ Citat ska återges i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet. Det innebär huvudsakligen att delar av verk endast får användas som hjälpmedel inom ramen för ett annat verk.⁹⁵ Tydliga exempel är när citat används för att kritisera, belysa eller understryka ett eget ställningstagande till det citerade.⁹⁶ Citaten ska vidare uppbära ett lojalt syfte.⁹⁷ Att endast citera stycken som förekommit i annans skyddade verk utan att kombinera dessa citat med ett eget syfte anses inte grunda någon rätt till citering av skyddade verk.⁹⁸ Citaträtten har även varit föremål för behandling i EUD. Enligt EUD är ett citats grundläggande kännetecken att ett verk, eller utdrag ur verk, används av någon som inte är upphovsmannen till verket för att poängtera ett uttalande, försvara en ståndpunkt eller göra det möjligt att förnuftsmässigt ställa verket mot användarens uttalanden.⁹⁹ Den som avser åberopa att ett citat ligger för handen måste därför ha som syfte att ingå en dialog med verket.¹⁰⁰

Vad gäller 2 kap. 23 § URL innehåller den bestämmelser om när offentliga konstverk får återges. De får återges i anslutning till texten i en vetenskaplig framställning som inte framställts i förvärvssyfte, i anslutning till en kritisk

⁹¹ SOU 1956:25 s. 199.

⁹² SOU 1956:25 s. 199.

⁹³ SOU 1956:25 s. 200.

⁹⁴ Olsson, Rosén (2019) Upphovsrättslagen – en kommentar, 22 § URL.

⁹⁵ Olsson, Rosén (2019) Upphovsrättslagen – en kommentar, 22 § URL.

⁹⁶ Olsson, Rosén (2019) Upphovsrättslagen – en kommentar, 22 § URL.

⁹⁷ Prop. 1960:17 s. 118.

⁹⁸ NJA 1996 s. 712.

⁹⁹ C-476/17 *Pelham*, p. 71.

¹⁰⁰ C-476/17 *Pelham*, p. 71.

text som inte är i digital form eller i en tidning eller tidskrift med en redogörelse för en dagshändelse. Dessa återgivelser får också endast ske i överensstämmelse med god sed liksom citaträtten i 22 § URL. Denna bestämmelse utvidgar dock citaträtten i 22 § URL något, även om bestämmelsen inte enbart berör citat, genom att inkludera vissa former av återgivelser av konstverk i kritiska syften. I lagtextens andra punkt föreskrivs dock att kritiska framställningar som återges av konstverk inte får ske i digital form, varför just denna inskränkingsbestämmelse har begränsad tillämpning i förhållande till artikel 17 och dess onlinemiljöer.

2.2.2 Parodiundantaget

Den svenska regleringen av parodier i upphovsrätten är minst sagt klurig och snårig. Sverige har ett relativt säreget hanteringssätt för parodier, samtidigt som EU har utvecklat praxis på området som skiljer sig från det svenska hanteringssättet, vilket bidragit till en oenhetlig praxis i svensk rätt. Behandlingen av parodier i svensk upphovsrätt har således varit föremål för stor debatt och en del huvudbry.

Det finns nämligen ingen lagstadgad inskränkning för parodier i 2 kap. URL. Det svenska så kallade parodiundantaget har baserats på äldre förarbeten till URL som ansåg att verk som är parodier eller travestier ska vara tillåtna av gammal hävd.¹⁰¹ Enligt samma förarbeten ansågs att parodier och travestier skulle anses vara självständiga verk och inte bearbetningar av det ursprungliga verket.¹⁰² Ett undantag för parodier finns därför i svensk rätt då en parodi av ett verk anses vara ett nytt och självständigt verk som faller utanför upphovsrätten till verksförlagan enligt 1 kap. 4 § 2 st. URL.¹⁰³ Bestämmelsens innebörd är att undanta sådana självständiga verk som skapats i fri anslutning till ett ursprungsverk. Bedömningen av ett verks nyhet och självständighet ska göras med samma utgångspunkt som i 1 § URL

¹⁰¹ SOU 1956:25 s. 124.

¹⁰² SOU 1956:25 s. 137. Utredningen kommenterar även det faktum att travestier har ett helt annat syfte än det ursprungliga verket vilket är avgörande i frågan om travestin är ett självständigt verk.

¹⁰³ Ficks (2015) s. 317.

(originalitet).¹⁰⁴ Som nämnt ovan föreskrivs undantag för parodier i InfoSoc-direktivets artikel 5.3.k, en inskränkning som var frivillig för medlemsstater att implementera i nationell rätt och som Sverige valde att inte införa i URL.

HD har utvecklat hur det svenska så kallade parodiundantaget bör tolkas enligt svensk upphovsrätt. Att parodier och travestier är att betrakta som självständiga verk bekräftades i NJA 1975 s. 679. I senare rättsfall placerades parodier utan större problem inom kategorin för nya och självständiga verk, där de också ansågs falla utanför upphovsrättsskyddet för originalverket.¹⁰⁵ HD tog också fasta vid att parodier är avsedda att skapa en ”komisk effekt som är helt främmande för originalverket”, såsom en fundamental utgångspunkt i själva syftet med parodier.¹⁰⁶ Huruvida en syftestolkning skulle vara bestämmande för ett upphovsrättsligt undantags tillämpning kritiserades i doktrin.¹⁰⁷ Ytterligare tillämpningssvårigheter av det svenska, traditionella, synsättet på parodier i upphovsrätten förstärktes efter EUD valde att ge begreppet en autonom tolkning som inte överensstämde med det svenska synsättet på parodier. En autonom tolkning avgör i princip begreppets innebörd även för nationella domstolar. Parodins väsentliga kännetecken är, enligt EUD, dels att den erinrar om ett existerande verk, samtidigt som den skiljer sig från detta verk, med ett förlöjligande eller humoristiskt syfte.¹⁰⁸ Parodin behöver inte uppvisa egen originalitet förutom att märkbart skilja sig från originalverket och kunna tillskrivas någon annan än upphovsmannen till originalverket.¹⁰⁹ Den autonoma EU-rättsliga tolkningen av begreppet slog alltså fast att en parodi inte behöver uppvisa originalitet, i kontrast till det svenska synsättet där parodier för att undantas enligt 1 kap. 4 § 2 st. URL bör vara självständiga, och därför uppfylla originalitetskravet.

I svensk rättspraxis har Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) försökt förtydliga hur denna potentiella konflikt kan lösas. PMÖD bekräftade i målet

¹⁰⁴ Se PMÖD B 12315-20, samt NJA 2017 s. 75 ”Svenska syndabocker” p. 10.

¹⁰⁵ NJA 2005 s. 905.

¹⁰⁶ NJA 2005 s. 905.

¹⁰⁷ Ficks (2015) s. 317.

¹⁰⁸ C-201/13 *Deckmyn*, p. 33

¹⁰⁹ C-201/13 *Deckmyn*, p. 33.

”Mobilfilmen” att det står klart att Sverige har ett parodiundantag, men att det måste tolkas konformt med EU-rätten.¹¹⁰ I det aktuella målet ansågs parodin inte uppfylla kravet på originalitet enligt det svenska synsättet på parodier, och därmed vara ett nytt och självständigt verk, men med en EU-konform tolkning ansågs ändå parodin undantagen upphovsrätten till originalverket.¹¹¹ Rosén kommenterade rättsfallet och berömde patent- och marknadsdomstolens analys av det svenska parodiundantaget, men menade att tolkningen var långtifrån given och att ett genomarbetat prejudikat från HD kunde klargöra rättsläget.¹¹² HD resonerade dock inte överhuvudtaget kring parodiundantaget.¹¹³

I det senare målet ”En svensk tiger”, rörande intrång i upphovsrätt och åtal för upphovsrättsbrott, tillämpade dock patent- och marknadsöverdomstolen 1 kap. 4 § 2 st. URL före det eventuella EU-konforma parodiundantaget etablerat av EUD.¹¹⁴ Domstolen fann att inga utav avbildningarna från originalverket ”En svensk tiger” gjorde upphovsrättsligt intrång då verken var originella och nya och självständiga verk.¹¹⁵ Domstolen öppnade således återigen upp dörren för det traditionella synsättet för behandling av ”parodier” i svensk upphovsrätt och fortsatte inte tillämpningen av det EU-konforma parodiundantaget. Avbildningarna av ”En svensk tiger” föll under bedömningen av nya och självständiga verk, trots att domstolen betraktade dem som ”parodier”.¹¹⁶ Frågan bör då kunna ställas – behöver de nya och självständiga verken klassificeras som parodier överhuvudtaget? Troligen inte, utan endast nya och självständiga verk. Parodier tycks i vilket fall numera behandlas på två olika sätt enligt svensk rättspraxis, beroende på om de anses vara originella verk eller inte.

Det går att konstatera att det så kallade svenska ”parodiundantaget” fortfarande existerar, enligt PMÖD:s senaste praxis på området. Det existerar

¹¹⁰ PMÖD T 1473-18, s. 23.

¹¹¹ PMÖD T 1473-18, s. 24.

¹¹² Rosén (2019) *Informationsfrihet eller respekt för upphovsrätten – järnrörsfilmen redo för Högsta domstolens prövning*, NIR.

¹¹³ NJA 2020 s. 293 ”Mobilfilmen”.

¹¹⁴ PMÖD B 12315-20, s. 12.

¹¹⁵ PMÖD B 12315-20, s. 17.

¹¹⁶ PMÖD B 12315-20, s. 15.

även en differentierad definition av begreppet på EU-nivå, som kan tillämpas i svensk rätt, i de fall en parodi inte uppvisar egen originalitet enligt ”Mobilfilmen”. Parodier erhåller således en skyddsnivå i svensk rätt trots att någon inskränkning inte uttryckligen är lagstadgad i 2 kap. URL.

2.3 Slutsatser

Kapitlet har presenterat en kort bakgrund och introduktion till det svenska upphovsrättsliga systemet och dess koppling till InfoSoc-direktivet. Introduktionen har också presenterat flera grundläggande intressekonflikter i balansen mellan enskilda och samhälleliga intressen. Dessa normkonflikter löses i stort sett internt i upphovsrättslagstiftningen, med ett ensamrättssystem i kombination med föreskrivna undantag och inskränkningar i ensamrätten för att tillgodose samhälleliga behov. Huruvida den interna balanseringslösningen är fullständigt framgångsrik i alla lägen är tveksam och uppsatsen sparar en del av den diskussionen till dess fjärde kapitel. Syftet med att belysa och analysera inskränkningarna för citat och parodier inom upphovsrätten har varit för att poängtera deras användarvänlighet i en upphovsrättslig onlinemiljö. De spelar också en viktig roll i intresseavvägningen i artikel 17 DSM-direktivet då dessa inskränkningar ska obligatoriskt implementeras och anses särskilt skyddsvärda genom en exklusiv reglering i artikel 17.7 DSM-direktivet.

Det föreligger dock en del frågetecken kring den obligatoriska implementeringen av DSM-direktivets parodiundantag på grund av parodins snåriga ställning i svensk upphovsrätt. Svensk rätt innehåller sedan innan i princip två olika hanteringssätt av parodier. Parodier kan anses vara originella och självständiga verk och även anses undantagna enligt EU:s autonoma parodidefinition enligt en annan bedömningsgrund. Efter implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet kommer där för första gången i svensk upphovsrätt uttryckas en inskränkning för parodiverk överhuvudtaget, men inte i 2 kap. URL med ett generellt tillämpningsområde. Kommissionen har uttalat att undantagen som följer av artikel 17 bör betraktas som autonoma begrepp i EU-lagstiftningen men då de inte definieras i InfoSoc-direktivet ska begreppens innebörd avgöras med hänsyn till dess normala innebörd på

vardagsspråket.¹¹⁷ Rosati menar dock att undantagen bör tolkas såsom de är uttryckta i InfoSoc-direktivet och ska tillämpas med hjälp av trestegsregeln i artikel 5.5 InfoSoc-direktivet.¹¹⁸ Vad innebär då denna vägledning för svensk rätts vidkommande? Och hur ska parodier i onlinemiljöer, som måste tillåtas, bedömas för att uppfylla kravet på att vara en parodi? Att endast tolka begreppet parodi från dess vardagliga betydelse lär leda till ett vidare kvalifikationsutrymme. Om parodier motsatsvis ska bedömas utifrån kravet på nya och självständiga verk lär kvalifikationsgraden bli högre, då parodierna även ska vara originella verk. Troligen lär parodier under DSM-direktivet tolkas utifrån begreppets betydelse i InfoSoc-direktivet, såsom Rosati påpekar, och därmed den autonoma tolkningen EUD presenterat i *Deckmyn*. En sådan tolkning lär vara fördelaktig för användare då tröskeln för att utnyttja parodiundantaget blir lägre.

Utan att gå händelserna i förväg bör det nämnas att det slutgiltiga ansvaret under artikel 17 DSM-direktivet för tillåtandet av laglig användning på tjänsteleverantörens tjänst faller på tjänsteleverantören. Liksom att tjänsteleverantören ska förhindra att intrång sker på dess tjänster ska tjänsteleverantören säkerställa laglig uppladdning av innehåll, användning som exempelvis faller in under ett parodiundantag. Hur ska då tjänsteleverantören, eller dennes algoritmiska filtrering, orientera sig i den snåriga parodiregleringen utan juridisk hjälp? Det vore att föredra om svensk praxis innehöll en enhetlig definition och tillämpning av begreppet parodi för att underlätta detta ansvar.

¹¹⁷ COM(2021) 288 final, s. 19-20.

¹¹⁸ Rosati (2021) *Copyright in the Digital Single Market – Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, s. 353.

3 Teoretiska utgångspunkter för artikel 17 DSM-direktivet

Kapitel tre ska diskutera artikel 17 DSM-direktivet utifrån dess tillkomst, dess syfte och dess teoretiska utgångspunkter. Med beaktande av bakgrunden presenterad i kapitel två ska vidare samspelet mellan skyddet för upphovsrätt och inskränkningarna i upphovsrätten diskuteras, men utifrån ramarna av artikel 17. En del rättspraxis från EUD ska också diskuteras, som lägligt nog etablerade att upphovsrättsligt ansvar kan utdömas för tjänsteleverantörer redan under den tidigare e-handelsregleringen som DSM-direktivet nu till stor del ersätter. Praxisen är ändå aktuell, då DSM-direktivet undantar vissa mindre aktörer från dess tillämpningsområde. Slutligen diskuteras den juridiska debattens främsta farhåga kring artikel 17. Finns där en påtaglig risk för överblockering och har användaren åsidosatts i den nya ansvarsregleringen?

3.1 Direktivets tillkomst

DSM-direktivet antogs redan den 17 april 2019.¹¹⁹ Syftet med direktivet är att ytterligare harmonisera den unionsrätt som är tillämplig på upphovsrätt och dess närstående rättigheter i den digitala inre marknaden, med särskild hänsyn till digital och gränsöverskridande användning av skyddat innehåll.¹²⁰ Onlinetjänster för delning av innehåll ger en bred rad användare tillgång till enorma mängder upphovsrättsligt skyddat innehåll. Direktivet har därför i uppgift att reda ut det rättsliga ansvar som tillfaller sådana tjänsteleverantörer som ägnar sig åt upphovsrättsligt relevanta handlingar. DSM-direktivet har därför som ett av sina huvudsyften att tackla problematiken genom att främja

¹¹⁹ Dir. 2019/790/EU.

¹²⁰ Artikel 1, DSM-direktivet.

och utveckla licensmarknaden mellan rättsinnehavare och tjänsteleverantörer.¹²¹

En av anledningarna till artikel 17-reformen var för att tackla det så kallade ”value gap”, eller intäktsgap, som uppstod när digitala onlinetjänster genererade stora intäkter från utnyttjandet av annars upphovsrättsligt skyddade verk i förhållande till de intäkter rättsinnehavare genererade från användandet.¹²² En pådrivande faktor i lagstiftningsprocessen har exempelvis varit musikindustrins klagomål riktade mot tjänsteleverantörer såsom Youtube med grunden att Youtube underkompenserar industrin för användningen av musik på plattformen.¹²³ Vissa menar därför att DSM-direktivets artikel 17 till stor del är färgad av lobbyism från stora rättighetsorganisationer.¹²⁴ Uppsatsen återkommer till frågan om detta intäktsgap i kapitel 4 och en del kritik riktad mot förekomsten av gapet överhuvudtaget.

En del av ansvarsregleringen i artikel 17 utgår från det faktum att tjänsteleverantörer online ska förhindra att skyddat innehåll görs tillgängligt på deras tjänster.¹²⁵ Denna skyldighet är en av anledningarna till den kontrovers artikel 17 DSM-direktivet skapat i media och juridisk doktrin. Debatten har centrerats kring frågan: skulle direktivet begränsa internet för användarna och skulle rättsinnehavare äntligen få de ersättningar de ansåg sig ha rätt till?¹²⁶ Då den snabba tekniska utvecklingen, framförallt på internet, förändrar det sätt verk och andra upphovsrättsligt skyddade alster skapas, produceras och distribueras måste relevant lagstiftning vara framtidssäkrad för att inte begränsa den tekniska utvecklingen.¹²⁷ Trots kommissionens vilja att harmonisera en enda digital inre marknad kommer troligen direktivet att implementeras på olika sätt inom EU, då medlemsstater vid implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet så smått rört sig i olika

¹²¹ Preamb. 61, DSM-direktivet.

¹²² Rosati (2022) *From the early days of harmonization to the DSM Directive 2019/790: continuity and complexity of the EU copyright framework*, s. 11.

¹²³ Bridy (2020) s. 325 f.

¹²⁴ Bridy (2020) s. 326.

¹²⁵ Se artikel 17.4 a-c DSM-direktivet. Dessa skyldigheter redogörs för i delkapitel 3.2.2.

¹²⁶ Shapiro, Hansson (2019) s. 404.

¹²⁷ Preamb. 3, DSM-direktivet.

riktningar.¹²⁸ Vissa medlemsstater, såsom Spanien och Italien, har i sin implementering valt att prioritera rättsinnehavare genom att tillåta otillgängliggörandet av användaruppladdat material under en klagomålsprövning, vilket innebär att användarrättigheter måste tillförsäkras *ex post* genom klagomål.¹²⁹ Å andra sidan har exempelvis Tyskland och Österrike valt en annan strategi som bygger på ett *ex ante* skydd, där användaruppladdat material som förhåller sig till vissa kvantitativa trösklar inte tillåts blockeras.¹³⁰

3.2 Hur såg det ut innan DSM-direktivet?

Innan DSM-direktivets artikel 17 reglerades ansvar för tjänsteleverantörer på internet genom e-handelsdirektivet.¹³¹ Enligt artikel 14.1 e-handelsdirektivet ansågs en tjänsteleverantör som lagrar information som tillhandahålls av en tjänstemottagare inte vara ansvarig för informationen som lagrats på begäran av en tjänstemottagare under vissa särskilda förhållanden. Artikel 14 e-handelsdirektivet utgjorde ett så kallat ”safe-harbour” för tjänsteleverantörer som agerar ”värd” för material på internet.¹³² För att en tjänsteleverantör skulle undgå ansvar för det innehåll som var tillgängligt på tjänsten krävdes att tjänsteleverantören inte hade kännedom om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information på tjänsten samt att tjänsteleverantören så snart denne fått kännedom om detta material handlat utan dröjsmål för att plocka bort informationen.¹³³ Tjänsteleverantörer som agerade som ”värd” för information fick därmed skyldigheter att ta ner samt blockera otillåtet material från deras tjänster under ett system av ”notice and takedown”.¹³⁴

¹²⁸ Rosati (2022) *From the early days of harmonization to the DSM Directive 2019/790: continuity and complexity of the EU copyright framework*, s. 11.

¹²⁹ Keller (2022) *Article 17, the year in review (2021 edition)*, Kluwer Copyright Blog.

¹³⁰ Ibid. Trösklar kan exempelvis bestå av visst antal sekunder som material används.

¹³¹ Dir. 2000/31/EG. E-handelsdirektivet gäller fortfarande men undantas av de fall som numera täcks av artikel 17 DSM-direktivet.

¹³² Hoboken, Quintais, m.fl. (2019) *Hosting intermediary services and illegal content online: an analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape: final report*, s. 8.

¹³³ Se artikel 14.1 a-b e-handelsdirektivet.

¹³⁴ Madiega (2020) s. 3.

E-handelsdirektivet specificerar dock inte exakt vad som utgör ”olaglig verksamhet” eller ”olaglig information” på en tjänsteleverantörs hemsida.¹³⁵ Regleringen utifrån E-handelsdirektivet haltar även i förhållande till upphovsrätten. Det kan exempelvis vara svårt att avgöra när en viss inskränkning är tillämplig utifrån E-handelsdirektivets funktionssätt. Praxis från EUD utvecklade kravet på ansvarsfrihet utifrån frågan hur neutral och passiv eller aktiv en tjänsteleverantör var i förhållande till skyldigheterna under artikel 14 e-handelsdirektivet.¹³⁶ För att bedöma ansvarsfriheten är det vägvisande om exempelvis verksamheten är av en rent teknisk, automatisk eller därför ”passiv” natur. Det kan innebära att tjänsteleverantören inte har kännedom om de uppgifter denne lagrar.¹³⁷

Kritiker har påstått att regleringen i e-handelsdirektivet har flera brister som kräver reformarbete.¹³⁸ Kritiken har framförallt varit riktad mot det faktum att det är oklart vad som innebär ”olaglig verksamhet” samtidigt som begreppen ”neutral” eller ”aktiv” har varit för vaga för att på ett rättssäkert sätt efterleva regleringen.¹³⁹ Systemet kring ”notice and takedown” har även skiljt sig från olika medlemsstaters implementering av direktivet, vilket leder till en osammanhängande och oklar reglering av ansvar för tjänsteleverantörer på internet.¹⁴⁰ Omfånget av e-handelsdirektivets ”olaglig verksamhet” täcker troligen en stor variation av olagligt material, såsom upphovsrätt, varumärkesrätt, förtal, terrorism och hets mot folkgrupp.¹⁴¹ På så vis är e-handelsdirektivet, trots dess kritiserade punkter, en mer heltäckande reglering för tjänsteleverantörers ansvar för innehåll på deras tjänster än vad exempelvis artikel 17 DSM-direktivet är.

Ytterligare en viktig skillnad mellan ansvarsregleringen under artikel 14 e-handelsdirektivet och artikel 17 DSM-direktivet gäller tjänsteleverantörens passiva eller aktiva roll. Ansvarsfriheten i artikel 17.4 DSM-direktivet bygger

¹³⁵ Madiaga (2020) s. 5.

¹³⁶ Se C-236/08, C-237/08, C-238/08 *Google France*.

¹³⁷ C-236/08 *Google France* p. 114-120.

¹³⁸ Madiaga (2020) s. 5 f.

¹³⁹ *Ibid.* s. 5.

¹⁴⁰ *Ibid.* s. 6.

¹⁴¹ *Ibid.* s. 10.

på tjänsteleverantörens aktivitet i att göra vad de kan för att erhålla tillstånd som innefattar en överföring till allmänheten, alternativt aktivt förhindra att en sådan överföring sker på tjänsten.¹⁴² E-handelsdirektivet byggde istället på frågan om tjänsteleverantören hade kunskap om att viss olaglig aktivitet förekom på tjänsten.¹⁴³ Artikel 17 DSM-direktivet är en särskilt konstruerad upphovsrättslig ansvarsmekanism som snarare bygger på om en tjänsteleverantör är aktiv i strävan efter tillstånd eller aktiv i att förhindra åtkomsten till visst material, tillskillnad från att vilja förhålla sig passiv i frågan om att införskaffa sig kunskap.¹⁴⁴

Det ska i sammanhanget nämnas att omfattande reglering på området är på ingång från EU. Kommissionen har röstat igenom deras så kallade ”Digital Service Package” som innehåller två förordningar, däribland ”Digital Service Act” (DSA) som ämnar ersätta E-handelsdirektivet.¹⁴⁵ Uppsatsens huvudfokus ligger inte på förgreningarna av denna rättsakt men vill förtydliga att det händer mycket på området för ansvar på digitala tjänster.

3.2.1 Upphovsrättsligt ansvar under E-handelsdirektivet?

EUD slog den 22 juni 2021 fast att tjänsteleverantörer kan bli ansvariga för en överföring till allmänheten av upphovsrättsligt skyddade verk under e-handelsdirektivet i målet *Youtube och Cyando*.¹⁴⁶ Bakgrunden till målet var att en musikproducent och rättsinnehavare ansåg att YouTube tillhandahöll inspelningar av de musikaliska verk producenten hade ensamrätt till. Musikproducenten yrkade på att dessa inspelningar skulle plockas bort från tjänsten och att YouTube skulle anses skadeståndsskyldiga.¹⁴⁷

Domstolen konstaterade att videodelningsplattformar inte utför en överföring till allmänheten enligt artikel 3 InfoSoc-direktivet endast genom

¹⁴² Marušić (2022) s. 289.

¹⁴³ Ibid. s. 289.

¹⁴⁴ Ibid. s. 289.

¹⁴⁵ Europeiska kommissionens förslag till förordning om en inre marknad för digitala tjänster och om ändring av direktiv 2000/31/EG, COM(2020) 825 final.

¹⁴⁶ C-682/18 och C-683/18 *Youtube och Cyando*.

¹⁴⁷ C-682/18 och C-683/18 *Youtube och Cyando*, p. 20-22.

tillhandahållandet av deras plattform för användare. Under vissa förhållanden kan dock tjänsteleverantören bli ansvarig för överföring till allmänheten av verk som sprids på dess tjänst. Exempelvis blir så fallet om tjänsteleverantören aktivt bidrar till att ge allmänheten tillgång till sådant innehåll som innebär ett intrång i upphovsrätten.¹⁴⁸ Det kan även föreligga ansvar om tjänsteleverantören känner till ett olagligt tillgängliggörande av ett upphovsrättsligt skyddat verk och tjänsteleverantören inte skyndsamt plockar bort åtkomsten till detta material.¹⁴⁹ Detsamma gäller ifall tjänsteleverantören vet om att skyddat material ofta tillgängliggörs på hemsidan och tjänsteleverantören inte implementerar lämpliga tekniska åtgärder, som en normalt aktsam tjänsteleverantör förväntas göra, för att motverka intrång i upphovsrätt på onlineplattformen.¹⁵⁰ Det föreligger således ett krav på aktivitet från tjänsteleverantören, eller underlåtenhet till viss aktivitet, eller vetskap om intrång för att ansvar ska aktualiseras utifrån en olovlig överföring till allmänheten. Så blir fallet om en tjänsteleverantör avstår från att blockera åtkomst till visst innehåll denne vet är upphovsrättsligt intrång.¹⁵¹ Ifall en domstol anser en plattform vara ansvarig för en överföring till allmänheten enligt artikel 3 InfoSoc-direktivet enligt ovan, kan den berörda operatören inte åberopa artikel 14.1 e-handelsdirektivet såsom ett undantag för en värdtjänst.¹⁵² En videoplattform eller en plattform för fillagring omfattas av tillämpningsområdet för ansvarsfrihet under artikel 14.1 e-handelsdirektivet om operatören inte spelar en aktiv roll som ger operatören kännedom om och kontroll över innehållet som laddas upp på tjänsten.¹⁵³ Det beaktades även att YouTube åtagit flera åtgärder för att minimera risken för att upphovsrättsligt intrångsgörande material sprids på dess tjänst samtidigt som YouTube affärsmodell inte på något sätt bygger på spridningen av olagligt material.¹⁵⁴ Domstolens slutsatser i målet lutade mot att varken YouTube eller Cyando ägnat sig åt någon överföring till allmänheten, även

¹⁴⁸ C-682/18 och C-683/18 *Youtube och Cyando*, p. 102.

¹⁴⁹ Prop. 2021/22:278 s. 103.

¹⁵⁰ Prop. 2021/22:278 s. 103.

¹⁵¹ C-682/18 och C-683/18 *Youtube och Cyando*, p. 102.

¹⁵² C-682/18 och C-683/18 *Youtube och Cyando*, p. 107.

¹⁵³ C-682/18 och C-683/18 *Youtube och Cyando*, p. 118.

¹⁵⁴ C-682/18 och C-683/18 *Youtube och Cyando*, p. 93–96.

om domstolen lämnar den bedömningen till den nationella domstolen.¹⁵⁵ Rättsfallet lär fortsatt ha bäring i fråga om primärt ansvar för tjänsteleverantörer även efter artikel 17 DSM-direktivet, då artikel 17 DSM-direktivets definition av tjänsteleverantörer undantar vissa mindre plattformar som därmed omfattas av e-handelsdirektivet.¹⁵⁶ Med det sagt tar således DSM-direktivet sin plats framöver för att förhoppningsvis klarlägga och harmonisera det primära ansvaret för tjänsteleverantörer när det gäller den snävare frågan om överföringen av upphovsrättsligt skyddade verk på internet. Artikel 14 e-handelsdirektivet gäller fortfarande, men inte i de fall som numera täcks av artikel 17 DSM-direktivet.¹⁵⁷

3.3 Artikel 17 DSM-direktivet

3.3.1 Definitionen av aktör och det upphovsrättsliga ansvaret

Artikel 17 reglerar ansvar för ”tjänsteleverantörer”. Enligt DSM-direktivets artikel 2 p. 6 definieras tjänsteleverantörer såsom 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 och som leverantören ordnar och marknadsför i vinstsyfte.¹⁵⁸ Vad som anses vara ”en stor mängd upphovsrättsskyddade verk” definieras inte i direktivet. Bedömningen om vad som utgör en stor mängd sådant material ska dock bedömas i varje enskilt fall och beakta faktorer såsom omfattning av publik och omfattning av mängd filer som laddas upp av användare.¹⁵⁹ Tjänsteleverantörer som inte agerar i vinstsyfte, såsom exempelvis Wikipedia, är således undantagna direktivets omfång. Enligt

¹⁵⁵ Reda, Selinger (2021) *YouTube/Cyando – an important ruling for platform liability - Part 1*, Kluwer Copyright Blog.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Se artikel 17.3 DSM-direktivet.

¹⁵⁸ På engelska benämns tjänsteleverantören såsom en ”online content-sharing service provider” (OCSSP).

¹⁵⁹ Rosati (2021) *Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790*, s. 319. Se även skäl 63 DSM-direktivet.

artikel 17.6 DSM-direktivet är dessutom nya tjänsteleverantörer delvis undantagna vars tjänster har varit tillgängliga i mindre än 3 år och vars årsomsättning är lägre än 10 miljoner EUR. Av rättssäkerhetsskäl uppmanar kommissionen medlemsstaterna att uttryckligen definiera relevanta aktörer i lagstiftning.¹⁶⁰

Artikel 17.1 föreskriver att en tjänsteleverantör av delningstjänster vid tillämpningen av DSM-direktivet vidtar en åtgärd som innebär en överföring till eller ett tillgängliggörande för allmänheten när tjänsten ger allmänheten tillgång till upphovsrättsligt skyddade verk. Därför ska en tjänsteleverantör av delningstjänster erhålla tillstånd av de rättsinnehavare som innehar ensamrätt över verket för att få överföra verket till allmänheten. Den presumtion om att tjänsteleverantörer av delningstjänster vidtar åtgärder som innebär ett tillgängliggörande för allmänheten anses inte innebära en ny tolkning eller definition av begreppet ”överföring till allmänheten”, utan korresponderar med definitionen i artikel 3 InfoSoc-direktivet.¹⁶¹ Den inrättar inte en ny rättighet utan är en specifik reglering av överföring till allmänheten under de former som direktivet beskriver.¹⁶²

3.3.2 Risken för överblockering och hotet mot yttrandefriheten

Artikel 17.1 2 st. DSM-direktivet uttrycker indirekt licenseringssyftet med artikel 17. Tjänsteleverantörer uppmanas att erhålla tillstånd från rättsinnehavare för att överföra verk till allmänheten. Artikel 17.2 föreskriver att ett tillstånd mellan en tjänsteleverantör och rättsinnehavare ska omfatta åtgärder av överföring av verket till allmänheten. I de fall då en tjänsteleverantör av delningstjänster *inte* har erhållit ett tillstånd ska tjänsteleverantören ansvara för otillåten överföring av upphovsrättsligt skyddade verk under bestämmelserna om tillgängliggörande för allmänheten enligt artikel 17.4. Tjänsteleverantören kan undgå ansvar genom att uppfylla

¹⁶⁰ COM (2021) 288 final, III, avsnitt 3, s. 4.

¹⁶¹ Rosati (2021) *Copyright in the Digital Single Market – Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, s. 328.

¹⁶² COM(2021) 288 final, III, avsnitt 2, s. 2.

de kumulativa rekvisiten i artikel 17.4 a-c. Dessa innebär att tjänsteleverantören ska ha gjort vad de kunnat för att erhålla ett tillstånd, har gjort vad de kunnat för att säkerställa att specifika verk *inte är tillgängliga* på tjänsten efter erhållen information från rättsinnehavare och ha agerat snabbt för att omöjliggöra tillkomst till specifika verk som rättsinnehavare förvarnat om. Bedömningen ska göras med ledning av proportionalitetsprincipen, se artikel 17.5. Artikel 17.4 innehåller således ett antal ”best efforts”-klausuler och en ny ”safe harbour” för ansvarsfrihet till tjänsteleverantörer.

Direktivets mest kontroversiella punkter följer av artikel 17.4 b-c. Regleringens konsekvenser för yttrandefriheten blev flitigt diskuterat och föranledde även ett mål i EUD där Polen yrkade på ogiltigförklaring av bestämmelserna på grunden att de begränsade de grundläggande informations- och yttrandefriheterna i EU-stadgan.¹⁶³ Kritiken från juridisk doktrin har främst rört det faktum att artikel 17.4 DSM-direktivet i praktiken innebär att tjänsteleverantörer måste introducera tekniska och algoritmiska tjänster som ”filtrerar” innehåll som laddas upp på tjänsten.¹⁶⁴ Kritiker menar att sådana tjänster i princip blir nödvändiga för att tjänsteleverantörer ska uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 17.4 b, då de ansvarar för att säkerställa att specifika verk *inte är tillgängliga* på deras plattformar efter underrättelser från rättsinnehavare.¹⁶⁵ Det andra ledet i denna kritik grundar sig sedan i att sådana digitala lösningar troligen inte kommer lyckas identifiera sådant material som är lovligt material enligt DSM-direktivet eller undantaget till förmån för användare.¹⁶⁶

Ytterligare kritik gentemot artikel 17.4 DSM-direktivet har riktats mot det faktum att regleringen är uttryckt i form av ”best-effort” klausuler. Syftet med formuleringen är att skapa en flexibel lagstiftning kring specifika rättsförhållanden.¹⁶⁷ En flexibel lagstiftning, menar Schwemer, kommer dock på bekostnad av rättssäkerheten i skyldigheternas innebörd.¹⁶⁸ Som exempel

¹⁶³ Diskussion om rättsfallet följer i kapitel 4.1.1.

¹⁶⁴ Schwemer (2020) s. 426.

¹⁶⁵ Ibid. s. 426.

¹⁶⁶ Ibid. s. 426-427.

¹⁶⁷ Ibid. s. 418.

¹⁶⁸ Ibid. s. 418.

kan nämnas att översättningarna i de officiella språkversionerna av direktivet fluktuerat från ”best efforts” på engelska, till ”greatest efforts” i den italienska och ”all efforts” i den tyska.¹⁶⁹ Denna otydlighet pekar på att rekvisiten i artikel 17.4 kan få smått olika innebörder i olika medlemsstaters lagstiftning. Hur strängt ska då dessa rekvisit tolkas? En restriktiv tolkning av begreppen leder onekligen till en smalare flexibilitet för användare då tjänsteleverantörer måste göra mer för att åtnjuta ansvarsfrihet. När det gränslandet blir större lär tjänsteleverantören snarare blockera än tillåta material för att undgå ansvar. Sådana tolkningsfrågor får slutligen avgöras av EUD. Licensieringssyftet i artikel 17 förutsätter även ett antal etablerade förhållanden. Det förutsätter att rättsinnehavare kan identifieras samtidigt som individuella eller kollektiva licenser för tjänsteleverantörer är tillgängliga att ta del av.¹⁷⁰ Det ställs således krav på medlemsstaternas licenslagstiftning inom upphovsrätten, särskilt för rättsinnehavare med en smalare rättighetskatalog, för att artikel 17 överhuvudtaget ska kunna tillämpas framgångsrikt.¹⁷¹

3.3.3 Användarrättigheter och inskränkningar

Artikel 17.7 föreskriver obligatoriska inskränkningar till förmån för användare. Tjänsteleverantörer ska inte hindra tillgång till verk som inte gör intrång i upphovsrätt. Medlemsstaterna ska säkerställa att undantag i form av citat, kritik eller recension samt karikatyr, parodi och pastischer tillåts tillgängliggöras utan intrång i upphovsrätt. De tidigare, enligt artikel 5 InfoSoc-direktivet, frivilligt implementeringsbara inskränkningarna i upphovsrätten blir nu tvingande för implementering.¹⁷²

Den obligatoriska implementeringen av dessa undantag är begränsad till användning under artikel 17 DSM-direktivet och därmed material skapat av en användare för tillgängliggörande på internet hos en tjänsteleverantör.¹⁷³ Artikel 17.7 etablerar således minimi-rättigheter för användare på internet

¹⁶⁹ Schwemer (2020) s. 418.

¹⁷⁰ Leistner (2020) s. 12.

¹⁷¹ Ibid. s. 12.

¹⁷² Ibid. s. 37.

¹⁷³ Rosati (2021) *Copyright in the Digital Single Market – Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, s. 345.

med inskränkningar som inte kan avtalas bort.¹⁷⁴ EUD har dessutom konstaterat att undantag och inskränkningar i upphovsrätten innebär just *rättigheter* till förmån för användare av skyddade verk och är en skälig avvägning mellan upphovsrättens olika intressen.¹⁷⁵ Artikel 17.7 använder dock inte begreppet rättighet, eller användarrättighet, vid uppräknningen av de undantag och inskränkningar som ska vara obligatoriskt implementerade.¹⁷⁶ Tjänsteleverantören omfattas dock av ett resultatkrav i förhållande till användarrättigheterna, då tjänsteleverantören ska se till att laglig användning inte hindras på deras tjänster. Resultatkravet kan ställas i relation till ”best-efforts”-kraven i artikel 17.4 och den rättsliga hierarkin bestämmelserna sinsemellan är fundamental för intresseavvägningen mellan användare och rättsinnehavare.

3.4 Slutsatser

Artikel 17 DSM-direktivet är uppsprunget ur kölvattnet av den ”gamla” ansvarsregleringen under E-handelsdirektivet och tar sikte på att utveckla den specifika situationen av upphovsrättsligt ansvar på internet. EUD konstaterade genom domen *Youtube och Cyando* att upphovsrättsligt ansvar kan utkrävas genom E-handelsdirektivet men nu undantar artikel 17 dess tillämpningsområde för tjänsteleverantörer av viss storlek.

Det för uppsatsen mest centrala inom DSM-direktivets reglering är frågan om hur väl olika intressen lyckas balanseras och avvägas gentemot varandra. Artikel 17 stärker utan tvekan rättsinnehavarens ställning på marknaden, och utifrån ett marknadsperspektiv lär regleringen leda till fler licensavtal parterna sinsemellan. Direktivet ställer även stora krav på kollektiva licensaktörer eftersom tjänsteleverantörer behöver tackla sätt att enkelt knyta sig an till mindre rättsinnehavare och vice versa. Artikel 17 innehåller bestämmelser riktade åt tjänsteleverantörer, användare och rättsinnehavare vilket innebär att intresseavvägningen sker internt i artikelns utformning. Den

¹⁷⁴ Leistner (2020) s. 37.

¹⁷⁵ C-516/17 *Spiegel Online*, p. 54-55, C-469/17 *Funke Medien*, p. 70.

¹⁷⁶ Rosati (2021) *Copyright in the Digital Single Market – Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, s. 346.

interna balansen mellan olika intressen syns framför allt på samspelet mellan tjänsteleverantörens krav för ansvarsfrihet i kombination med artikel 17.7 som skyddar användare.

Den stora farhågan som föranlett kontroverser rör tjänsteleverantörens ansvar att tillgodose rättsinnehavaren i artikel 17.4 DSM-direktivet. Tjänsteleverantörens ”best effort”-klausuler innebär att tjänsteleverantören ska göra det som skäligen kan krävas av denne för att undvika förekomsten av intrångsgörande material på dess tjänster. Formuleringen av sådana krav i formatet ”best efforts” är juridiskt tekniska och leder troligen till smått differentierande implementeringsförslag från olika medlemsstater. Med tanke på den stora mängd material som dagligen laddas upp hos dessa tjänsteleverantörer ställer bestämmelsen i praktiken även ett krav på filtrerings- och igenkänningstekniker då tjänsteleverantören ska förhindra tillgång till sådant material som rättsinnehavare förvarnat tjänsteleverantören om. Tjänsteleverantören har samtidigt ett resultatkrav i att inte blockera tillgång till lovligt material, sådant som faller under ett undantag eller en inskränkning och ska skydda användaren. Den tillgängliga filtreringstekniken kan troligen inte göra en sådan bedömning på egen hand, en fråga som diskuteras vidare i nästa kapitel, vilket innebär att det måste etableras ett effektivt arbetssätt hos tjänsteleverantören som går utöver tekniska hjälpmedel. En filtrering i kombination med en mänsklig granskning är möjligen ett exempel på en sådan arbetsordning.

Ur ett användarperspektiv kan det anmärkas på att artikel 17 ska tillförsäkra användaren ett antal inskränkningar och undantag för att balansera den andra sidan av myntet, yttrandefriheten för användare på internet. Inskränkningar för citat, kritik, recension, parodi, karikatyr och pastisch ska obligatoriskt implementeras i medlemsstaterna och innebär en garanti. Det ska även finnas en effektiv klagomålsmekanism som kan utnyttjas av användare när innehåll har blockerats eller avlägsnats av en tjänsteleverantör. Det är fundamentalt för användarperspektivet att en sådan klagomålsmekanism införs i nationella rättsordningar för att efterleva de rättigheter som ska vara användarförmånliga. Det är även av stor vikt att användare informeras om

deras rättigheter för att jämna ut den maktbalans som föreligger mellan en tjänsteleverantör och dess användare. Det kan anmärkas på att artikel 17.7 3 st. DSM-direktivet innehåller en informationsbestämmelse riktad åt rättsinnehavare, där rättsinnehavare kan begära adekvat information från en tjänsteleverantör om hur deras metoder under artikel 17.4 fungerar. Bör inte användare också ha möjlighet att informeras om hur innehållsidentifieringsteknik används för att förhindra tillgängliggörandet av intrångsgörande material?

4 En rimlig balans av rättigheter

Följande kapitel introducerar de grundläggande intressen som måste samspela för att artikel 17 DSM-direktivet ska vara en effektiv reglering för berörda parter.

Frågan om artikel 17 DSM-direktivets eventuella konstitutionella konformitet var ett hett debatterat ämne. Polen drog det till sin spets och utmanade kommissionen i EU-domstolen och hävdade en ogiltigförklaring av artikel 17.4 eftersom Polen ansåg att bestämmelserna stred mot yttrande- och informationsfriheten.¹⁷⁷ EU-domstolen kom slutligen fram till att artikeln inte stred mot några grundläggande friheter i stadgan. Målet i EUD, och framför allt generaladvokatens förslag till avgörande, är av stort intresse då dessa beslut presenterade ett bättre implementeringsunderlag än tidigare. Den svenska regeringen har i sin tur kunnat utnyttja dessa resonemang i införlivandet av artikeln i svensk upphovsrätt då implementeringen dröjt, framför allt vad gäller användarskyddet. Med hänsyn till uppsatsens syfte behandlar detta kapitel först de rättigheter som i grunden behöver avvägas mot varandra inom ramen för artikel 17 DSM-direktivet för att sedan problematisera yttrandefrihetsfrågor utifrån ett användarperspektiv.

4.1 Vilka rättigheter ska i grunden skyddas?

Relationen mellan upphovsrätt och yttrandefrihet är en konstant, svår och viktig avvägning i ett demokratiskt samhälle. Två grundläggande rättigheter som ska samsas kan ofta ställa till det i lagstiftningsarbete. Inom upphovsrätten är som sagt två särskilt skyddsvärda intressen rättsinnehavarens ekonomiska rättigheter och inskränkningarna för enskilda i dessa rättigheter. Systemet med ensamrätten och inskränkingar är ett

¹⁷⁷ C-401/19 *Polen mot parlamentet och rådet*.

exempel på hur lagstiftaren försökt balansera båda sidorna av myntet. Balansen synliggörs genom att lagstiftaren uttryckligen skapat rättsregler till förmån för den ena parten, eller den ena rättigheten, som en motvikt till vissa andra rättigheter.

Inom EU är upphovsrätten skyddad på konstitutionell nivå i artikel 17.2 i Europeiska unionens stadga som föreskriver att immateriell egendom ska vara skyddad. EU-stadgan åtnjuter likvärdig rättslig status som EU-fördragen, varpå all EU-lagstiftning ska tolkas och överensstämma med stadgans grundläggande rättigheter.¹⁷⁸ Sedan EU-stadgan åtnjöt sin bindande rättsliga status har den blivit en fundamental del av EU-rättsordningen samtidigt som desto fler upphovsrättsliga mål i EUD blivit färgade av argument kring grundläggande rättigheter.¹⁷⁹ EUD har även benämnt inskränkningar och undantag i upphovsrätten såsom rättigheter då de ger uttryck för grundläggande rättigheter.¹⁸⁰ Det är därför enhetligt med den begreppsapparat EUD skapat att referera till inskränkningar i upphovsrätten såsom just användarrättigheter. Inom folkrätten har man dessutom betonat att immaterialrättsliga rättigheter ska utformas så de effektivt gagnar både samhället och enskilda och även gynnar samhället både kulturellt och ekonomiskt.¹⁸¹

Yttrande- och informationsfriheten är också skyddad enligt artikel 11 EU-stadgan samt artikel 10 EKMR.¹⁸² Artikel 11 i EU-stadgan föreskriver även att yttrandefriheten innefattar en åsiktsfrihet samt en frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning. Denna aspekt av yttrandefriheten är särskilt aktuell vid eventuella yttrandefrihetsbegränsande åtgärder i lagstiftning, exempelvis i lagstiftning

¹⁷⁸ Szkalej (2021) s. 165.

¹⁷⁹ Szkalej (2021) s. 165.

¹⁸⁰ Se C-469/17 *Funke Medien* p. 76 och C-516/17 *Spiegel Online* p. 59 där EUD benämner inskränkningar och undantag såsom rättigheter. Se även C-201/13 *Deckmyn* p. 27 där EUD konstaterar att parodiundantaget ger uttryck för yttrandefriheten.

¹⁸¹ Lebeck (2016) s. 372.

¹⁸² C2012/326/02 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR). EKMR är inte EU-lagstiftning, men unionen har anslutit sig till EKMR och EKMR ingår i unionsrätten som allmänna principer, se artikel 6 FEU.

som uppmanar till förhandscensur. Enligt förklaringarna av EU-stadgan och artikel 52.3 i EU-stadgan har rättigheterna i artikel 11 stadgan samma räckvidd och innebörd som rättigheterna i artikel 10 EKMR.¹⁸³ Enligt artikel 52.1 i EU-stadgan får vissa grundläggande fri- och rättigheter begränsas under vissa särskilda förhållanden. Begränsningar får göras efter föreskrifter i lag i förenlighet med det väsentliga innehållet i fri- och rättigheterna. Begränsningar får endast göras med beaktande av proportionalitetsprincipen om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet för skydd för andra människors fri- och rättigheter. Kravet på att samtliga begränsningar ska göras i lag innebär att den rättsliga grund som gör inskränkningen i den grundläggande rättigheten ska definiera räckvidden av begränsningen av den aktuella rättigheten.¹⁸⁴ Vad gäller bedömningen enligt proportionalitetsprincipen ska den ändamålsenliga åtgärd som är minst ingripande väljas samtidigt som de vållade olägenheterna inte får vara orimliga i förhållande till de eftersträvande målen.¹⁸⁵

Kopplingen mellan svensk upphovsrätt och Sveriges grundläggande fri- och rättigheter är aningen mer nyanserad än på EU-nivå. Enligt 2 kap. 16 § regeringsformen (RF) äger författare, konstnärer och fotografer rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag, alltså i URL. Upphovsrätten erhåller ett eget skydd och utgår inte endast från exempelvis äganderätten såsom den gör i EU-stadgan och EKMR. Upphovsrätten är dessutom en tillåten begränsning av yttrandefriheten och informationsfriheten, som tillförsäkras medborgare i 2 kap. 1 § RF, enligt 2 kap. 23 § RF.¹⁸⁶ Yttrandefriheten kompletteras i svensk rätt genom yttrandefrihetsgrundlagen (YGL), tryckfrihetsförordningen (TF) och artikel 10 EKMR. TF syftar att säkerställa det fria meningsutbytet och friheten att uttrycka sig genom tryckta och utgivna skrifter, se 1 kap. 1–2 §§ TF, och uttrycker det viktiga förbudet mot censur i tryckta skrifter, se 1 kap. 8 § TF. YGL utvidgar yttrandefrihetsskyddet till att även gälla andra överföringsformer, såsom

¹⁸³ Europeiska unionens officiella tidning C 303, 2007, s. 17 samt C-401/19 *Polen mot parlamentet och rådet*, p. 44.

¹⁸⁴ C-311/18 *Facebook Ireland och Schrems*, p. 175.

¹⁸⁵ C-128/17 *Polen mot parlamentet och rådet*, p. 94.

¹⁸⁶ Se prop. 1975/76:209, s. 155.

överföringar i ljudradio, i tv, uppspelning av film och andra tekniska upptagningar, uppspelning från databaser och över internet, se 1 kap. 1 § YGL.

Yttrandefrihetens starka grundlagsskydd kan dock som sagt begränsas av bland annat upphovsrätten. En gång i tiden var upphovsrättens bestämmelser integrerade i TF.¹⁸⁷ Upphovsrätten bröts sedan ur TF i slutet på 1800-talet eftersom det ansågs att privaträttsliga och offentlighetsrättsliga bestämmelser skulle hållas isär.¹⁸⁸ Det uppstår naturligtvis konflikter mellan de rättigheter som stadgas i TF och de i upphovsrätten, exempelvis när ett upphovsrättsligt skyddat verk citeras i en tidskrift.¹⁸⁹ TF hänvisar därför till upphovsrättslagen i 1 kap. 11 § TF, vilket innebär att konflikter i lagarnas gränsområden ska lösas uteslutande enligt URL.¹⁹⁰ En liknande hänvisning görs i 1 kap. 18 § YGL. En sådan lösning menar vissa bidrar till att situationer som har betydande yttrandefrihetsintressen blir lidande, då situationen beaktas mot bakgrund av upphovsrättens intressen snarare än yttrandefriheternas grundläggande lagstiftning.¹⁹¹ HD har även vid ett par tillfällen tagit ställning till normkonflikten mellan upphovsrätten och yttrandefrihetsgrundlagarna. HD fastslog exempelvis i ”Manifestmålet” att URL innehåller både undantag och inskränkningar som är utformade med samhälleliga intressen som grundar sig bland annat på informationsfriheten, och att tolka in fler begränsningar av upphovsrätten till förmån för yttrandefriheten bör förbehållas lagstiftaren.¹⁹² Det framgår av HD:s resonemang att normkonflikten mellan upphovsrätt och yttrandefrihet löses internt i lagstiftningen, vilket också bekräftats i senare praxis.¹⁹³ Med det sagt, finns lagstöd för att begränsa upphovsrätten i enskilda fall till förmån för yttrandefriheten vid ansvar för upphovsrättsintrång med hjälp av artikel 10 EKMR enligt HD:s praxis.¹⁹⁴ Det gäller dock i straffrättsligt hänseende och

¹⁸⁷ Bernitz (2000) s. 341.

¹⁸⁸ Ibid. s. 341.

¹⁸⁹ Ibid. s. 341.

¹⁹⁰ Ibid. s. 341.

¹⁹¹ Ibid. s. 341.

¹⁹² NJA 1985 s. 893.

¹⁹³ NJA 2020 s. 293 ”Mobilfilmen” p. 17.

¹⁹⁴ NJA 1998 s. 838.

relationen mellan statens förpliktelser gentemot enskilda då EKMR inte har direkt effekt mellan enskilda.¹⁹⁵

Det kan åtminstone konstaterats att det är, utifrån ett användarperspektiv, av stor vikt hur nya bestämmelser i URL utformas då intresseavvägningen som beaktar användaren sker internt i lagstiftningen. Vid införlivandet av artikel 17 DSM-direktivet i svensk rätt faller därför slutligen det yttersta ansvaret för användaren på lagstiftaren.

4.2 Balansen av grundläggande rättigheter

Hur ska en lagstiftare bedöma hur en avvägning av flera grundläggande fri- och rättigheter ska samspela med varandra? När flera rättigheter är aktuella och samspelar anser EUD att bedömningen ska göras med ledning av proportionalitetsprincipen och bygga på en sammanjämkning av kraven på skydd för de olika rättigheterna i fråga samt en skälig avvägning mellan dem.¹⁹⁶ I ingripande lagstiftning måste det även anges under vilka omständigheter och under vilka förutsättningar som en åtgärd får vidtas för att säkerställa att ingreppet är begränsat och nödvändigt, särskilt vid ingrepp som följer av en automatiserad process.¹⁹⁷ Det är således en rad avvägningar som måste göras när flera grundläggande fri- och rättigheter ska samspela och eventuellt inskränka varandra. Europadomstolen har konstaterat att upphovsrätten i vissa fall kan antas begränsa yttrande- och informationsfriheten i EKMR.¹⁹⁸ Det hela kräver en svår rättighetsavvägning och balansering som Europadomstolen inte entydigt utvecklat vilket skapar en viss osäkerhet i frågan.¹⁹⁹

¹⁹⁵ NJA 2020 s. 293 "Mobilfilmen" p. 24.

¹⁹⁶ C-226/19 *Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl.*, p. 65.

¹⁹⁷ C-311/18 *Facebook Ireland*, p. 176.

¹⁹⁸ Voorhoof, Hoedt-Rasmussen (2013) *Copyright vs Freedom of Expression Judgement (Ashby Donald and others v. France)*, Kluwer Copyright Blog.

¹⁹⁹ *Ibid.*

EUD har även genom sin praxis indikerat på att intresseavvägningen och balansen mellan grundläggande intressen regleras internt av direktivtext.²⁰⁰ Schwemer och Schovsbo menar att domstolar ska vara försiktiga med att tolka undantagen och inskränkningarna utifrån EU-stadgan, utan snarare tolka inskränkningar i upphovsrätten restriktivt utifrån upphovsrättens ramar.²⁰¹ I målet *Painer* uttryckte EUD att inskränkningen för citat i artikel 5.3.d InfoSoc-direktivet är utformad för att nå en rimlig intresseavvägning mellan yttrandefriheten och rättsinnehavarens mångfaldiganderätt.²⁰² I kontrast till *Painer* uttryckte dock EUD i målet *Deckmyn* att domstolar ska, vid tillämpningen av inskränkningen för parodier i artikel 5.3.k InfoSoc-direktivet, beakta en rimlig avvägning mellan å ena sidan rättsinnehavarens intressen och å andra sidan en enskilds yttrandefrihet.²⁰³ EUD uttrycker därför i *Deckmyn* att intresseavvägningen ska beaktas av domstolen, till skillnad från *Painer*, där EUD uttrycker att intresseavvägningen anses löst i utformningen av inskränkningen.²⁰⁴ Högst troligt ska inskränkningar och undantag i upphovsrätten tolkas restriktivt utifrån dess ordalydelse som bibehåller dess verkan, men även tolkas fullständigt förenliga med de grundläggande rättigheter som föreskrivs i stadgan.²⁰⁵ Det går att konstatera att undantag och inskränkningar i upphovsrätten förstärkts av kopplingen mellan stadgan och unionslagstiftningen.

DSM-direktivet nämner specifikt hur viktig denna avvägning är i dess inledande skäl.²⁰⁶ Skäl 70 i DSM-direktivet uttrycker att undantagen och inskränkningarna i artikel 17 DSM-direktivet är till för att garantera användarens yttrandefrihet och måste vara obligatoriskt implementerade. Det faktum att direktivet i dess skäl och även i artikel 17.7 uttrycker undantagen och inskränkningarna såsom obligatoriska har lett vissa forskare till slutsatsen att dessa undantag de facto är rättigheter för användare, även om de inte

²⁰⁰ Schwemer, Schovsbo (2020) s. 11-12.

²⁰¹ Schwemer, Schovsbo (2020) s. 11.

²⁰² C-145/10 *Painer*, p. 134.

²⁰³ C-201/13 *Deckmyn*, p. 27-28.

²⁰⁴ Szkalej (2021) s. 168-169. Det finns dock skäl att anta att EUD själva gör avvägningen i *Painer* som de förespråkar att domstolar ska göra i *Deckmyn*-målet, se C-145/10 *Painer*, p. 135 och Szkalej (2021) s. 168.

²⁰⁵ C-516/17 *Spiegel Online*, p. 59.

²⁰⁶ Skäl 70 i DSM-direktivet.

benämns så i direktivet.²⁰⁷ Det ska slutligen nämnas att kommissionen vill bidra till ett samarbete med medlemsstaterna för att diskutera tillämpningen av artikel 17. Under diskussionen om den bästa praxisen relaterad till artikeln ska särskild hänsyn tas till behovet av en avvägning mellan grundläggande rättigheter och användningen av undantag och inskränkningarna.²⁰⁸

4.3 Rättsinnehavare

På vilka sätt tillgodoses då rättsinnehavare? Artikel 17 DSM-direktivet samspelar definitivt mellan tjänsteleverantörer och rättsinnehavare. Tjänsteleverantörerna och rättsinnehavare ska samarbeta för att förhindra spridningen av skyddat material på tjänsteleverantörens plattform.²⁰⁹ Ett av kommissionens grundläggande mål med den inre digitala marknaden var att förbättra tillgången till kreativt material på internet samtidigt som man säkrar rättsinnehavares rätt till ersättning.²¹⁰ Europeiska kommissionen har dessutom uttryckt att fördelningen av ersättning inte har varit rättvis från tjänsteleverantörernas håll såsom en anledning till att försöka reglera frågan i DSM-direktivet.²¹¹ I motvikt till användarens yttrandefrihet finns därför det stora intresset av att respektera och stärka upphovsrätten på internet. Då upphovsrätt är en rättighet med koppling till egendomsskyddet i EU-stadgan är det naturligt att den även bör skyddas i artikel 17 DSM-direktivet. I artikeln finns flera regleringar som berör rättsinnehavare. Exempelvis har de möjlighet att förvarna tjänsteleverantörer om särskilt intrångsgörande material. Artikeln bygger också på licensiering, vilket är ett tydligt skifte från tidigare ansvarsreglering. Det är åtminstone påtagligt att samspelet mellan tjänsteleverantörer och rättsinnehavare är stärkt och möjligen det som sätter säkerheten för användarna ur spel.²¹²

Som tidigare nämnt är det främst det så kallade ”value gap” som rättsinnehavare ansett vara en orättvisa som krävt en ny ansvarsreglering.

²⁰⁷ Schwemer, Schovsbo (2020) s. 7.

²⁰⁸ Se artikel 17.10 DSM-direktivet.

²⁰⁹ Samarbetet följer av artikel 17.4 b-c samt 17.7 DSM-direktivet och är en av de förutsättningar som krävs för tjänsteleverantörens ansvarsfrihet.

²¹⁰ Ferri (2021) s. 23.

²¹¹ COM (2016) 593 final, s. 3.

²¹² Främst samspelet i artikel 17.4 DSM-direktivet.

Huruvida ett faktiskt intäktsgap existerar eller inte är omdebatterat.²¹³ Exempelvis har plattformar såsom YouTube använt sig av ett ”Content-ID”-program, som ett verktyg för rättsinnehavare, där rättsinnehavare kan flagga för visst material som ”Content-ID” sedan kan identifiera. Rättsinnehavaren har sedan möjlighet att få en del av de reklamintäkter visst material genererat på plattformen.²¹⁴ Metoden med ”Content-ID” utgör därför en typ av direktlicensering, där rättsinnehavaren med hjälp av programvaran har identifierat visst intrångsgörande material som rättsinnehavaren sedan får viss ersättning för.²¹⁵ Intäkter för exempelvis musikindustrin har de senaste åren bara vuxit, samtidigt som online-streamingtjänster vuxit, men trots det har musikindustrin ansett att licensavtalen inte har varit tillräckligt lukrativa.²¹⁶ Uppsatsen har inte såsom syfte att utreda huruvida intäktsgapet är så stort, eller betydande, som rättsinnehavare påstår. Troligen föreligger där en viss utebliven ersättning för rättsinnehavare med tanke på den enorma mängd material som laddas upp på onlineplattformar dagligen.

4.4 Användarens yttrandefrihet på internet och artikel 17 DSM-direktivet

Europadomstolen har vid ett antal tillfällen understrukit vikten av yttrandefriheten på internet. På grund av internets lättillgänglighet och dess förmåga att lagra och kommunicera information är den en fundamental del av informationsutbyte i stort.²¹⁷ Europadomstolen har också poängterat att tjänsteleverantörer såsom Youtube är en uppenbart viktig källa för användare i dess utnyttjande av grundläggande yttrande- och informationsfriheter.²¹⁸

Att tillgodose rättsinnehavare starkare skydd kan visa sig kostsamt för användaren. Kritiker har diskuterat en eventuell ”chilling effect” som en

²¹³ Bridy (2020) s. 326.

²¹⁴ Ibid. s. 330 f.

²¹⁵ Ibid. s. 330.

²¹⁶ Ibid. s. 331.

²¹⁷ *Times Newspapers Ltd. V. the United Kingdom*, 3002/03 och 23676/03, p. 27, ECHR 2009.

²¹⁸ *Cengiz m.fl., V. Turkiet*, 48226/10 och 14027/11, p. 52, ECHR 2016.

konsekvens på yttrandefriheten efter implementering av direktivet.²¹⁹ I en amerikansk kontext har forskare på yttrandefrihetsområdet utvecklat ett koncept av ”collateral censorship”, något som uppstår då en aktör censurerar någon annan för att undgå ett offentlighetsrättsligt ansvar.²²⁰ Ett exempel på en sådan censurerings effekt uppstår när en plattform på internet måste införa filtreringsåtgärder.²²¹ Rädslan grundar sig främst i att de tekniska blockeringsåtgärder som används av tjänsteleverantörer i många fall är kraftigt begränsade i förhållande till att identifiera material som ska anses vara lovligt användande under en inskränkning eller ett undantag.²²² Med en sådan rädsla uppstår en potentiell ”chilling effect” och en indirekt censurering, där användare undviker att tillgängliggöra material trots att det kanske kan stödjas på en inskränkning, i rädslan av att bli blockerad.

Med tanke på den enorma mängd material som dagligen laddas upp på tjänsteleverantörers plattformar, exempelvis YouTube, har även kritik riktats mot de licenseringsmål artikel 17 DSM-direktivet har som syfte att uppfylla.²²³ Lambrecht menar att det i praktiken kommer vara mycket svårt för tjänsteleverantörer att ingå heltäckande licensavtal med berörda rättshavare varpå artikel 17 i praktiken blir ett algoritmiskt blockeringsregelverk delegerat av lagstiftare.²²⁴ Att tjänsteleverantörer ingår licensavtal för den stora mängd material som laddas upp på deras tjänster är en ”oåtkomlig myt” menar vissa.²²⁵ Lambrecht lyfter ytterligare risker för yttrandefrihetsbegränsade åtgärder till följd av artikel 17. Historiskt har ett tillvägagångssätt där tjänsteleverantörer på egen hand undviker upphovsrättsliga intrång, exempelvis under E-handelsdirektivet, genom filtreringsåtgärder varit problematiskt för yttrandefriheten.²²⁶ Först och främst menar Lambrecht att rekvisiten av ”best-efforts”-klausuler i artikel 17.4 för tjänsteleverantörens ansvarsfrihet förmodligen leder till att

²¹⁹ Greilich (2019) s. 20 f.

²²⁰ Balkin (2018) s. 30 f.

²²¹ Balkin (2018) s. 31.

²²² Greilich (2019) s. 21.

²²³ Lambrecht (2020) s. 71.

²²⁴ Lambrecht (2020) s. 71.

²²⁵ Kreuzer (2020) *The EU Copyright directive and its potential impact on cultural diversity on the internet – Part I*, Kluwer Copyright Blog.

²²⁶ Lambrecht (2020) s. 74 f.

tjänsteleverantörer tillämpar restriktivare tekniska åtgärder för att undgå kostsamma upphovsrättsliga tvister med rättsinnehavare.²²⁷ Vidare är det tjänsteleverantörerna som ansvarar för att instifta klagomålsmekanismer trots att de inte är opartiska i klagomålsärenden. Användaren har då inte heller fördelen av den offentliga granskningen, som exempelvis följer av en domstolsprövning, som i många fall kan balansera ut ett gravt viktat maktförhållande.²²⁸ Maktbalansen som föreligger mellan tjänsteleverantörer och användare kan även riskera missbruk av blockeringsåtgärder. Särskilt då tjänsteleverantören av kostnadsskäl hellre bör vilja hantera interna klagomålsprocedurer än tvister med rättsinnehavare.²²⁹ Studier har även visat att när användare har rätt att ifrågasätta blockerat material genom klagomålsmekanismer tenderar användare att inte utnyttja mekanismen, troligen på grund av informationsbrist eller rädslan av dyra rättegångskostnader i en eventuell tvist gentemot tjänsteleverantören.²³⁰ Lambrecht menar även att klagomål troligen inte utnyttjas så ofta på grund av sällsyntheten av användarorganisationer som arbetar med denna sorts frågor.²³¹ Oavsett om användare utnyttjar klagomålsmekaniken eller inte har användarens yttrandefrihet begränsats *ex ante* genom förfarandet i artikel 17, vilket är en allvarlig kränkning av yttrandefriheten.²³²

Slutligen är algoritmerna, såsom YouTubes ”Content ID”, skapade för att upptäcka intrångsgörande material men med bristande förmåga att upptäcka material täckta av undantag eller inskränkningar.²³³ Lambrechts förslag är att medlemsstater ska föreskriva att tjänsteleverantörers algoritmiska åtgärder ska innefatta tekniska åtgärder som upptäcker material troligen täckta av ett undantag eller en inskränkning redan i första skedet och därmed inte automatiskt flagga eller blockera sådant material.²³⁴ En sådan skyldighet bör

²²⁷ Lambrecht (2020) s. 74-75.

²²⁸ Ibid. s. 75.

²²⁹ Ibid. s. 75.

²³⁰ Ibid. s. 75.

²³¹ Ibid. s. 75.

²³² Ibid. s. 75.

²³³ Ibid. s. 75. Regeringen anser detsamma, då tekniska verktyg har svårt att avgöra om en viss användning är laglig, vilket även en jurist med särskilda kunskaper på området kan ha svårt att avgöra, se prop. 2021/22:278 s. 130.

²³⁴ Lambrecht (2020) s. 79.

kunna utläsas ur tjänsteleverantörens dubbla ansvar i artikel 17.4, 17.7 och 17.9 då DSM-direktivet föreskriver att tjänsteleverantörer ska förhindra åtkomst till material som rättsinnehavare förvarnat om samtidigt som de ska förhindra att lovligt material bortplockas.²³⁵ Genom att med hjälp av teknik designa filtreringsverktyg som beaktar yttrandefriheten undviker man, enligt Lambrecht, störningar från filtrering av lagligt material *ex ante*, vilket säkerställer användarrättigheter redan från början.²³⁶ Med andra ord ska de tekniska blockeringsverktygen kunna identifiera undantag och inskränkningar, användarrättigheter, liksom de kan identifiera intrångsgörande material. Ett sådant system beaktar användarrättigheter redan *ex ante* och inte bara *ex post* genom klagomål från användare.

Som exempel föreslår Lambrecht att igenkänningstekniken bör etablera vissa regler för citaträtten, såsom visst antal ord i följd, eller viss längd för citering av filmklipp och musik, som algoritmerna således kan identifiera och tillåta inom de konstruerade reglerna.²³⁷ Ifall tekniken identifierar en citering som är för lång kan således materialet blockeras och användaren klaga på beslutet i efterhand. Något liknande system för parodier erkänner dock Lambrecht troligen är mycket svårt att tekniskt genomföra samtidigt som det finns risker för att sådan algoritmisk reglering påverkar användares beteenden i hög grad, men att risken kan vara värd att ta.²³⁸ Diskussionen och förslaget från Lambrecht är intressant och pekar på ett antal svårigheter vid implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet, främst begränsningen av yttrandefriheten *ex ante* och hur just sådana problem kan minimeras. Dessa förhållandevis drastiska förslag har dock inte syns till i det implementeringsunderlag som kommissionen eller EUD utvecklat och huruvida den svenska implementeringen beaktar några av dessa aspekter diskuteras i nästa kapitel. EUD har dock ansett att det inte föreligger någon otillåten kränkning av yttrande- och informationsrättigheterna vid

²³⁵ Lambrecht (2020) s. 79.

²³⁶ Ibid. s. 77.

²³⁷ Ibid. s. 85.

²³⁸ Ibid. s. 93.

utformningen av artikel 17 DSM-direktivet. Frågorna avgjordes av EUD i det uppmärksammade rättsfallet *Polen mot parlamentet och rådet*.

4.4.1 Särskilt om mål C-401/19 Polen mot parlamentet och rådet

Polen väckte år 2019 en ogiltighetstalan gentemot parlamentet med grunden att artikel 17.4 b och c i DSM-direktivet kränker yttrande- och informationsfriheten i artikel 11 EU-stadgan. Grunden byggde i huvudsak på den förebyggande granskningen av innehåll en tjänsteleverantör måste vidta för att erhålla ansvarsfrihet.²³⁹

Domstolen konstaterade att artikel 10 EKMR och artikel 11 stadgan är tillämpliga på utbyte av information på tjänsteleverantörers plattformar, eftersom informationsfriheten inte bara avser innehållet i information som uttrycks utan även en frihet att kunna uttrycka information på de kanaler som är tillgängliga på internet.²⁴⁰ Även en begränsning av dessa kanaler berör rätten att ta emot och sprida information.²⁴¹ Domstolen konstaterade sedan att undantagen och inskränkningarna i artikel 17.7 är entydiga, och föreskriver ett resultat som ”ska uppnås” till skillnad från tjänsteleverantörens krav på att förhindra intrång, där de ska ”göra vad de kan”.²⁴² Därför ansåg domstolen att yttrandefrihetsventilerna var starka och att intresseavvägningen inom artikeln faktiskt var tillräcklig.

Att direktivet inte innebär en allmän övervakningsskyldighet ansåg domstolen också vara en ventil för yttrande- och informationsfriheten. Tjänsteleverantörerna är inte skyldiga att förhindra uppladdning av allt material vilket kräver att leverantörerna gör en fristående bedömning mot bakgrund av den information rättsinnehavare lämnat till dem med beaktande av undantag och inskränkningar.²⁴³ Därför finns ett bedömningsutrymme som

²³⁹ C-401/19 *Polen mot parlamentet och rådet*, p. 24.

²⁴⁰ C-401/19, p. 45–46.

²⁴¹ C-401/19, p. 46.

²⁴² C-401/19, p. 78. Artikel 17.7 och 17.9 DSM-direktivet, samt skälen 66 och 70 i DSM-direktivet, är utformade för att skydda yttrande- och informationsfriheten för användarna och är en skälig avvägning enligt domstolen. Se C-401/19 p. 80.

²⁴³ C-401/19, p. 90.

ska beakta grundläggande fri- och rättigheter. Slutligen konstaterar domstolen att det ankommer på medlemsstaterna vid införlivandet av artikeln att utgå från en tolkning som säkerställer en skälig avvägning av de olika grundläggande rättigheterna i fråga.²⁴⁴

Ur ett användarperspektiv är det positivt att användarrättigheter benämns som just rättigheter och att algoritmiska blockeringsåtgärder inte får stå i vägen för de kulturella och artistiska uttryck som är vanligt förekommande på internet.²⁴⁵ Domstolen understryker dock inte den linje som generaladvokaten utvecklade i sitt förslag på förhandsavgörande rörande att tjänsteleverantörer endast ska vara skyldiga att blockera innehåll som är identiska med eller motsvarar sådant material tjänsteleverantören blivit informerad om.²⁴⁶ Generaladvokat Saugmandsgaard är betydligt mer utförlig i sin tolkning av artikel 17 DSM-direktivet och framförallt hur artikelns kontroversiella punkter bör tydas för att minimera inskränkningar i yttrandefriheten. Generaladvokaten lyfter fram att risken minimeras för yttrandefrihetsbegränsningar om tjänsteleverantören endast måste filtrera och blockera material som utgör ett uppenbart intrång utan behovet av att kontextualisera innehållet.²⁴⁷ Uppenbara intrång bör vara sådana där filtreringstekniken identifierat innehåll som är identiskt med eller likvärdigt med upphovsrättsligt skyddat material som en rättsinnehavare förvarnat tjänsteleverantören om.²⁴⁸

Domstolens argument kring att det inte föreligger en allmän övervakningsskyldighet, och att det ska bidra till användarskyddet, anser jag dock vara ett svagare argument. Resonemanget tycks stödjas på det faktum att användarrättigheterna i kombination med klagomålsmekanismer ska vara tillräckliga för att uppfylla kravet på rättssäkerhet för användarna. Tjänsteleverantören ansvarar i slutändan för eventuell blockering och icke-blockering av lagligt material. Med tanke på den mängd material som laddas

²⁴⁴ C-401/19 *Polen mot parlamentet och rådet*, p. 99.

²⁴⁵ Frosio (2022) s. 1147.

²⁴⁶ AG Saugmandsgaard ØE i C-401/19 *Polen mot parlamentet och rådet*, p. 205.

²⁴⁷ AG Saugmandsgaard ØE i C-401/19 *Polen mot parlamentet och rådet*, p. 198. Uppenbart intrång, eng. ”manifestly infringing”.

²⁴⁸ AG Saugmandsgaard ØE i C-401/19 *Polen mot parlamentet och rådet*, p. 201.

upp på vissa berörda tjänsteleverantörers hemsidor måste i princip ett automatiskt system användas för att fånga upp potentiella intrång. Även om det inte föreligger en skyldighet att övervaka, finns flertalet incitament som talar för att filtrera allt innehåll som laddas upp på tjänsterna. Incitamenten är till största del ekonomiska då tjänsteleverantörer som erhåller ansvarsfrihet slipper kostsamma upphovsrättsliga tvister med rättsinnehavare.

4.5 Slutsatser

Att det föreligger farhågor för de konsekvenser artikel 17 innebär för yttrandefriheten är odiskutabelt, men frågan är numera huruvida den tidigare debatten fortfarande är lika befogad. Självfallet är frågan fortfarande aktuell men efter *Polen mot Europaparlamentet* är artikelns konstitutionella konformitet fastslagen. Dess utformning innebär inte en kränkning av yttrande- och informationsfriheten. Det är tydligt att EUD baserar sina resonemang på den interna normbalans som säkerställer användarrättigheter i ett orubbligt inskränkningsystem med klagomålsmekanismer. Dessa bestämmelser ska säkerställa en rimlig balans av intressen som medlemsstater ska beakta vid implementering. Å ena sidan finns rättsinnehavares förmögenhetsrättsliga intressen och tjänsteleverantörernas näringsfrihet och å andra sidan användarens yttrande- och informationsfrihet. Rättigheterna är skyddade enligt stadgan och har konstitutionella kopplingar till både EU-rätten och i svensk rätt genom det lite mer nyanserade skyddet i regeringsformen i Sverige.

Maktbalansen mellan tjänsteleverantören, rättsinnehavaren och användaren bör dock också beaktas i sammanhanget, liksom Lambrecht påpekar. Maktbalansen är gravt viktad åt tjänsteleverantören och rättsinnehavaren i sammanhanget, eftersom tjänsteleverantörer under artikel 17 är stora marknadsaktörer. Risken finns att många användare avhåller sig från att utnyttja klagomålsmekanismer eller framför allt tvistlösningsalternativ på grund av olika begränsningar i form av kostnader, informationsbrister och dylikt. Försök till att jämna ut denna maktbalans syns genom det obligatoriska införandet av klagomålsmekanismer för användare och informationsplikter ålagda tjänsteleverantören, där denne ska informera rättsinnehavare vid

begäran om vissa åtgärder, samt informera användare om dess rättigheter i användarvillkor. Att jämna ut balansen gentemot användaren är dock svårt, men klagomålsmekanismer på tjänsteleverantörens hemsidor är ett effektivt sätt att ge användaren en röst som förhoppningsvis leder till vissa lösningar. Liksom Lambrecht påpekade finns det fortfarande potentiella tillvägagångssätt som kan implementeras i lagstiftning som minimerar riskerna för yttrandefrihetsbegränsande blockeringsåtgärder. Dessa tillvägagångssätt berör främst möjligheter att försöka integrera krav på tekniska åtgärder i filtreringsverktyg som beaktar användarrättigheter redan i filtreringsstadiet.

Den främsta säkringen för användaren och yttrandefriheten är generaladvokatens resonemang kring vilka sammanhang tjänsteleverantören får använda sig av automatisk blockering av innehåll. Förslaget från generaladvokaten är ett steg närmre en sund intresseavvägningen genom resonemangen kring att intrång ska vara så gott som uppenbara för att få automatiskt blockeras. Genom att begränsa automatisk filtrering till fall av uppenbara intrång, eller likvärdigt uppenbara intrång, förminskas risken för missbruk av blockeringsteknik. Eftersom det inte framgår av direktivtexten att så ska vara fallet är det ett välkommet tolkningsunderlag som bör beaktas vid nationell implementering. Genom att försöka begränsa tjänsteleverantörens möjligheter i denna del till fall där intrång med hög grad av sannolikhet föreligger, och endast i sådana fall tillåta filtrering, torde en rimligare intresseavvägning vara på plats som tar större hänsyn till yttrandefrihetsfrågan. Med ett sådant resonemang finns fortfarande utrymme för att visst innehåll släpps igenom som inte är uppenbart intrång, men som sedan får granskas, exempelvis efter en underrättelse från rättsinnehavare. Ur ett användarperspektiv är ett sådant system fördelaktigt. Användaren har i sådana fall rätt att tillgängliggöra innehåll under en inskränkning eller ett undantag, och om igenkänningstekniken inte kan identifiera innehållet som uppenbart intrångsgörande, bör det i sådana fall finnas kvar och eventuellt klandras av en rättsinnehavare i ett senare skede.

5 Artikel 17 DSM-direktivet i Sverige

Det svenska förhållningssättet till artikel 17 DSM-direktivet tar hänsyn till att tillgodose flera intressekollektiv samtidigt genom att införa särskilda användarvänliga bestämmelser. Som detta kapitel ska redogöra för har Sverige valt att gå längre än EU-kommissionens formulering av artikel 17, främst för att tillgodose användarskyddet i den nya regleringen. I detta kapitel ska även en diskussion föras kring det utvecklade tolkningsunderlag presenterat av generaladvokaten samt kommissionens vägledning för implementering samt hur Sverige har beaktat dessa. Intressanta aspekter av intresseavvägningen syns i ett särskilt sanktionssystem riktat åt användare, ett tydligt exempel på ett ansvarstagande för att säkerställa användarintresset i den nya regleringen.

5.1 Ett nytt kapitel

Implementeringen av DSM-direktivet genomförs i nya 6 b kap. URL med särskilda bestämmelser om vissa onlinetjänster för delning av innehåll. Tillämpningsområdet för kapitlet etableras i 6 b kap. 52 i § URL som definierar begreppen informationssamhällets tjänster och etablerar att tjänsteleverantören ska ordna verk i vinstsyfte samt agera med ett visst marknadsinflytande. Tjänsteleverantören ska även ha som huvudsyfte att lagra och ge allmänheten tillgång till en stor mängd uppladdade verk.²⁴⁹ Efterföljande bestämmelse reglerar när en tjänsteleverantör anses uppfylla rekvisitet *tillgängliggörande för allmänheten* för uppladdade verk. Enligt 6 b kap. 52 j § blir tjänsteleverantören ansvarig för tillgängliggörandet av ett verk för allmänheten i enlighet med 1 kap. 2 § 3 st. 1 p. URL när en användare gör ett verk tillgängligt för allmänheten på tjänsten. Den specifika hänvisningen till 2 § 3 st. 1 p. URL innebär att ansvar för framförande, spridning eller

²⁴⁹ Bedömning av vad som anses vara en stor mängd uppladdade verk överensstämmer med bedömningen enligt DSM-direktivet, se prop. 2021/22:278 s. 108 och uppsatsens kap. 3.3.1.

visning inom rätten av tillgängliggörande för allmänheten inte omfattas av tjänsteleverantörens ansvar. Hänvisningen till 1 kap. 2 § 3 st. 1 p. URL ger även utrymme för att alla former av överföringar till allmänheten ska omfattas av tjänsteleverantörens ansvar, vilket även innebär att live-sändningar lär omfattas.²⁵⁰ Enligt definitionen av en tjänsteleverantör i 6 b kap. 52 i § URL är dock en tjänsteleverantör en sådan som lagrar uppladdade verk vilket gör att ansvaret för tillgängliggörande för allmänheten blir något snävare, och frågan om ansvar vid live-sändningar och länkning är inte solklar då exempelvis en live-sändning inte lagrar material. Tillämpningsområdets avgränsning och dess något vaga utformning menar regeringen är upp till EUD att slutligen tolka.²⁵¹

5.1.1 Tjänsteleverantören och rättsinnehavaren

De möjligheter till ansvarsfrihet som åligger tjänsteleverantören stadgas i nya 6 b kap. 52 1 § URL som införlivar artikel 17.4–5 och delvis 17.7 DSM-direktivet, utan några större förändringar. Enligt den svenska bestämmelsen ska tjänsteleverantören ”skyndsamt hindra tillgång” till verk som utgör en olovlig överföring till allmänheten efter en välgrundad underrättelse från rättsinnehavaren. Enligt DSM-direktivets formulering i artikel 17.4.c ska tjänsteleverantören ”agera snabbt” för att förhindra detta. Skyndsamhetskravet i den svenska regleringen innebär att tjänsteleverantören ska agera så snabbt som möjligt efter det att rättsinnehavaren på ett välgrundat sätt motiverat varför innehållet ska blockeras samt var innehållet finns på tjänsten.²⁵² Paragrafen hänvisar även direkt till 6 b kap. 52 o § URL, som föreskriver skyddet för laglig användning, vilket innebär att tjänsteleverantörens ansvar redan på stadiet av att förhindra tillgång begränsas till material som tjänsteleverantören förstår är direkt intrångsgörande och som inte påverkar skyddet för laglig användning.²⁵³

²⁵⁰ Prop. 2021/22:278 s. 116.

²⁵¹ Prop. 2021/22:278 s. 116.

²⁵² Prop. 2021/22:278 s. 257.

²⁵³ Prop. 2021/22:278 s. 257.

Paragrafen tar sikte på att efterleva rättsinnehavarens upphovsrättsliga intressen men reglerar även och påverkar tjänsteleverantörens näringsfrihet och hanteringssätt i upphovsrättsliga sammanhang. Regeringen problematiserar dock de så kallade ”best efforts”-klausulerna som finns i artikel 17 och som översatts till ”det som skäligen kan krävas” i den svenska formuleringen. Trots formuleringens antydning på lägre krav än ”vad de kan” anser regeringen att kraven är lika högt ställda som i direktivet, men regeringen är öppen för att EUD så småningom bidrar med styrande praxis på kravbildningen.²⁵⁴ Kraven är relativt högt ställda, men bedömningen ska göras utifrån proportionalitet och en individuell bedömning av tjänsteleverantörens förutsättningar.²⁵⁵ Vissa tjänsteleverantörer behöver därför inte nödvändigtvis tillämpa den senaste igenkänningstekniken för att uppfylla kravet om förutsättningar för det saknas.²⁵⁶ Kraven på att tjänsteleverantören gör det som skäligen kan krävas kan därför bidra till ett argumentationsutrymme där en tjänsteleverantör kan hävda att denne inte kan applicera viss igenkänningsteknik på grund av dess förutsättningar. Regeringens uttalande står därför i ganska stark kontrast till de farhågor och förslag Lambrecht uppmärksammat gällande att medlemsstater bör ställa relativt höga krav på igenkänningstekniken för att säkerställa användarrättigheternas ställning.²⁵⁷ Å andra sidan försöker regeringen tillämpa proportionalitet i kraven för tjänsteleverantörens ansvarsfrihet, något som skapar en viss flexibilitet gentemot tjänsteleverantörens näringsfrihet.

Åtgärder för att införskaffa tillstånd är den tydligaste säkringen av rättsinnehavarens intressen. Tjänsteleverantörerna ska enligt 6 b kap. 52 1 § URL göra det som skäligen kan krävas av dem för att erhålla tillstånd för överföringen samt säkerställa att intrångsgörande material inte tillgängliggörs på tjänsten. Tjänsteleverantörer får genom 6 b kap. 52 1 § URL krav på aktivitet, att de ska verka för att införskaffa tillstånd, tillskillnad från den passivitetsregleringen som tidigare gällde under e-handelsdirektivet. Kraven som ställs på tjänsteleverantören i detta hänseende utgår ifrån vad som

²⁵⁴ Prop. 2021/22:278 s. 125-126.

²⁵⁵ Prop. 2021/22:278 s. 125.

²⁵⁶ Prop. 2021/22:278 s. 125.

²⁵⁷ Se uppsatsens kap. 4.4.

skäligen kan krävas av tjänsteleverantören, i förhållande till enskilda bedömningar utifrån dess resurser.²⁵⁸ Den svenska implementeringen av artikel 17 tillgodoser rättsinnehavarens intressen likt direktivtexten gör, med samma tydliga stärkning av rättsinnehavarens ställning på marknaden.

5.1.2 Förhindra överblockering?

Samspelet mellan ansvarsfrihet och användarrättigheter följer av nya 6 b kap. 52 o § URL (skydd för laglig användning). Regeringen har i detta fall särskilt tagit sikte på problematiken kring överblockering för att hindra tillgång till visst material. Paragrafen är en delvis implementering av artikel 17.7 DSM-direktivet. Tjänsteleverantören ska säkerställa att lagliga överföringar till allmänheten inte hindras vilket inbegriper överföringar som är täckta av undantag eller inskränkningar. 6 b kap. 52 o § URL är en viktig bestämmelse eftersom den utgör en del av den rättsliga hierarkin som ska säkerställa användarrättigheter. Den förskriver ett resultatkrav till skillnad från tjänsteleverantörens möjligheter till ansvarsfrihet som bygger på kriterier för vad som skäligen kan förväntas i 6 b kap. 52 l § URL. Kommissionens vägledning understryker denna balansering och att resultatkravet är särskilt relevant när tjänsteleverantörer tillämpar automatiserad teknik för innehållsidentifiering.²⁵⁹ Det innebär att tjänsteleverantörer inte endast kan förlita sig på klagomål ex post utan måste aktivt ex ante undvika överblockering av lagligt innehåll.²⁶⁰ Denna interna normhierarki har lyfts fram av akademiker såsom central för att säkerställa användarrättigheter.²⁶¹ Utöver hierarkin med ett resultatkrav som trumfar vad som skäligen kan krävas-kraven, bör medlemsstater säkra användarrättigheter genom att undvika att blockeringsåtgärder resulterar i allmänna övervakningsskyldigheter och säkerställa en effektiv klagomålshantering ex post.²⁶² Dessa åtgärder syns även i den svenska implementeringen,

²⁵⁸ Prop. 2021/22:278 s. 126.

²⁵⁹ COM(2021) 288 final, kap. VI (II), s. 25.

²⁶⁰ Quintais, m.fl. (2022) *Copyright content moderation in the EU: an interdisciplinary mapping analysis*, s. 114.

²⁶¹ *Ibid.*, s. 114.

²⁶² *Ibid.*, s. 114.

exempelvis i 6 b kap. 52 o § URL.²⁶³ Bestämmelsen viktat intressebalansen och är i hög grad nödvändig ur ett användarperspektiv.

Paragrafen innehåller även en bestämmelse kring att automatisk blockering endast får användas för att hindra tillgång till material som med hög grad av sannolikhet kan antas medföra intrång i upphovsrätt eller vid fall av uppenbara intrång.²⁶⁴ Uttryckssättet finns inte i artikel 17 utan är ett tillskott baserat på det utvecklade underlag som tillkommit efter formuleringen av direktivet, framförallt i Generaladvokat Saugmandsgaards förslag till avgörande i mål C-401/19.²⁶⁵ Huruvida det omvända filtreringssystemet, där tjänsteleverantören ska filtrera innehåll men samtidigt tillgodose att visst innehåll inte blockeras, kan bli framgångsrikt är även beroende av de algoritmiska tjänsternas effektivitet.²⁶⁶ Troligen behöver ett sådant system kombineras med en mänsklig granskning av särskilt identifierat innehåll. Regeringen problematiserar även det, att automatisk blockering inte kan avgöra om ett intrång nödvändigtvis är uppenbart, samt att det inte skulle vara möjligt att införa begreppet ”uppenbart intrång” i lagtexten.²⁶⁷ Regeringen menar att begreppet ”uppenbart intrång” riskerar att leda fel i svensk lagtext på grund av att tillgängliga tekniker för automatisk blockering inte kan avgöra huruvida ett intrång är uppenbart.²⁶⁸ Språkligt kan inte ett material som ansetts vara ett uppenbart intrång vid första anblick, som sedan vid en närmare granskning visar sig inte vara ett intrång, rimligen omfattas av ett sådant lagstadgat krav.²⁶⁹ Det finns risker med att uttrycka ett sådant högt ställt krav i lagtexten, menar regeringen, och därför ska kravet på en hög grad

²⁶³ Sverige har dock valt att inte införa några lagstiftningsåtgärder gällande kravet på allmän övervakningsskyldighet utan anser att det kan utläsas ur tjänsteleverantörens begränsningar av de åtgärder de måste vidta för att erhålla ansvarsfrihet. Se prop. 2021/22:278 s. 142.

²⁶⁴ Prop. 2021/22:278 s. 136, se även p. 205 AG Saugmandsgaard, förslag till avgörande i mål C-401/19, som propositionen hänvisar till. Generaladvokatens resonemang kring rekvisitet ”uppenbart intrång” är att det ska motsvara eller vara identiskt till material som rättsinnehavare förvarnat om såsom intrångsgörande. Rekvisitet är högt ställt för att proportionerligt balansera rättighetssidorna.

²⁶⁵ AG Saugmandsgaard ØE i C-401/19 *Polen mot parlamentet och rådet*, p. 198.

²⁶⁶ The European Copyright Society (2020) *Comment of the European Copyright Society Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law*, p. 52.

²⁶⁷ Prop. 2021/22:278 s. 136.

²⁶⁸ Prop. 2021/22:278 s. 136.

²⁶⁹ Prop. 2021/22:278 s. 136.

av sannolikhet tolkas såsom material som används på ett sätt eller i en kontext som alltid eller nästan alltid innebär ett upphovsrättsligt intrång.²⁷⁰

Att användaren skyndsamt ska underrättas om en blockeringsåtgärd i 6 b kap. 52 o § 2 st. URL är även det ett tillskott som kan aktivera användarens klagomålsmekanism som inte uttryckligen finns i artikel 17 DSM-direktivet.²⁷¹ Den svenska implementeringen ställer således ännu ett krav på tjänsteleverantören för att balansera användaren i konflikten.

5.1.3 Användarrättigheter

De aktuella bestämmelserna om användarrättigheter följer i 6 b kap. 52 p § URL. Bestämmelsen skapar nya inskränkningar utan att ändra innehållet i 2 kap. URL. Inskränkningar för citat, kritik, recension och användning i parodisyften regleras numera i onlinemiljöer i samband med övrig lovlig användning genom 6 b kap. 52 p § URL.²⁷² Användare har numera en positiv rätt att göra lagligt innehåll tillgängligt hos tjänsteleverantörer.²⁷³

Som tidigare redogjort för innehåller svensk upphovsrätt ett lagstadgat undantag för citat i 2 kap. 22 § URL. Den svenska citaträtten är enligt regeringen förenlig med direktivet och regleras nu även i onlinemiljöer.²⁷⁴ Det går även att konstatera att svensk upphovsrättslagstiftning för första gången innefattar begreppen karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte såsom en lagstadgad upphovsrättslig inskränkning, men i onlinemiljöer. Det kan definitivt ifrågasättas varför parodiinskränkningen inte också infördes i 2 kap. URL med ett mer generellt användningsområde. Både patent- och marknadsöverdomstolen och flera andra remissinstanser uttryckte att det fanns starka skäl för att införa en generell inskränkingsbestämmelse för parodier i URL.²⁷⁵ Regeringen ansåg dock att det inte var självklart hur en sådan generell utformning skulle se ut, och hänvisade i stället till en

²⁷⁰ Prop. 2021/22:278 s. 136.

²⁷¹ Prop. 2021/22:278 s. 138.

²⁷² Se 6 b kap. 52 p 2 st. § URL som stadgar att en användare har rätt att tillgängliggöra innehåll som inte medför intrång i upphovsrätt.

²⁷³ Szkalej (2022) *Article 17 DSM Directive: The Swedish proposal (Part 2)*, Kluwer Copyright blog, 3.1.

²⁷⁴ Prop. 2021/22:278 s. 139.

²⁷⁵ Prop. 2021/22:278 s. 140.

kommande utredning i frågan.²⁷⁶ Det går i alla fall att konstatera att svensk upphovsrätt hädanefter innehåller olika hanteringssätt av parodier inom upphovsrätten. Parodier kan behandlas såsom originella självständiga verk enligt 1 kap. 4 § 2 st. URL, de kan tolkas EU-konformt i de fall de inte uppvisar egen originalitet och hädanefter regleras parodier i onlinemiljöer enligt 6 b kap. 52 p § URL såsom en lovlig inskränkning för användare.²⁷⁷ Det är inte självklart vilken av hanteringsvägarna som gäller för bedömningen av parodier online i 6 b kap. 52 p § URL. Kommissionen har endast uttryckt att parodier ska bedömas utifrån dess vardagliga språk i de fall medlemsstater inte implementerat undantaget från InfoSoc-direktivet, men Rosati menar att bedömningen av inskränkningarna borde göras utifrån dess motsvarande bestämmelser i InfoSoc-direktivet.²⁷⁸

Sverige är inte unikt inom EU med att tillämpa ett parodiundantag under en särreglerad användning (ett nytt och självständigt verk enligt 1 kap. 4 § 2 st. URL), men kritiker menar att parodiundantaget i artikel 17.7 fortfarande bidrar till ett oklart rättsläge för parodier i stort.²⁷⁹ Tolkningsmetoden som ska gälla för parodier i onlinemiljöer är oklart, men lär förmodligen i svensk upphovsrätt kunna bedömas utifrån båda de synsätten presenterade ovan.²⁸⁰ Att ålägga tjänsteleverantören ansvaret för att efterleva parodins lagliga användning på dess tjänster kan dock vara problematiskt. Schwemer är inne på samma spår och menar att det ska bli intressant att se algoritmiska blockeringstekniker försöka hantera det snåriga och komplicerade system av inskränkningar som håller så många jurister sysselsatta.²⁸¹ Ett tydligt och enhälligt förhållningssätt till hanteringen av dessa obligatoriska inskränkningar och undantag i svensk rätt vore därför att föredra.

Paragrafens tredje stycke, gällande information som ska lämnas till användaren, har innebörden att stärka användarens rättigheter och även

²⁷⁶ Prop. 2021/22:278 s. 140.

²⁷⁷ Enligt rättsfallen diskuterade i uppsatsens kap. 2.2.2.

²⁷⁸ Rosati (2021) *Copyright in the Digital Single Market – Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, s. 353 och COM(2021) 288 final, s. 19-20.

²⁷⁹ Marušić (2019) *The End of Memes? Legislation Implementation Possibilities of Article 17 DSM Directive*, NIR.

²⁸⁰ Se diskussionen kring parodier i svensk upphovsrätt i uppsatsens kap. 2.2.2.

²⁸¹ Schwemer (2020) s. 435.

informera om när användaren får besked om när visst innehåll hindras.²⁸² Det är en förstärkning av användarens rättigheter, och ett försök att hitta ytterligare balans mellan användare och rättsinnehavare. Att informera användaren om rättigheterna enligt undantagen och inskränkningarna bidrar till användarens möjligheter att peka på felaktigt agerande. Enligt en komparativ studie visade det sig dock att Sverige är det enda medlemsland av tio, som ingick i studien, som inte infört några mekanismer för att kontrollera ifall tjänsteleverantörer faktiskt uppfyller sin skyldighet att informera användare om deras rätt att utnyttja verk under undantag eller inskränkningar i användarvillkoren.²⁸³ Synsättet speglar upphovsrättens civilrättsliga perspektiv, där användaren får utnyttja sina möjligheter till klagomål eller vända sig till domstol.

5.1.4 Klagomålsmekanism

Klagomålsmekanismen implementeras i 6 b kap. 52 q § URL som stadgar att en tjänsteleverantör ska ha rutiner för att hantera klagomål av användare i fall då tjänsteleverantören hindrat tillgång till innehåll under 6 b kap. 52 l § URL. Vad gäller kravet på att klagomålsmekanismen ska vara snabb och effektiv anser regeringen att klagomål bör hanteras inom någon eller några dagar, beroende på det enskilda fallet och tjänsteleverantörens storlek.²⁸⁴ Rättsinnehavaren ska även få möjlighet att yttra sig i frågan, se 6 b kap. 52 q § 2 st. URL, något som inte framgår av artikel 17.9 DSM-direktivet. Om rättsinnehavarens begäran inte är vederbörligen motiverad ska dock innehållet återställas. I de fall ett beslut leder till att innehållet inte ska återställas ska innehållet manuellt granskas, se 6 b kap. 52 q § 3 st. URL.²⁸⁵

I ett öppet brev från akademiker 2019 med kommentarer för implementering diskuterades förhållandet mellan klagomålsmekanismen och uppmanandet att

²⁸² Prop. 2021/22:278 s. 138.

²⁸³ Quintais, m.fl. (2022) *Copyright content moderation in the EU: an interdisciplinary mapping analysis*, s. 179.

²⁸⁴ Prop. 2021/22:278 s. 146.

²⁸⁵ Prop. 2021/22:278 s. 26.

filterblockera innehåll från tjänsteleverantörens sida.²⁸⁶ Klagomålsmekanismen inom DSM direktivet är framför allt skapad för att efterleva de undantag och inskränkningar som är till förmån för användaren.²⁸⁷ Rekommendationen skriven av upphovsrättsexperter föreslog ett tillvägagångssätt för att försäkra användarrättigheterna i relation till klagomålsmekanismen. Förslaget innebar att tjänsteleverantörer endast bör ha möjlighet att filtrera och blockera prima facie-intrång, uppladdat material som är identiskt och uppenbarligen detsamma som intrångsgörande material rättsinnehavare välgrundat underrättat tjänsteleverantören om på förhand.²⁸⁸ Om material blockeras på detta vis är användare berättigade att via klagomål försöka få beslutet upphävt.²⁸⁹ Vid fall där material inte är ett fall av prima facie-intrång, och inte presumeras vara intrångsgörande material, men ändå blockeras, ska materialet inte plockas bort från tjänsteleverantörens tjänst tills dess att frågan om innehållets rättsliga status är avgjord.²⁹⁰ I de fall där det uppladdade materialet delvis matchar den underrättelse tjänsteleverantören erhållit från rättsinnehavaren, bör tjänsteleverantören på ett förståeligt sätt fråga användaren om en motivering till varför ett undantag är tillämpligt på materialet, och sedan efter en tidsfrist ha möjlighet att ta bort materialet.²⁹¹

Dessa tillvägagångssätt syns också delvis i regeringens proposition, där regeringen ställt samma krav på att endast material som med stor sannolikhet innebär intrång får blockeras av tjänsteleverantörer. Regeringen anser dock att klagomålsmekanismen endast kommer i fråga i fall där material har hindrats eller plockats bort, varpå det i praktiken inte är möjligt för materialet att fortfarande tillhandahållas under tiden ett klagomål prövas.²⁹² Å ena sidan har regeringen rätt i att material som plockas bort ska vara material som bedöms klart intrångsgörande, eller åtminstone med en hög grad av

²⁸⁶ Quintais, m.fl. (2019) *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics*, p. 20-34.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 20.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 24. En välgrundad underrättelse tjänsteleverantören kan ha erhållit på förhand regleras i nya 52 I § URL (tjänsteleverantörens ansvarsfrihet), artikel 17.4.b-c DSM-direktivet.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 25.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 25.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 26-28.

²⁹² Prop. 2021/22:278 s. 147.

sannolikhet är intrångsgörande, men enligt min åsikt lämnar det utrymme för felaktigheter. I förarbetet tar regeringen höjd för att regelverket inte ska ge något utrymme för att innehåll, där det är tveksamt om intrång föreligger, plockas bort.²⁹³ Enligt min mening kan dock gränsdragningsproblematik uppstå i svåravgjorda fall, liksom påpekat i akademikernas brev ovan, där förslaget innebar att material som blockerats men som inte varit ett fall av prima facie-intrång bör fortsätta vara tillgängligt på tjänsten. Om visst innehåll anses stödjas på ett parodiundantag, men där delar av innehållet har utgjort ett med hög sannolikhet intrångsgörande material enligt en algoritmisk filtrering, lär automatisk blockering genast plocka bort materialet. Huruvida innehållet i slutändan täcks av ett undantag kräver sedan en bedömning som kan vara tidskrävande, och då innehållet under prövningen är nerplockat, kan det vara problematiskt ur ett användarperspektiv.

Några remissinstanser delar denna farhåga, särskilt i fråga om parodier.²⁹⁴ Regeringens tillvägagångssätt kan innebära ekonomiska konsekvenser för användare som har ett intresse i att deras material är tillgängligt från och med en viss tidpunkt. Förslagsvis bör i svåravgjorda fall tjänsteleverantörens interna klagomålsapparat lämna utrymme för användarens motivering av innehållet innan material eventuellt plockas ner. Förslagsvis, i enlighet med akademikernas brev ovan, anser jag det rimligt att befara att allt material som blockeras inte endast kommer vara en fråga om uppenbara intrång utan kan även visa sig vara täckta av ett undantag som kräver särskild granskning. Därför bör möjligheten att lösa situationer där innehåll förhåller sig i gränslandet få ett tillvägagångssätt som inte innebär att material tillåts filtreras bort under den tid en användare vill klaga på beslutet. Men en parodi av ett musikstycke, som i stora delar följer melodin och ackordföljden av originalverket, lär kunna fastna i system för automatisk blockering och måste sedan utmanas av användaren. I sådana sammanhang menar jag att regleringen borde ta höjd för exempelvis ett system av användarmotiveringar, där användaren kan markera materialet såsom laglig under en viss inskränkning. Om den automatiska tekniken ändå flaggar materialet såsom

²⁹³ Prop. 2021/22:278 s. 147.

²⁹⁴ Prop. 2021/22:278 s. 147.

intrångsgörande bör en prövning göras omgående, samtidigt som materialet fortsätter vara tillgängligt, för att avgöra dess potentiella laglighet.

Vad gäller tvistlösning ska medlemsstater säkerställa att det finns prövningsmekanismer som möjliggör tvistlösning utanför domstol. Tvister ska även kunna lösas i domstol, där regeringen anser att patent och marknadsdomstolen är lämplig domstol.²⁹⁵ Regeringen anser däremot att det i svensk rätt finns möjligheter att avtala om opartisk tvistlösning utanför domstol genom skiljeförfarande och medling och att dessa är tillräckliga för att uppfylla direktivets krav i denna del.²⁹⁶ Därför införs inget enskilt prövningsorgan för denna typ av frågor, till skillnad från exempelvis Danmark, där Upphovsrättslicensnämnden är behörig att pröva aktuella tvister av detta slag.²⁹⁷ Ur ett enskilt användarperspektiv är dock svenska alternativ för opartisk tvistlösning i skiljeförfarande eller genom medling kostsamma och troligen i viss mån avskräckande för en enskild användare. Att införa ytterligare ett kostnadsfritt prövningsorgan för dessa frågor, såsom Danmark gjort, vore ett alternativt tillvägagångssätt till förmån för användaren.

5.1.5 Säkerställande av användarrättigheter

För att ytterligare säkerställa användares rättigheter har det svenska införlivandet infört en uttrycklig skadeståndsbestämmelse som även inkluderar föreläggande från domstol. Någon sådan finns inte i DSM-direktivet, men har frivilligt valts att implementeras i svensk upphovsrätt.²⁹⁸ Det sanktionssystem som införs är dock av civilrättslig natur men innehåller en möjlighet att genom domstol få en rättelse utdömd med vitespåföljd.²⁹⁹ Bestämmelserna införs i 6 b kap. 52 r § och 6 b kap. 52 s § URL. Om en tjänsteleverantör uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt 6 b kap. 52 o § URL (skydd för laglig användning) och en användare lider skada av detta blir tjänsteleverantören skadeståndsskyldig. Ett

²⁹⁵ Prop. 2021/22:278 s. 148.

²⁹⁶ Ibid. s. 148 ff.

²⁹⁷ Ibid. s. 150.

²⁹⁸ Ibid. s. 151 f.

²⁹⁹ Ibid. s. 151.

föreläggande att vidta rättelse följer av 6 b kap. 52 s § URL och innebär att en användare kan vända sig till domstol ifall en tjänsteleverantör åsidosatt sina skyldigheter enligt 6 b kap. 52 o eller 6 b kap. 52 q §§ URL (klagomålsmekanismen) där domstolen vid vite får förelägga tjänsteleverantören att vidta rättelse.

Dessa bestämmelser är alltså till stor fördel för användare och ett tydligt ställningstagande från regeringens sida. Genom artikel 17 DSM-direktivet ansvarar tjänsteleverantören upphovsrättsligt gentemot rättsinnehavaren och kan bli både ersättnings- och skadeståndsskyldig.³⁰⁰ Å andra sidan saknar direktivet någon sanktionsskyldighet för det fall tjänsteleverantören åsidosätter sina skyldigheter gentemot användaren.³⁰¹ Det hela leder till en obalans som skulle kunna föranleda att tjänsteleverantörer väljer att blockera mer material än nödvändigt vilket inte framstår som en rimlig avvägning av de grundläggande intressen som skyddet för användare ska säkerställa.³⁰² Dessa sanktionsbestämmelser riktade åt användaren agerar därmed som en motvikt och bidrar till användarens skyddsnät. Både regeringen och Lagrådet påpekar dock att de flesta användare är små aktörer och har därför svårt att föra skadeståndstalan gentemot tjänsteleverantören.³⁰³ Därför har bestämmelsen om att användare eller användarorganisationer kan vända sig till domstol för att vidta rättelse kommit till.³⁰⁴ Ur ett användarperspektiv är dessa bestämmelser positiva och tillgodoser i längden den intresseavvägda balans som ska stärka användarens grundläggande rättigheter.

5.2 Slutsatser

Sveriges utformning av artikel 17 DSM-direktivet i svensk rätt går på flera varierande sätt utöver direktivtexten. Många av dessa särskilda åtgärder är ur ett användarperspektiv både sunda och förnuftiga. Regeringen är tydlig med att införlivandet ska avväga flera olika intressen, men framför allt förhindra

³⁰⁰ Prop. 2021/22:278 s. 151.

³⁰¹ Ibid. s. 151.

³⁰² Ibid. s. 151.

³⁰³ Ibid. s. 152.

³⁰⁴ Ibid. s. 152.

att de nya bestämmelserna gör alltför stora intrång i användarens yttrandefrihet.

Implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet leder till 13 olika paragrafer i svenska URL. Regleringen tycks ändå inte överdrivet snårig, även om implementeringsuppdraget är utmanande. När det gäller kärnan i rättighetsavvägningen har regeringen valt att införa en särskild bestämmelse, 6 b kap. 52 o § URL, som komplement till 6 b kap. 52 l § (ansvarsfrihet och skyldigheter för tjänsteleverantörer), som direkt reglerar frågan om automatisk blockering. Bestämmelsen speglar en tolkning från domen *Polen mot Europaparlamentet* och generaladvokatens förslag till avgörande i målet samt kommissionens vägledning, där varken generaladvokatens förslag eller vägledningen är bindande rättsakter för medlemsstaterna att följa. Den svenska regeringen har i sin tur tolkat EU-domstolens dom på sådant sätt att den nationella lagstiftning som genomför direktivet kan behöva specificera balansen mellan de olika grundläggande intressen som ska garanteras, tydligare än dess utformning i direktivet.³⁰⁵ Samtidigt ska den nationella lagstiftningen inte vara alltför detaljerad för att ge utrymme åt tjänsteleverantörerna till att anpassa sina åtgärder. Den ska även särskilt specificera balansen mellan garanterade intressen.³⁰⁶ Därför är det den nationella lagstiftaren som har i uppdrag att slutligen tolka innebörden av artikel 17 DSM-direktivet för att upprätthålla balansen mellan olika intresseinnehavare.³⁰⁷ Utgångspunkten, menar regeringen, är att ta ledning av det som EU-domstolen beslutat i ovan presenterade dom, men även den detaljerade genomgången presenterad av generaladvokaten i förslaget på avgörande, eftersom generaladvokatens resonemang var betydligt mer utförliga än EU-domstolens slutliga dom.³⁰⁸ Automatisk blockering ska, enligt 52 o § URL, endast få ske vid fall där det är hög sannolikhet att intrång föreligger. Denna specificering följer inte av artikel 17 DSM-direktivets ordalydelse. Det svenska införlivandet beaktar det lagstiftningsunderlag som

³⁰⁵ Prop. 2021/22:278 s. 105-106.

³⁰⁶ Ibid. s. 106.

³⁰⁷ Ibid. s. 106.

³⁰⁸ Ibid. s. 106.

följt från EUD efter direktivets tillkomst och tar sikte på att ytterligare säkra artikel 17:s konstitutionella konformitet.

Regeringen tar ytterligare steg för att tillförsäkra användarens rättigheter genom att införa informationsskyldigheter för tjänsteleverantören. Exempelvis syns det i 6 b kap. 52 o § 2 st. URL där tjänsteleverantören ska informera användaren om en blockeringsåtgärd vidtagits. Ytterligare ett exempel finns i nya 6 b kap. 52 n § URL (rätt till information). Paragrafen är en implementering av artikel 17.8 DSM-direktivet som föreskriver att tjänsteleverantörerna ska förse *rättsinnehavare* med adekvat information om hur deras metoder fungerar med avseende på deras skyldigheter enligt artikel 17.4. Den svenska paragrafen föreskriver däremot att *även användare* bör ha rätt till denna information, och inte bara rättsinnehavare, till skillnad från DSM-direktivets formulering. Återigen presenterar regeringen ett positivt förhållningssätt som bistår båda parter.

Vad gäller användarens inskränkningar och undantag är dessa obligatoriska att implementera i medlemsstaterna. Sverige inför ventilen i 6 b kap. 52 p § URL och användare ska vara tillförsäkrade användning i citatsyften och parodisyften samtidigt som de ska ha möjlighet att tillgängliggöra innehåll som inte medför intrång i upphovsrätt på tjänsten. Implementeringen följer artikel 17.7 DSM-direktivet relativt nära. Som diskuterat i uppsatsens andra kapitel tar dessa undantag och inskränkningar sin plats i ett intressant inskränkningsklimat i svensk upphovsrätt. Citaträtten är väl etablerad men parodilagstiftningen särskilt särreglerad. I detta avseende kan det anmärkas på att en tydligare implementeringsväg här hade varit att föredra. Ett förslag hade varit införandet av en generell inskränkning för parodier i 2 kap. URL i samband med införlivandet i 6 b kap. 52 p § URL, med ett bedömningsunderlag som direkt kan samspela med regleringen för parodier i onlinemiljöer. Enligt min mening missade regeringen en god chans att skapa en mer enhetlig inskränkningskatalog. Anledningen till att en generell inskränkning hade varit att föredra grundar sig i ett rättssäkerhetsperspektiv. En användare bör med viss tydlighet och precision förstå hur en parodi rättsligen ska bedömas för att vara undantagen upphovsrätten till

originalverket. Att försöka bidra till en harmoniserad definition av parodibegreppet, kanske genom att adoptera EUD:s definition av begreppet i svensk lagtext, vore därför nyttigt. En tillsatt utredning ska dock ta ställning till hur en generell bestämmelse för att använda verk i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte ska utformas. Den ska även ta ställning till om en uttrycklig reglering likt trestegsregeln bör införas i svensk upphovsrätt.³⁰⁹

Vidare inför Sverige ett klagomålssystem som är förmånligt för användare. Klagomålsmekaniken följs även av två särskilda bestämmelser gällande skadestånd och möjlighet att med hjälp av domstol vidta rättelser. Att innefatta en skadeståndsbestämmelse samt öppna upp för möjligheten att begära rättelse vid domstol följer inte av artikel 17 DSM-direktivet och är ytterligare exempel på sätt den svenska lagstiftaren valt att ta ytterligare åtgärder för att balansera användarens intressen gentemot tjänsteleverantören och rättsinnehavaren. Vad gäller klagomålsmekanismen följer det av 52 q § 3 st. URL att beslut om att inte återställa tillgång till innehåll ska föregås av en mänsklig granskning. Formuleringen är helt kompatibel med artikel 17 eftersom motsvarande krav finns där. Jag kan dock vilja kritisera klagomålsfunktionen på ett antal punkter. För det första har regeringen valt en intresseavvägning som innebär att det endast är material som bedömts som klart intrångsgörande som plockas bort från en tjänst och därför ska innehållet vara otillgängligt i avvaktan på prövning.³¹⁰ Vid tveksamma fall av intrång ska innehåll inte plockas bort. Det borde dock uppstå gränsfall, där material delvis matchar den information som rättsinnehavare försett tjänsteleverantören med, men som kan vara någon form av laglig användning. Liksom i akademikernas öppna brev till medlemsstaterna inför implementeringen, vore ett rimligt förhållningssätt snarare att vid tveksamma fall av intrång kontakta användaren för en motivering av innehållet innan materialet blockeras, och i sådana fall hållas tillgängligt i avvaktan på prövning.³¹¹ Ett annat alternativ vore att föreskriva kvantitativa tröskelvärden

³⁰⁹ Kommittédirektiv 2022:125 – En översyn av vissa frågor om upphovsrätt.

³¹⁰ Se uppsatsens kap. 5.1.4 och prop. 2021/22:278 s. 147.

³¹¹ Se uppsatsens kap. 5.1.4 och Quintais, m.fl. (2019) *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics*, p. 26-28.

som filtreringstekniken kan anpassa sig till. Sådana förhållningssätt har inte synts till i propositionen men hade stärkt användarens yttrandefrihet.

Ytterligare en punkt som kan ifrågasättas i förhållande till klagomålsmekaniken är frågan om tvistlösningar utanför domstol. Regeringen anser att det i svensk rätt finns tillfredställande möjligheter att avtala om opartisk tvistlösning genom exempelvis skiljeförfarande och medling som uppfyller direktivets krav på tvistlösning utanför domstol. I Danmark å andra sidan har dess upphovsrättslicensnämnd blivit behörig att kostnadsfritt pröva denna typ av tvister, dock har inga ärenden aktualiserats under det år då det nya regelverket varit på plats.³¹² Jag anser dock att den återhållsamma ordningen att tillförlita eventuella tvister mellan en tjänsteleverantör och en användare vara ineffektiv. Maktförhållandet mellan användare och tjänsteleverantör eller rättsinnehavare är viktad, och det är troligen osannolikt att användare löser en sådan tvist i skiljedomstol på grund av höga kostnader. Det vore rimligare att utifrån ett användarperspektiv gå på Danmarks linje och inrätta ett särskilt organ som kostnadsfritt kan pröva eventuella tvister för att jämna ut maktbalansen mellan användare och tjänsteleverantörer. Frågan om tvistlösningens effektivitet är i skrivande stund oklar. Användarens ojämna ställning i detta avseende balanseras dock ut med hjälp av det särskilda sanktionssystemet riktad åt användaren som understryker tjänsteleverantörens skyldigheter i förhållande till användarens lagliga användning.

³¹² Se prop. 2021/22:278 s. 150.

6 Avslutande kommentarer

I uppsatsens avslutande kommentarer ska uppsatsens ursprungliga frågeställning besvaras utifrån uppsatsens syfte. Uppsatsen avrundas sedan med några avslutande ord.

6.1 I vilken mån tillgodoses intresseavvägningen?

Frågan är då i vilken mån den svenska implementeringen tillgodosett intresseavvägningen mellan användare och rättsinnehavare. Med utgångspunkt i den ursprungliga kritik som centrerat debatten kring DSM-direktivets tillkomst och dess tidiga rättsinnehavarperspektiv är det slutligen angeläget att analysera Sveriges tillvägagångssätt utifrån uppsatsens syfte. Uppsatsens syfte har varit att utvärdera den svenska implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet i svensk upphovsrätt utifrån ett användarperspektiv. I vilken utsträckning tillgodoses då intresseavvägningen mellan användarrättigheter och rättsinnehavare i implementeringen av artikel 17 DSM-direktivet i svensk upphovsrätt?

Det måste i sammanhanget anmärkas på att Sveriges implementeringsstrategi är, ur ett användarperspektiv, inte så illa som många säkert befarat. Den ursprungliga kritiken gentemot artikel 17 DSM-direktivet berörde framför allt en eventuell kränkning av yttrandefriheten genom rädslan av automatisk blockering från tjänsteleverantörer på internet. Det har dock hänt en hel del på området sedan direktivet antogs 2019, med bland annat en praxisutveckling från EUD som diskuterar just frågan om artikelns konformitet med EU-stadgan. Sveriges regering har med hjälp av denna praxis och andra tolkningsunderlag valt att ta särskilda ställningstaganden till förmån för användaren. Liksom presenterat ovan införs ett särskilt skadestånds- och sanktionssystem för användaren i svensk rätt, där enskilda kan begära skadeståndsansättning och rättelse i domstol. Där finns även ett antal bestämmelser rörande information riktad åt användare som direkt berör

tjänsteleverantören såsom en åtgärd för att stärka användarens ställning som inte uttrycks i DSM-direktivet. Implementeringen torde åtminstone vara kompatibel med direktivets vägledning men även stärkande ur ett användarperspektiv. Implementeringens eventuella effektiva kompatibilitet med direktivet får framtida praxis från EUD avgöra.

I förhållande till yttrandefrihetens påverkan av de nya upphovsrättsliga bestämmelserna kan det anmärkas på följande. Regeringens förhållningssätt till metoder för automatisk blockering är begränsad till material som med hög grad av sannolikhet anses intrångsgörande. Tillvägagångssättet är nog ett av de alternativ som försöker göra minst intrång på yttrandefrihetens intressen samtidigt som upphovsrätten måste respekteras. Det är en svår balansgång att fullständigt säkra yttrandefriheten och samtidigt rättsinnehavarens upphovsrätt. Det finns potentiella konsekvenser av en "chilling effect" på yttrandefriheten vid skyldigheten för tjänsteleverantörer att förhindra intrång. Exempelvis måste användare uttryckligt och tydligt informeras om deras rättigheter att publicera material under ett undantag eller en inskränkning för att minska den potentiella "chilling effecten" på yttrandefriheten. Trots att tjänsteleverantören tekniskt sett inte åläggs en skyldighet att blockera intrångsgörande material så är bestämmelsen uttryckt såsom en indirekt skyldighet eftersom det i samtliga fall troligen är eftersträvansvärt att åberopa ansvarsfrihet. Innehållsidentifieringsteknik är dessutom en teknik som i princip måste användas med tanke på den enorma mängd material som dagligen tillgängliggörs på tjänsteleverantörers plattformar. Utifrån ett marknadsperspektiv lär det för tjänsteleverantören därför alltid vara billigast att undvika det upphovsrättsliga ansvaret med hjälp av sådan teknik.

Jag anser dock att med hjälp av 6 b kap. 52 o § URL gör regeringen en sund intresseavvägning mellan användarintresset och skyddet för upphovsrätten. 6 b kap. 52 o § URL föreskriver det dubbla ansvaret för tjänsteleverantörer – de ska tillgodose rättsinnehavare enligt 6 b kap. 52 1 § URL så *gott de kan* men *får inte* inkräkta på laglig användning enligt 6 b kap. 52 o § URL. Det är tydligt att den svenska regleringen försöker bidra till så få fall av automatisk blockering som möjligt varpå intresseavvägningen i denna fråga kanske i

slutändan är välgjord. Ett önskvärt alternativ vore att försöka reglera de automatiska blockeringsteknikerna ytterligare. Exempelvis genom att införa bestämmelser kring att automatisk igenkänningsteknik ska vara utrustad på sådant sätt att den även kan identifiera material som troligen är täckt av ett undantag eller en inskränkning och inte bara vara effektiv för att identifiera intrång. Genom ett sådant system tillförsäkras användarrättigheter *ex ante*, eller redan från början, istället för att tillförlita rättigheternas efterlevnad till en *ex post* hantering där rättigheterna redan har blivit kränkta en gång för att istället repareras. Att reglera sådant i lag är däremot lättare sagt än gjort. Ett sådant krav skulle möjligen kunna utläsas indirekt ur tjänsteleverantörens resultatkrav i 6 b kap. 52 o § URL men skulle kunna regleras tydligare. Ett annat alternativ vore införandet av kvantitativa trösklar för användning som den algoritmiska tekniken kan förhålla sig till, vilket syntes i vissa andra medlemsstater och diskuterades i uppsatsens kapitel 3.1. Det finns dock risker förknippade med ett sådant tillvägagångssätt. Sådana trösklar kan i hög grad påverka användarens beteenden och troligen styra användning till trösklarnas krav i stället för ett fritt tillförlitande på inskränkningar.

Det ska även nämnas att implementeringen innebär ett absolut erkännande av användarrättigheter. 6 b kap. 52 p § URL stadgar att en användare *har rätt att* tillgängliggöra innehåll i citat, kritik och recensionssyfte likväl i karikatyr-, parodi- och pastischsyfte. Utöver det har användaren också en positiv rätt att utan hinder av tjänsteleverantören tillgängliggöra innehåll som inte medför intrång i upphovsrätt, vilket bland annat refererar till hela inskränkingskatalogen och till sådant material som inte längre skyddas av upphovsrätt. Inskränkningarna i upphovsrätten som har distinkt koppling till grundläggande rättigheter såsom yttrande- och informationsfriheten blir stärkta genom denna positiva rätt. Den positiva rätten korresponderar med tjänsteleverantörens ansvarsreglering men är inte frivillig på samma vis, då bristfälligheter i relation till användarrättigheterna från tjänsteleverantörens sida kan resultera i domstols- och skadeståndsprocesser enligt det nya sanktionssystemet. När vi talar om intresseavvägning i det nya regelverket är ett erkännande av denna rättighetskatalog fundamental och föranleder inte heller någon större kritik mot den svenska utformningen. Det främsta

frågetecknet som kvarstår är hanteringen av parodier och enligt vilken bedömningsgrund de ska avgöras utifrån. En numera användarrättighet som uppenbarligen jurister har svårt att hantera ska härnäst hanteras av tjänsteleverantörer och i viss mån automatiserad teknik.

Klagomålsapparaten är även den i stort sett stärkt i den svenska implementeringen. Som anmärkt på finns dock ett antal ställningstagande som inte fullt ut säkrar användarperspektivet. Exempelvis med ett system som inte i särskilt stor utsträckning tar hänsyn till materials fortsatta tillgänglighet i avvaktan på prövning genom att förlita sig på systemet av blockering av endast uppenbart intrång. Kan en parodi fastna i innehållsidentifieringstekniken och plockas bort, trots att intrånget egentligen är tveksamt? Regeringen hävdar att tveksamma intrång inte ska blockeras, vilket är eftersträvansvärt, men är det verklighetsfrånvänt? Ur ett användarperspektiv är ett sådant förhållningssätt något inskränkande, men å andra sidan speglar det intresseavvägningen. Trots dess eventuella negativa konsekvenser för användaren är det i princip nödvändigt för rättsinnehavaren att material så fort som möjligt plockas bort när upphovsrätten ska respekteras. Även om där kan förekomma fall där användaren egentligen haft rätt i att tillgänggöra visst material med stöd av en inskränkning, som av något skäl blockerats, borde denna risk vara relativt låg i förhållande till ett annars för stort inkräktande på rättsinnehavarens rättigheter. Som balans till detta har användaren sina möjligheter till klagomål. Däri har regeringen dessutom föreskrivet att klagomål måste hanteras av en mänsklig granskning i fall där ett beslut tas om att innehåll *inte* ska återställas på tjänsten.³¹³ Dessutom finns där två bestämmelser riktade åt användaren i sammanhanget – där användaren kan driva en skadeståndsprocess gentemot tjänsteleverantören eller vända sig till domstol för att vidta rättelse. Även om en skadeståndstalan lär vara kostsam för en enskild användare och kanske därmed främmande finns domstolsalternativet som kompensation.

Den svenska implementeringen är slutligen ett regelverk som i många avseenden går utöver artikel 17 DSM-direktivets interna

³¹³ Se 6 b kap. 52 q § URL.

rättighetsbalansering. Användarskyddet hade stärkts ifall lagstiftaren utvecklade några åtgärder men i sådana fall på rättsinnehavarens bekostnad. Intressebalansen tillgodoses genom att användare tillerkänns positiva rättigheter samtidigt som regelverket stärker rättsinnehavarens upphovsrättsliga skydd på ett antal olika sätt. Ur ett användarperspektiv är det tydligt att den svenska implementeringsstrategin tagit grundläggande fri- och rättigheter på allvar vid utformningen av de eventuella yttrandefrihetskränkande bestämmelserna. Den svenska implementeringen dröjde i avvaktan på EU-domstolens dom i målet *Polen mot Europaparlamentet*, ett drag som med allt att döma var klokt ur lagstiftningshänseende. Användaren tillförsäkras ett skyddsnät i upphovsrättsregleringen som i många andra avseenden var utformad för att stärka just upphovsrätten. Kronan på verket är troligen Sveriges sanktionssystem som sticker ut i sammanhanget, men som utan tvekan fyller ett syfte.

6.2 Avslutande ord

Uppsatsen har haft i syfte att utreda det svenska införlivandet av artikel 17 DSM-direktivet. I januari 2023 trädde de nya bestämmelserna ikraft, bestämmelser som införlivar ett av upphovsrättens mest omdiskuterade direktiv någonsin. Den ursprungliga debatten kring direktivet och dess potentiella yttrandefrihetskränkande bestämmelser har sakta men säkert avtagit och är kanske inte riktigt lika befogade som de en gång var. En av anledningarna är att artikel 17 DSM-direktivet utvecklats i samklang med revisioner av direktivet och praxis från EU-domstolen. Självfallet råder fortfarande oklarheter kring bestämmelsernas praktiska effekter. Sådana frågor återstår att bli besvarade.

De nya bestämmelserna tar sin plats i ett nytt kapitel i upphovsrättslagen. Det nya kapitlet är inte en direktöversättning av direktivet till svensk lagtext, utan beaktar i stora drag resonemang kring direktivets tolkning som presenterats av kommissionen och EU-domstolen. Dessa resonemang leder till att artikel 17-bestämmelserna i svensk rätt är kompletterande vad gäller exempelvis användarskyddet. Intresseavvägningen av direktivets bestämmelser kommer

till uttryck internt i det nya upphovsrättsliga kapitlet och i lagtextens förarbeten. Yttrandefrihetsrättsliga intressen tillgodoses genom att försöka minimera risken för filtreringsblockering av innehåll och material som laddas upp på plattformarna. Ett av de tydligaste exemplen är resultatkravet för tjänsteleverantörer att inte hindra tillgången till lagligt material, sådant material som användaren har rätt att skapa och överföra till allmänheten på plattformarnas tjänster. Däri ska yttrandefriheten skyddas och användaren får möjlighet att klaga på negativa beslut och rikta sanktioner mot eventuella kränkningar av denna rättighet. Implementeringen av användarrättigheter har även lett till att svensk upphovsrätt för första gången innehåller en lagstadgad inskränkning för parodier. Inskränkningen är begränsad till onlinemiljöer men är förmodligen ett steg närmare införandet av en generell parodibestämmelse i 2 kap. URL. Huruvida en sådan generell bestämmelse slutligen kommer införas i svensk upphovsrätt återstår att se, även om mycket pekar på att det vore välkommet.

Utanför denna uppsats ramar finns ett antal intressanta frågor som inte har några raka svar. Implementeringen av direktivet i olika medlemsstater i EU har skett i smått olika riktningar, inte minst när det gäller tolkningen av artikel 17 DSM-direktivets ”best-effort” klausuler. Förutom harmoniseringseffekten blir det intressant att följa direktivets marknadspåverkan och slutgiltiga effektivitet. Sedan Danmark införlivade direktivet i dansk rätt har inte några klagomål aktualiserats i den danska upphovsrättslicensnämnden som prövningsorgan för tvister kring direktivets tillämpning. Kanske är det så att den tidigare ansvarsregleringen för tjänsteleverantörer ändå var effektivare än förutspått, eller att implementeringen av artikel 17 inte aktualiserat yttrandefrihetskränkningar i den mån man befarade. Systemet av ”notice-and-takedown” under e-handelsdirektivet var kanske ett välfungerande system? Rättsinnehavare bör åtminstone jubla över en reviderad ansvarsreglering som leder till fler licensavtal.

Samspelet mellan grundläggande fri- och rättigheter är konstant och nödvändig i demokratiska rättsordningar och särskilt vid införlivandet av artikel 17 DSM-direktivet i nationella rättsordningar. Svenska

internetanvändare har framöver ett relativt välbevarat yttrandefrihetsrättsligt skydd på internet. Det nya kapitlet för upphovsrätten är förhoppningsvis ljusare än befarat och balanserar internetanvändningen i stort tillsammans med upphovsrätten.

Källförteckning

Litteratur och juridiska tidskrifter

Balkin, Jack M. (2018), *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*. UC Davis Law Review, (2018), Yale Law School, Public Law Research Paper No. 615, s. 1151-1209. <<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/4699>>

Bernitz, Liv (2000), *Tryckfrihetsförordningen och upphovsrättslagen i kollision*, Svensk Juristtidning, SvJT 2000 häfte 4, s. 340–358.

Bridy Annemarie (2020), *The Price of Closing the Value Gap: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform*, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 22, Issue 2, artikel 4, s. 323-358. <<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw/vol22/iss2/4/>>

Edström, Örjan (2020), *Teori, metod och perspektiv – erfarenheter från examensarbeten på juristprogrammet*. i: Derlén, Mattias, Landström, Lena & Nilsson Rådeström, Nina (red.). Vänbok till Ulf Israelsson. Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet. s. 43–52.

European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Hoboken, J., Quintais, J., Poort, J., et al. (2019) *Hosting intermediary services and illegal content online: an analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape: final report*. Publications Office. <<https://data.europa.eu/doi/10.2759/284542>>

Ferri Federico (2021), *The dark side(s) of the EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market*, China-EU Law Journal 7, s. 21-38. <<https://link.springer.com/article/10.1007/s12689-020-00089-5>>

Ficks Erik (2015), *Om det icke-existerande eller harmoniserade parodiundantaget i svensk upphovsrätt*, NIR 3/2015, s. 316–325.

Frosio, G (2022). *Freedom to Share*. IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law 53, s. 1145–1148. <<https://doi.org/10.1007/s40319-022-01238-y>>

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.) (2011). *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. 2., omarb. Uppl. 2. Stockholm: Norstedts juridik.

Jareborg, Nils (2004), *Rättsdogmatik som vetenskap*, Svensk Juristtidning, SvJT 2004 häfte 1, s. 1–10.

Kleineman, Jan (2018), *Rättsdogmatisk metod*, i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Andra upplagan Lund: Studentlitteratur s. 21-46.

Lambrecht, Maxime (2020), *Free Speech by Design: Algorithmic Protection of Exceptions and Limitations in the Copyright DSM Directive*. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 11, no. 1, s. 68-94. <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-11-1-2020/5080>>

Lebeck, Carl (2016), *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*. 2., [rev.] uppl. Lund: Studentlitteratur.

Leistner, Matthias (2020), *European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Article 17 DSM-Directive – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?*, *Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ)*, Issue 2, s. 123-214. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3572040>

Levin, Marianne (2019), *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönster- och formgivningrätt, känneteckensrätt - i Sverige, EU och internationellt*. 12 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik.

Madiega, Tambiama, EPRS European Parliamentary Research Service, (2020) *Reform of the EU liability regime for online intermediaries – Background on the forthcoming digital services act*. European Parliament Members Research Service. <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_EN.pdf)>

Marušić, Branka (2022), *Nihil Sub Sole Novum: The CJEU Ruling on the Validity of Article 17 of the DSM Directive*, *NIR* 3/2022, s. 281-294.

Olsen, Lena (2004), *Rättsvetenskapliga perspektiv*, *Svensk Juristtidning*, SvJT 2004 häfte 2, s. 105–145.

Olsson Henry, Rosén Jan (2019), *Upphovsrättslagen en kommentar*, (Version 4A, JUNO), Norstedts Juridik.

Olsson, Henry (2018), *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, Tionde upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm.

Peczenik, Aleksander (2005), *Juridikens allmänna läror*, *Svensk Juristtidning*, SvJT 2005 häfte 3, s. 249–272.

Quintais, Frosio, van Gompel, Hugenholtz, Husovec, Jütte, Senftleben (2019), *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics*, *JIPITEC – Journal of Intellectual Property*,

Information Technology and E-Commerce Law, Issue 10 (3).
<<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-3-2019/5042>>

Quintais, João Pedro and Mezei, Péter and Harkai, István and Vieira Magalhães, João and Katzenbach, Christian and Schwemer, Sebastian Felix and Riis, Thomas (2022), *Copyright Content Moderation in the EU: An Interdisciplinary Mapping Analysis*, reCreating Europe Report.
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4210278>

Reichel, Jane (2018), *EU-rättslig metod*, i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Andra upplagan Lund: Studentlitteratur s. 109-142.

Rosati Eleonora (2022), *From the early days of harmonization to the DSM Directive 2019/790: continuity and complexity of the EU copyright framework*, Auteurs&Media 2021/3, s. 289-298.
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4187759>

Rosati, Eleonora (2021), *Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790*. Oxford: Oxford University Press.

Sandgren, Claes (2006), *Vad är rättsvetenskap?* i: Festskrift för Peter Seipel, s. 527–552.

Schwemer Sebastian Felix (2020), *Article 17 at the intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation*, NIR 3/2020, s. 400-435.

Schwemer, Sebastian Felix and Schovsbo, Jens (2020), *What is Left of User Rights? – Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of the Article 17 Regime*. i Paul Torremans (ed), *Intellectual Property Law and Human Rights*, 4: e upplagan, Wolters Kluwer, s. 569-589.

Shapiro Ted, Hansson Sunniva (2019), *The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same*, *European Intellectual Property Review*, 41 E.I.P.R, issue 7, s. 404-414.

Szkalej, Kacper F. (2021), *Copyright in the age of access to legal digital content: a study of EU copyright law in the context of consumptive use of protected content*. Diss. Uppsala: Uppsala universitet.

The European Copyright Society (2020), *Comment of the European Copyright Society Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law*, JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, Issue 11 (2). <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-11-2-2020/5104>>

Elektroniska källor

Axhamn Johan (2019), *Det nya direktivet om upphovsrätt på EU:s digitala inre marknad*, Norstedts Juridiks nyhetstjänst. Tillgänglig online <https://www.nj.se/nyheter/nya-direktivet-om-upphovsratt-pa-eus-digitala-inre-marknad>. (Besökt 2022-10-11).

BBC News (2018), *Europe's copyright plan: Why was it so controversial?* Tillgänglig online <https://www.bbc.com/news/world-europe-44722406>. (Besökt 2022-10-03).

EU Copyright Reform: Evidence on the Implementation of the Copyright in Digital Single Market Directive (Directive (EU) 2019/790) CREATE Centre: University of Glasgow & reCreating Europe. Tillgänglig online <https://www.create.ac.uk/cdsm-implementation-resource-page/> (besökt 2022-11-10).

Greilich, Konrad (2019), *The EU Directive on the Single Digital Market and its Influence on the Freedom of Expression*. Tillgänglig online: <https://ssrn.com/abstract=3789062>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789062> (Besökt 2022-10-05).

Keller, Paul (2022), *Article 17, the year in review (2021 edition)*, Kluwer Copyright Blog. Tillgänglig online <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/01/24/article-17-the-year-in-review-2021-edition/>. (Besökt 2022-12-20).

Kleinman Zoe, BBC News (2019), *Article 13: Memes exempt as EU backs controversial copyright law*. Tillgänglig online <https://www.bbc.com/news/technology-47708144>. (Besökt 2022-10-03).

Kreutzer, Till (2020), *The EU Copyright directive and its potential impact on cultural diversity on the internet – Part I*, Kluwer Copyright Blog. Tillgänglig online <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/01/22/the-eu-copyright-directive-and-its-potential-impact-on-cultural-diversity-on-the-internet-part-i/>. (Besökt 2022-10-06).

Marušić, Branka (2019), *The End of Memes? Legislation Implementation Possibilities of Article 17 DSM Directive*, NIR Notis. Tillgänglig online <https://www.nir.nu/notis/NIR2019W8> (Besökt 2022-09-28).

Reda Felix, Selinger Joschka (GFF (Society for Civil Rights)) (2021), Kluwer Copyright Blog, *YouTube/Cyando – an Important Ruling for Platform Liability – Part 1*. Tillgänglig online <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/07/01/youtube-cyando-an-important-ruling-for-platform-liability-part-1/>. (Besökt 2022-10-18).

Rosén, Jan (2019), *Informationsfrihet eller respekt för upphovsrätten – järnrörsfilmen redo för Högsta domstolens prövning*, NIR notis, 2019-07-15.

Tillgänglig online <https://www.nir.nu/notis/NIR2019W14>. (Besökt 2022-11-14).

Szkalej, Kacper F (2022), *Article 17 DSM Directive: the Swedish Proposal (Part 1)*, Kluwer Copyright Blog. Tillgänglig online <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/04/20/article-17-dsm-directive-the-swedish-proposal-part-1/>. (Besökt 2022-11-28).

Szkalej, Kacper F (2022), *Article 17 DSM Directive: the Swedish Proposal (Part 2)* Kluwer Copyright Blog. Tillgänglig online <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/04/21/article-17-dsm-directive-the-swedish-proposal-part-2/>. (Besökt 2022-11-28).

Voorhoof Dirk, Høedt-Rasmussen Inger (2013), *Copyright vs Freedom of Expression Judgement*, Kluwer Copyright Blog. Tillgänglig online <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/>. (Besökt 2022-11-14).

Wojcicki, Susan (2020), *Youtube at 15: My personal journey and the road ahead*, Tillgänglig online <https://blog.youtube/news-and-events/youtube-at-15-my-personal-journey/>. (Besökt 2022-10-03).

Offentligt tryck

Sverige

Departementsserie 2021:30 – Upphovsrätten på den digitala inre marknaden.

Lagrådsremiss, “Upphovsrätten på den digitala inre marknaden”, 9 juni 2022.

Näringsutskottets betänkande 2022/23:NU6 – Ändringar i upphovsrätten på den digitala inre marknaden

Regeringens proposition 1975/76:209 – Om ändring i regeringsformen

Regeringens proposition 1992/93:214 – Om ändringar i upphovsrättslagen

Regeringens proposition 1996/97:111 – Rättsligt skydd för databaser, m.m

Regeringens proposition 2004/05:110 – Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m

Regeringens proposition 2021/22:278 – Upphovsrätten på den digitala inre marknaden

Kungliga Majestäts proposition nr 17 år 1960 – Med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

Riksdagsskrivelse 2022/23:41

Statens offentliga utredningar 1956:25 – Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk: lagförslag

EU

C2012/326/02 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR)

Communication from the commission to the European parliament and the council, Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market. COM/2021/288 final

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

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")

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

Europeiska Unionens officiella tidning. Upplysningar från Europeiska unionens institutioner och organ. Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, s. 17–35. EUT C 303. (2007)

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF)

Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on copyright in the Digital Single Market. COM/2016/0593 final - 2016/0280

Rättspraxis

Högsta domstolen, Patent- och marknadsöverdomstolen och Patent och marknadsdomstolen

NJA 1985 s. 893

NJA 1996 s. 712

NJA 1998 s. 838

NJA 2005 s. 905

NJA 2016 s. 212

NJA 2017 s. 75

NJA 2020 s. 293

PMÖD B 12315–20, En svensk tiger

PMÖD T 1473–18, Mobilfilmen

PMD B 7348–20

EU-domstolen

Mål C-128/17, Republiken Polen mot parlamentet och rådet, ECLI:EU:C:2019:194.

Mål C-145/10, Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl., ECLI:EU:C:2013:138.

Mål C-160/15, GS Media, ECLI:EU:C:2016:644.

Mål C-162/10, Phonographic Performance Ireland Lmt. mot Irland och Attorney General, ECLI:EU:C:2012:141.

Mål C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen mot Dirk Renckhoff, ECLI:EU:C:2018:634.

Mål C-201/13, Deckmyn och Vrijheidsfonds, ECLI:EU:C:2014:2132.

Mål C-225/97, Kommissionen mot Frankrike, ECLI:EU:C:1999:252.

Förenade målen C-225/19 och C-226/19, Minister van Buitenlandse Zaken, ECLI:EU:C:2020:951.

Förenade målen C-236/08, C-237/08, C-238/08, Google France SARL och Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL mot Viaticum SA och Luteciel SARL (C-237/08) och Google France SARL mot Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL m.fl. (C-238/08), ECLI:EU:C:2010:159.

Mål C-306/05, SGAE mot Rafael Hoteles SA., ECLI:EU:C:2006:764.

Mål C-311/18, Facebook Ireland och Schrems, ECLI:EU:C:2020:559.

Mål C-401/19, förslag till avgörande (AG) Saugmandsgaard ØE, ECLI:EU:C:2021:613.

Mål C-401/19, Polen mot parlamentet och rådet, ECLI:EU:C:2022:297.

Förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl., ECLI:EU:C:2011:631.

Mål C-469/17, Funke Medien NRW GmbH mot Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2019:623.

Mål C-476/17, Pelham m.fl., ECLI:EU:C:2019:624.

Mål C-5/08, Infopaq International, ECLI:EU:C:2009:465.

Mål C-516/17, Spiegel Online, ECLI:EU:C:2019:625.

Mål C-527/15, Stichting Brein mot Jack Frederik Wullems, asissant sous le nom Filmspeler, ECLI:EU:C:2017:300.

Mål C-59/89, Kommissionen mot Republiken Tyskland, ECLI:EU:C:1991:225.

Mål C-310/17, Levola Hengelo BV mot Smilde Foods BV, ECLI:EU:C:2018:899.

Mål C-607/11, ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchUp Ltd, ECLI:EU:C:2013:147.

Mål C-610/15, Stichting Brein mot Ziggo BV och XS4All Internet BV, ECLI:EU:C:2017:456.

Förenade målen C-682/18 och C-683/18, Youtube och Cyando, ECLI:EU:C:2021:503.

Mål C-833/18, Brompton Bicycles, ECLI:EU:C:2020:461.

Europadomstolen

Cengiz m.fl., V. Turkiet, 48226/10 och 14027/11, ECHR 2016.

Times Newspapers Ltd. V. the United Kingdom, 3002/03 och 23676/03,
ECHR 2009.