



Kungl. Ingenjörsvetenskaps
Akademien

Yttrande, 6 juli 2020

Balanserat genomförande av EUs upphovsrättsdirektiv

Justitiedepartementet

Enheten för immaterialrätt och
transporträtt
103 33 Stockholm
ju.l3@regeringskansliet.se

Promemorian ”Uppföljande underlag för inhämtning av synpunkter rörande genomförandet av artikel 17 i EU:s nya upphovsrättsdirektiv”

Inledning

IVAs avdelning för informationsteknik (IVA) uppskattar möjligheten att få lämna synpunkter på promemorian.

IVA har under direktivförhandlingarna uttryckt kritik mot delar av direktivet, inte minst mot det som idag utgör artikel 17. IVA välkomnar initiativet att modernisera EU:s upphovsrättslagstiftning, men anser att direktivet i denna del riskerar att få negativa effekter dels för användares yttrande- och informationsfrihet samt rättssäkerhet, dels på internet som en viktig plats för innovation.

Ett grundläggande problem är att artikel 17 tycks bygga på felaktiga föreställningar om teknikens möjligheter att göra komplexa bedömningar och avvägningar mellan olika intressen på ett rättssäkert sätt. Vid en storskalig hantering av användargenererat innehåll krävs automatisering, men enligt IVAs bedömning kommer algoritmernas filtrering alltid vara bristfällig. Konsekvensen av artikel 17:s grundläggande rättsliga konstruktion kan därför bli att tillhandahållare av delningstjänster tar bort material som får spridas.

Vidare riskerar artikel 17 att påverka möjligheterna till innovation negativt. Många företag, organisationer och enskilda medborgare driver idag en omfattande, innovativ och ständigt växande verksamhet på andras plattformar. Givetvis måste det finnas regler som upprätthålls, men dessa måste vara balanserade och de får inte riskera att äventyra den nyttiga verksamhet som sker på plattformarna.

En känd fara är dessutom att en omfattande och betungande reglering gör det svårt för nya aktörer att konkurrera med redan existerande plattformar. IVA kan konstatera att det för

närvarande pågår lagstiftningsinsatser inom flera olika rättsliga områden som är riktade mot plattformar utan att dessa insatser framstår som samordnade, till exempel beträffande terminologi och skyldigheter för plattformsägarna.

När artikel 17 ska genomföras i svensk rätt är det nödvändigt att, så långt som det är EU-rättsligt möjligt, begränsa dessa negativa effekter. I sammanhanget bör det givetvis också beaktas att användarnas rätt till yttrande- och informationsfrihet samt deras rätt till en rättssäker behandling skyddas av EU:s rättighetsstadga.

IVA välkomnar att det i promemorian finns en förståelse för behovet av ett balanserat genomförande av artikel 17, men vill framhålla att det krävs mer robusta krav och incitament för att säkerställa användarnas rättsposition. Exempelvis måste åtgärder vidtas så att inte bara åtgärder för borttagande eller filtrering byggs in i tekniken, utan även åtgärder för att säkerställa att lagligt material blir kvar i tjänsten. Det finns annars en risk att de delar av artikeln som syftar till att skydda användarrättigheterna i praktiken blir ett marginellt - manuellt hanterat – undantag från ett automatiserat förfarande som strävar mot att avlägsna allt material som innehåller fragment av skyddade verk.

I grunden förordar IVA därför en modell som ligger så nära dagens notice-and-take-down-system som möjligt, men med förstärkta rättssäkerhetsgarantier för alla inblandade aktörer. I den utsträckning som krav på filtrering, för att aktivt hålla material borta från en delningstjänst, anses nödvändiga att införa av EU-rättsliga skäl är det viktigt att den svenska lagstiftaren ser till att leverantörens incitament för att skydda användarrättigheterna blir lika starka som incitamenten att inte göra intrång i upphovsrätten.

IVA vill återigen uttrycka sin oro över det faktum att korrekta bedömningar inte kan göras med automatiska system. Risken är överhängande att antingen för mycket eller för lite material blockeras. IVA rekommenderar därför att enhet och regeringen under genomförandet skapar scenariobeskrivningar som kan stresstestas för att kontrollera föreslagna lagtexter. Detta gäller även de rekommendationer och förslag som IVA lämnar nedan.

I det följande kommenteras några av avsnitten i promemorian.

1. Vilka plattformar omfattas av de nya bestämmelserna?

IVA ser stora problem med att artikel 17 har ett så oklart tillämpningsområde. Det riskerar att leda till osäkerhet och extra kostnader för svenska företag.

I grunden förordar IVA teknikneutrala lösningar, men sådana lösningar får inte äventyra lagstiftningens styrande effekt och den rättsliga förutsägbarheten. IVA efterlyser i detta fall någon form av rättslig lösning för att få besked om en tjänst omfattas av den nya regleringen eller inte (jfr till exempel de lösningar som finns i lagstiftningen för elektronisk kommunikation). Att regleringens tillämplighet endast ska kunna klarläggas i en eventuell intrångsprocess i efterhand framstår som otillfredsställande med tanke på hur omfattande skadeståndsanspråk en eventuellt felaktig bedömning skulle kunna leda till.

Det är uppenbart att avsikten med den nya regleringen är att endast träffa en delmängd av de tjänster som utgör så kallade värdtjänster (hosting). Eftersom definitionen i artikel 2.6 är vag blir de uttalanden som görs i direktivets skäl helt centrala. Dessa uttalanden har också utgjort en central del i den politiska kompromiss som ledde till att direktivet slutligen kunde antas.

Särskilt uttalandet i skäl 62, att den nya regleringen endast ska omfatta "tjänster som konkurrerar med andra onlinetjänster för innehåll", är viktigt. Det tydliggör att regleringen inte är inriktad på alla tjänster där skyddat material görs tillgängligt i stor omfattning, utan mot tjänster där användarna får tillgång till sådant material på ett sätt som kan ersätta andra onlinetjänster, till exempel Spotify eller Netflix. I detta hänseende skiljer sig olika tjänster med användargenererat innehåll åt. Vissa tjänster har genom tillhandahållarens strukturering, tillgängliga sökfunktioner och den praktiska användning ett tydligt fokus på enskilda filer, till exempel skyddade verk som laddas upp, och kan därmed ersätta traditionella onlinetjänster för vissa användargrupper. Andra tjänster - som också kan innehålla tredje mans skyddade verk - är i huvudsak uppbyggda kring ett flöde från en viss användare och fungerar därför inte lika tydligt som ett substitut för en traditionell onlinetjänst.

I samma riktning talar uttrycken "ordna och marknadsföra" och "huvudsyfte" som används i samma skäl och som diskuteras i promemorian.

IVA förordar därför att de förtydliganden om tillämpningsområdet som görs i skäl 62 och 63 tas in i den svenska lagstiftningen.

4. Förhållandet till e-handelsdirektivets ansvarsfrihetsregler – artikel 17.3

IVA delar enhetens bedömning av hur artikeln ska genomföras i förhållande till lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

5. En ny ansvarsfrihetsreglering – artikel 17.4–17.8

IVA instämmer i enhetens övergripande bedömning att det handlar om tre intressen som måste tas till vara vid genomförande av ansvarsregleringen, dvs. intresset av att kunna skydda sin upphovsrätt, intresset av att inte få uppladdat material felaktigt borttaget eller blockerat samt intresset av att kunna driva delningstjänster utan en alltför betungande eller oförutsägbar ansvarsreglering.

Som framhållits ovan är IVAs grundinställning att ett utbyggt och rättssäkert system för notice-and-take-down är att föredra framför ett system som bygger på proaktiv filtrering av material. För att ett sådant system i största möjliga mån ska tillgodose alla tre ovan nämnda intressen bör huvuddragen i systemet lagregleras. Exempelvis bör rättighetsinnehavarna ges rätt till åtgärder inom viss tid, användarnas rättigheter fastslås samtidigt som tjänstetillhandahållaren får förutsägbara åtaganden.

I den utsträckning det kommer att krävas proaktiv filtrering för att hålla visst material borta från tjänsten vilar ett särskilt tungt ansvar på lagstiftaren att säkerställa att alla tre intressena får ett både praktiskt och proportionerligt genomslag. Som framhållits ovan är filtreringssystem – även när de sägs vara baserade på AI – oförmögna att göra relevanta rättsliga bedömningar. Systemen kan med relativt stor säkerhet bedöma om fragment av vissa typer av verk finns i en uppladdad fil, men kan inte bedöma förekomsten av en licens eller ett tillåtet utnyttjande enligt en inskränkning i ensamrätten, till exempel parodiundantaget.

Om lagstiftaren ålägger en privat aktör att göra olika typer av ingrepp i användarnas grundläggande rättigheter (för att undvika eget ansvar) har lagstiftaren, bland annat enligt EU:s rättighetsstadga, ett ansvar att se till att detta sker på ett proportionerligt och rättssäkert sätt. För IVA framstår det därmed som uppenbart att användarna verkligen måste ha de rättigheter som anges i direktivet (och i annan lagstiftning). Det är inte möjligt att endast se detta som en avtalsfråga mellan tjänstetillhandahållaren och användaren. Det är en annan sak att tjänstetillhandahållaren på en helt annan rättslig grund kan ta bort ett meddelande, t.ex. för att det är "off-topic".

För att en användares rättigheter i praktiken ska anses vara beaktade är det inte tillräckligt att denne i efterhand kan klaga på en felaktig filtrering av till exempel ett tillåtet citat. Rätten till sådan prövning måste kompletteras med direkta krav på i vilka situationer filtrering inte ska ske automatiskt (och där det istället är rättsinnehavaren som manuellt måste begära en prövning i efterhand för att få en uppladdad fil borttagen.

En sådan lösning som IVA förordar är att filtrering inte ska få ske automatiskt om endast en mindre del av ett verk identifieras av ett automatiserat system. Detta minskar risken för felaktiga borttagningar av tillåtna utnyttjande samtidigt som skadan för rättsinnehavarna till följd av en manuell prövning är begränsad.

En annan lösning som IVA rekommenderar är att den som laddar upp material bör ges rätt att intyga att det till exempel handlar om ett citat, en parodi eller om material som användaren har rätt att lägga upp. Om denna funktion missbrukas bör det kunna leda till sanktioner för användaren och att tjänstetillhandahållaren måste göra en annan bedömning.

Utan uttryckliga krav på lösningar av dessa slag saknas incitament för tjänsttillhandahållarna. Istället riskerar de att införda lösningar inte bedöms leda till rätt nivå av ansvarsfrihet. Därmed uppnås inte en korrekt balans mellan de tre intressena som diskuteras i promemorian.

6. Tvistlösning – artikel 17.9

Tvistlösning utgör enligt IVA ett nödvändigt komplement till de lösningar som diskuteras i föregående avsnitt.



Kungl. Ingenjörsvetenskaps
Akademien

Eftersom det handlar om en avvägning mellan flera grundläggande rättigheter är det enligt IVAs mening rimligt att staten tar på sig ett större ansvar för att säkerställa en effektiv och rättssäker prövning. En sådan ordning motverkar även att tjänstetillhandahållaren hamnar på dubbla stolar som både tillhandahållare av tvistlösning och som potentiellt ansvarssubjekt om otillåtet innehåll tillåts på tjänsten.

7. Övrigt

IVA vill framhålla att staten genom att åtminstone delvis införa krav på filtrering av yttranden som görs i delningstjänster måste vidta vissa kompletterande åtgärder enligt följande:

- Säkerställa myndighetstillsyn av de system som blir resultatet av den nya ansvarsordningen.
- Möjliggöra insyn i filtreringsalgoritmerna, åtminstone för tillsynsmyndigheter och forskare.
- Säkerställa att delningstjänsternas avtal får en utformning som korrekt speglar användarnas rättigheter och skyldigheter enligt lagstiftningen.

Det faktum att de här diskuterade åtgärderna inte har en tydlig upphovsrättslig karaktär kan naturligtvis innebära organisatoriska utmaningar för enheten, men får inte leda till att statens perspektiv på regleringen i artikel 17 blir för snävt.

Ärendets hantering

Avdelningen deltar i referensgruppen för genomförandet av EU:s nya upphovsrättsdirektiv vid Justitsiedepartementet. Ärendet har handlagts av Linda Olsson, projektledare och sekreterare för IVAs avdelning för Informationsteknik. Yttrandet har utarbetats av ledamöter från avdelningen. Ulf Wahlberg är avdelningens ordförande.

För mer information, kontakta:

Linda Olsson
Projektledare
Kungl. Ingenjörsvetenskapsakademien, IVA
Telefon: 070-6679312
E-postadress: linda.olsson@iva.se
www.iva.se