Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
föredraget den 15 juli 2021 [1]

Mål C-401/19

Republiken Polen
mot
Europaparlamentet

Europeiska unionens råd

”Talan om ogiltigförklaring – Direktiv (EU) 2019/790 – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Skyddat innehåll som används av online-leverantörer av delningstjänster för innehåll – Överföring till allmänheten – Leverantörernas ansvar – Artikel 17 – Undantag från ansvar – Punkt 4 b och c *in fine* – Filtrering av innehåll som läggs ut online av användarna – Yttrandefrihet och informationsfrihet – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Artikel 11.1 – Förenlighet – Skyddsåtgärder i samband med filtreringen”

I. Inledning

1. Genom förevarande talan, som har väckts enligt artikel 263 FEUF, har Republiken Polen yrkat att domstolen i första hand ska ogiltigförklara artikel 17.4 b och c *in fine* i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG [2] och i andra hand ska ogiltigförklara nämnda artikel 17 i dess helhet.

2. Domstolen har anmodats att pröva frågan om det ansvar som leverantörerna av online-delningstjänster ska bära när innehåll som skyddas av upphovsrätt eller närstående rättigheter laddas upp [3] av användarna av dessa tjänster.

3. Domstolen har tidigare uppmärksammats på denna problematik i de förenade målen C-682/18, YouTube, och C-683/18, Cyando, sedd mot bakgrund av den ram som utgörs av direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (”Direktiv om elektronisk handel”) [4] och direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående

1 Originalspråk: franska.

2 EUT L 130, 2019, s. 92.

3 Jag kommer utan åtskillnad att använda begreppen ”lägga ut online” och ”ladda upp” för att beteckna den process genom vilken ett digitalt innehåll görs tillgängligt för allmänheten på webbplatser eller applikationer för smarta enheter som är knutna till delningstjänster.

4 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 8 juni 2000 (EGT L 178, 2000, s. 1).

rättigheter i informationssamhället.[5] Denna gång handlar det om att pröva artikel 17 i direktiv 2019/790, i vilken ett nytt ansvarssystem som är tillämpligt på online-leverantörer av delningstjänster föreskrivs.

4. Som det förklaras nedan åläggs nämnda leverantörer genom denna bestämmelse på ett innovativt sätt skyldigheter att övervaka det innehåll som användarna av deras tjänster lägger ut online, i syfte att förebygga uppladdning av verk och andra alster som rättsinnehavarna inte vill göra tillgängliga på tjänsterna i fråga. Denna förebyggande övervakning sker i allmänhet genom en filtrering av innehållet som görs med hjälp av it-verktyg.

5. Filtreringen ger dock upphov till komplicerade frågor, som sökanden har lagt fram, rörande användarnas yttrande- och informationsfrihet, som garanteras i artikel 11 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Domstolen måste i förlängningen av sina domar i målen Scarlet Extended,[6] SABAM[7] och Glawischnig-Piesczek[8] avgöra huruvida och på vilka villkor en sådan filtrering är förenlig med nämnda frihet. För att göra detta behöver den beakta de fördelar, men även de risker, som filtreringen medför samt säkerställa att en rimlig balans upprätthålls mellan, å ena sidan, rättsinnehavarnas intresse av ett effektivt skydd av sin immateriella egendom och, å andra sidan, användarnas och allmänhetens intresse av fri rörlighet för information online.

6. Som jag förklarar i detta förslag till förhandsavgörande anser jag att unionslagstiftaren med respekt för yttrandefriheten kan ålägga vissa mellanhänder på internet vissa övervaknings- och filtreringsskyldigheter, dock på villkor att dessa skyldigheter omgärdas av tillräckliga skyddsåtgärder – vilka jag granskar nedan – för att minimera filtreringens inverkan på yttrandefriheten. Eftersom jag anser att artikel 17 i direktiv 2019/790 innehåller sådana skyddsåtgärder, kommer jag att föreslå att domstolen ska slå fast att denna bestämmelse är giltig och följaktligen ska ogilla Republiken Polens talan.[9]

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Direktiv 2000/31

7. I artikel 14.1 i direktiv 2000/31, under rubriken ”Värdtjänster”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall se till att en tjänsteleverantör som levererar någon av informationssamhällets tjänster bestående av lagring av information som tillhandahållits av tjänstemottagaren inte skall vara ansvarig för information som lagrats på begäran av en tjänstemottagare av tjänsten, under förutsättning att

5 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 22 maj 2001 (EGT L 167, 2001, s. 1).

6 Dom av den 24 november 2011 (C-70/10, nedan kallad domen i målet Scarlet Extended, EU:C:2011:771).

7 Dom av den 16 februari 2012 (C-360/10, nedan kallad domen i målet SABAM, EU:C:2012:85).

8 Dom av den 3 oktober 2019 (C-18/18, nedan kallad domen i målet Glawischnig-Piesczek, EU:C:2019:821).

9 Jag presenterar redan nu att, efter det att detta förslag hade upprättats och under översättningen av det till de officiella språken har *för det första* domen av den 22 juni 2021, YouTube och Cyando (C-682/18 och C-683/18, EU:C:2021:503) meddelats, och *för det andra* har kommissionen offentliggjort sin vägledning om tillämpning av artikel 17 i direktiv 2019/790 (*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 ”, 4 juni 2021 [COM(2021) 288 final]). Med hänsyn till det långt framskridna skede som detta förslag befann sig i har jag inskränkt mig till att behandla dessa båda dokument i ett postskriptum som läsaren finner i punkterna 221 och följande punkter i detta förslag.

a) tjänsteleverantören inte hade kännedom om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information och, beträffande skadeståndsanspråk, inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar,

   eller

b) tjänsteleverantören så snart han fått sådan kännedom eller blivit medveten om detta handlat utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig."

8. I artikel 15.1 i detta direktiv, under rubriken "Avsaknad av allmän övervakningsskyldighet", föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna får inte ålägga tjänsteleverantörerna en allmän skyldighet att, i samband med tillhandahållande av sådana tjänster som avses i artiklarna 12, 13 och 14, övervaka den information de överför eller lagrar, och inte heller någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet."

B. Direktiv 2001/29

9. I artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2001/29, under rubriken "Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten", föreskrivs följande:

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

2. Medlemsstaterna skall ge ensamrätt att tillåta eller förbjuda tillgängliggörandet för allmänheten, på trådbunden eller trådlös väg, på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer,

a) för utövande konstnärer: av upptagningar av deras framföranden,

b) för fonogramframställare: av deras fonogram,

c) för framställarna av de första upptagningarna av filmer: av originalet och kopior av deras filmer, och

d) för radio- och televisionsföretag: av upptagningar av deras sändningar, trådöverförda såväl som luftburna, inklusive kabel- och satellitsändningar."

10. I artikel 5.3 i detta direktiv, under rubriken "Undantag och inskränkningar", föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3 i följande fall:

…

d) Citat för användning i t.ex. kritik och recensioner …

…

k) Användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte.

…”

C. Direktiv 2019/790

11. I artikel 17 i direktiv 2019/790, som har rubriken ”Skyddat innehåll som används av online-leverantörer av delningstjänster för innehåll”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna ska föreskriva att en online-leverantör av delningstjänster för innehåll vid tillämpningen av detta direktiv vidtar en åtgärd som innebär en överföring till eller ett tillgängliggörande för allmänheten när den ger allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som har laddats upp av användarna.

En online-leverantör av delningstjänster för innehåll ska därför erhålla ett tillstånd av de rättsinnehavare som avses i artikel 3.1 och 3.2 i [direktiv 2001/29], till exempel genom ingåendet av ett licensavtal, för att överföra verk eller andra alster till allmänheten eller göra dem tillgängliga för allmänheten.

2. När en online-leverantör av delningstjänster för innehåll har erhållit ett tillstånd, inbegripet genom ett licensavtal, ska medlemsstaterna föreskriva att tillståndet även omfattar åtgärder som faller under tillämpningsområdet för artikel 3 i [direktiv 2001/29] som vidtas av användarna av tjänsterna när de inte agerar i kommersiellt syfte eller när deras verksamhet inte genererar betydande intäkter.

3. När en online-leverantör av delningstjänster för innehåll vidtar en åtgärd som innebär en överföring till eller ett tillgängliggörande för allmänheten, enligt de villkor som fastställs i detta direktiv, ska den ansvarsbegränsning som fastställs i artikel 14.1 i [direktiv 2000/31] inte gälla för de omständigheter som omfattas av denna artikel.

Första stycket ska inte påverka den eventuella tillämpningen av artikel 14.1 i [direktiv 2000/31] på dessa tjänsteleverantörer för syften som ligger utanför det här direktivets tillämpningsområde.

4. När det inte finns något tillstånd ska online-leverantörer av delningstjänster för innehåll ansvara för otillåten överföring av upphovsrättsskyddade verk och andra alster till allmänheten, inklusive tillgängliggörande för allmänheten, såvida inte tjänsteleverantörerna kan visa att de

a) har gjort vad de har kunnat för att erhålla ett tillstånd, och

b) i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed har gjort vad de har kunnat för att säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättsinnehavarna har försett tjänsteleverantörerna med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga, och under alla omständigheter

c) efter att ha mottagit en tillräckligt välgrundad underrättelse från rättsinnehavarna har agerat snabbt för att omöjliggöra åtkomst till de underrättade verken och alstren eller avlägsna dem från sina webbplatser, och har gjort vad de har kunnat för att motverka framtida uppladdningar i enlighet med led b.

5. Vid fastställandet av om tjänsteleverantören har uppfyllt sina skyldigheter enligt punkt 4, och i ljuset av proportionalitetsprincipen, ska bland annat följande faktorer beaktas:

a) Typen av tjänst, publiken och tjänstens omfattning samt vilken typ av verk eller andra alster som har laddats upp av användarna av tjänsten.

b) Tillgången till lämpliga och effektiva medel och tjänsteleverantörernas kostnad för dem.

…

7. Samarbetet mellan online-leverantörer av delningstjänster för innehåll och rättsinnehavare får inte leda till att det inte går att få tillgång till verk eller andra alster som laddats upp av användare och som inte gör intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter, inbegripet när sådana verk eller andra alster omfattas av ett undantag eller en inskränkning.

Medlemsstaterna ska säkerställa att alla användare i varje medlemsstat kan förlita sig på följande befintliga undantag eller inskränkningar när de laddar upp och tillgängliggör innehåll som genererats av användare på onlinetjänster för delning av innehåll:

a) citat, kritik, recensioner,

b) användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte.

8. Tillämpningen av denna artikel ska inte leda till någon allmän övervakningsskyldighet.

Medlemsstaterna ska föreskriva att online-leverantörer av delningstjänster för innehåll förser rättsinnehavarna, på deras begäran, med adekvat information om hur deras metoder fungerar med avseende på det samarbete som avses i punkt 4 och, om licensavtal har ingåtts mellan tjänsteleverantörerna och rättsinnehavarna, information om användningen av innehåll som omfattas av avtalen.

9. Medlemsstaterna ska föreskriva att online-leverantörer av delningstjänster för innehåll inför en effektiv och snabb klagomåls- och avhjälpningsmekanism som är tillgänglig för användarna av deras tjänster i samband med tvister om omöjliggörandet av åtkomst till, eller avlägsnandet av, verk eller andra alster som de har laddat upp.

När rättsinnehavare begär att åtkomst till något av deras verk eller andra alster ska omöjliggöras eller att dessa verk och andra alster ska avlägsnas ska de vederbörligen motivera sin begäran. Klagomål som lämnas in genom de mekanismer som föreskrivs i första stycket ska behandlas utan otillbörligt dröjsmål, och beslut att omöjliggöra åtkomst till eller avlägsna uppladdat innehåll ska vara föremål för mänsklig granskning. Medlemsstaterna ska också säkerställa att det finns prövningsmekanismer för tvistlösning utom domstol att tillgå för tvistlösning. Sådana mekanismer ska möjliggöra opartisk tvistlösning och de ska inte förvägra användaren dennes rättsliga skydd enligt nationell lagstiftning, utan att detta påverkar användarnas rätt att få tillgång till effektiva rättsmedel. Medlemsstaterna ska särskilt säkerställa att användarna har tillgång till

domstol eller en annan relevant rättslig myndighet för att hävda sin rätt att utnyttja ett undantag från eller en inskränkning i upphovsrätten eller närstående rättigheter.

Detta direktiv ska inte på något sätt påverka legitim användning, såsom användning inom ramen för de undantag eller inskränkningar som föreskrivs i unionslagstiftningen, …

Onlineleverantörer av delningstjänster för innehåll ska i sina villkor informera sina användare om att de kan använda verk och andra alster inom ramen för undantag från, eller inskränkningar i, upphovsrätt och närstående rättigheter som föreskrivs i unionsrätten.

10. I samarbete med medlemsstaterna ska kommissionen från och med den 6 juni 2019 anordna dialoger mellan berörda parter för att diskutera bästa praxis för samarbetet mellan online-leverantörerna av delningstjänster för innehåll och rättsinnehavarna. Kommissionen ska i samråd med online-leverantörer av delningstjänster för innehåll, rättsinnehavare, användarorganisationer och andra relevanta berörda parter, och med beaktande av resultaten av dialogerna mellan berörda parter, utfärda riktlinjer för tillämpning av denna artikel, särskilt vad gäller det samarbete som avses i punkt 4. Under diskussionerna om bästa praxis ska särskild hänsyn bland annat tas till behovet av en avvägning mellan grundläggande rättigheter och användningen av undantag och inskränkningar. Vid genomförandet av dialogerna mellan berörda parter ska användarorganisationerna ha tillgång till adekvat information från online-leverantörer av delningstjänster för innehåll om hur deras metoder fungerar med avseende på punkt 4.”

III. Bakgrund till talan

A. Förslaget till direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden

12. Den 14 september 2016 lade Europeiska kommissionen fram ett förslag till direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden.[10] Förslaget syftade till att anpassa unionsreglerna inom området äganderätt till litterära och konstnärliga verk – upphovsrätt och närstående rättigheter – och särskilt direktiv 2001/29 till den digitala teknikens utveckling.[11] Det syftade även till att fortsätta harmoniseringen inom detta område på ett sätt som samtidigt som det fortsätter att säkerställa en hög skyddsnivå för immateriella rättigheter garanterar en bred tillgång till kreativt innehåll i hela unionen och upprätthåller en rimlig balans med andra allmänna intressen i den digitala miljön.

13. I detta sammanhang syftade artikel 13 i förslaget särskilt till att korrigera värdegapet (”value gap”), det vill säga skillnaden mellan det värde som verk och andra alster skapar för online-leverantörerna av delningstjänster och den ersättning som dessa betalar till rättsinnehavarna.[12]

[10] Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv av den 14 september 2016 om upphovsrätt på den digitala inre marknaden (COM(2016) 593 final) (nedan kallat förslaget till direktiv).

[11] Se motiveringen till förslaget till direktiv, s. 2 och 3.

[12] Se s. 3 i förslaget till direktiv och *Commission Staff Working Document, impact assessement on the modernisation of EU copyright rules*, (SWD (2016) 301 final) (nedan kallad konsekvensbedömningen), del 1/3, s. 137–141.

14. Det ska erinras om att de interaktiva delningstjänsterna, vilka är kännetecknande för det interaktiva Web 2.0, varav YouTube,[13] Soundcloud och Pinterest är de mest kända exemplen, möjliggör för envar att automatiskt lägga ut det innehåll som de vill online, utan att tjänsteleverantörerna gör något föregående urval. Det innehåll som användarna av dessa tjänster lägger ut online – allmänt kallat ”*user-generated content*” eller ”*user-uploaded content*” – kan sedan konsulteras genom *streaming* (strömning) från nämnda tjänsters webbplatser eller applikationer för smarta enheter som är kopplade till nämnda tjänster. Denna konsultation underlättas genom de funktioner för indexering, sökning och rekommendationer som i allmänhet tillhandahålls, och detta oftast gratis, eftersom leverantörerna av dessa tjänster vanligen får intäkter genom försäljning av reklamutrymme. En gigantisk mängd innehåll[14] tillgängliggörs således för allmänheten på internet, inbegripet en betydande andel skyddade verk och andra alster.

15. Från och med 2015 har rättsinnehavarna, särskilt i musikindustrin, dock gjort gällande att medan online-delningstjänsterna i praktiken har fått en viktig plats för spridning av verk och andra alster online och leverantörerna av dessa tjänster erhåller avsevärda reklamintäkter genom dem, utger leverantörerna inte en skälig ersättning till rättsinnehavarna. Den ersättning som dessa leverantörer betalar rättsinnehavarna är särskilt obetydlig jämfört med den som musikstreamingtjänsterna – såsom Spotify – betalar dem, trots att konsumenterna ofta uppfattar dessa båda typer av tjänster som likvärdiga källor för tillgång till nämnda alster. Detta leder också till illojal konkurrens mellan nämnda tjänster.[15]

16. För att fullständigt förstå argumentet avseende värdegapet måste man gå tillbaka till rättsläget före antagandet av direktiv 2019/790 och den osäkerhet som rådde kring nämnda rättsläge.

17. Det är här lämpligt att erinra om att *å ena sidan* tillerkänns upphovsmän enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29 en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje ”överföring till allmänheten” av deras verk, inbegripet att verken ”görs tillgängliga för allmänheten” på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.[16] Liknande rättigheter tillerkänns innehavare av närstående rättigheter med avseende på deras alster[17] enligt artikel 3.2 i detta direktiv.[18] I princip[19] kan en tredje part således inte överföra ett verk eller annat alster till allmänheten utan att på förhand ha erhållit tillstånd av innehavaren eller innehavarna av rättigheterna till verket eller alstret. Detta tillstånd har vanligen formen av ett licensavtal, som beviljas mot ersättning.[20] Även om det hela tiden har varit klart att en handling genom vilken en användare lägger ut ett skyddat verk eller alster online på en delningstjänst utgör en ”överföring

13 Se, beträffande plattformen YouTube, mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (C-682/18 och C-683/18, nedan kallat förslaget i de förenade målen YouTube och Cyando, EU:C:2020:586, punkterna 14–18).

14 Exempelvis publicerar YouTubes användare, som är fler än 1,9 miljarder enligt Google, varje dag flera hundratusen videoinspelningar på denna plattform. Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 43).

15 Se konsekvensbedömningen, del 1/3, s. 137, 139 och 142 samt del 3/3, bilaga 12B.

16 Artikel 3.1 i direktiv 2001/29 innehåller således egentligen en ”rätt till överföring till allmänheten” och en ”rätt till tillgängliggörande för allmänheten”. Eftersom den förstnämnda omfattar den sistnämnda kommer jag dock för enkelhetens skull att använda begreppet ”överföring till allmänheten” för att utan åtskillnad beteckna båda dessa rättigheter.

17 Se uppräkningen i artikel 3.2 i direktiv 2001/29, som återges i punkt 9 ovan.

18 I artikel 3.2 i direktiv 2001/29 tillerkänns innehavare av närstående rättigheter egentligen en ensamrätt till sina alster endast när det gäller ”tillgängliggörandet för allmänheten”. Rätten till ”överföring till allmänheten” i strikt mening tillerkänns de genom artikel 8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (EUT L 376, 2006, s. 28). För vissa innehavare av närstående rättigheter utgör sistnämnda rättighet en ensamrätt, för andra rör det sig endast om en rätt till ersättning. Dessa nyanseringar är emellertid utan betydelse i förevarande mål. Jag kommer därför endast att hänvisa till artikel 3 i direktiv 2001/29.

19 Med förbehåll för undantag och inskränkningar i upphovsrätten (se punkt 144 nedan).

20 Se, bland annat, dom av den 14 november 2019, Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

till allmänheten” som kräver ett sådant förhandstillstånd, har frågan om huruvida leverantörerna av dessa tjänster själva måste ingå licensavtal och ersätta rättsinnehavarna dock varit föremål för motsättningar mellan leverantörerna och rättsinnehavarna. [21]

18. *Å andra sidan* innehåller artikel 14 i direktiv 2000/31 en safe harbour-regel för leverantörer av informationssamhällets tjänster bestående i lagring av innehåll som tillhandahållits av tredje part. I denna bestämmelse föreskrivs att en leverantör av en sådan tjänst är undantagen från allt ansvar som kan följa [22] av olagligt innehåll som leverantören lagrat på begäran av användarna av denna tjänst, under förutsättning att leverantören inte haft kännedom om innehållet eller, i förekommande fall, omedelbart har avlägsnat det. Även här föreligger emellertid motsättningar när det gäller huruvida online-leverantörerna av delningstjänster kan åtnjuta detta undantag när det gäller upphovsrätt. [23]

19. Motsättningarna har varit desto större, eftersom domstolen hittills inte har haft tillfälle att avgöra någon sådan tvist. [24]

20. I detta sammanhang har vissa leverantörer av delningstjänster helt enkelt vägrat att ingå licensavtal med rättsinnehavarna till verk och andra alster som läggs ut online av användarna av deras tjänster, eftersom de inte har ansett sig vara skyldiga att göra det. Andra leverantörer har ändå accepterat att ingå sådana avtal, men enligt rättsinnehavarna har avtalsvillkoren inte varit rättvisa, eftersom rättsinnehavarna inte har kunnat förhandla med leverantörerna på en jämlik grund. [25]

21. Mot denna bakgrund syftade förslaget till direktiv således *dels* till att rättsinnehavarna skulle kunna få bättre ersättning för användningen av deras verk och andra alster på online-delningstjänsterna, genom att det föreskrevs en skyldighet för leverantörerna av dessa tjänster att ingå licensavtal med rättsinnehavarna. [26]

22. *Dels* syftade förslaget till att möjliggöra för rättsinnehavarna att enklare kontrollera användningen av deras verk och andra alster på de aktuella tjänsterna. Enligt artikel 13 i förslaget var leverantörerna av nämnda tjänster skyldiga att använda de verktyg för automatisk innehållsigenkänning som vissa av dem redan infört på frivillig väg, det vill säga it-verktyg, vilkas funktion beskrivs längre ned [27] och vilka kan användas framför allt vid den tidpunkt då en användare lägger ut ett innehåll online – varav den gemensamma benämningen ”*Upload filter*” (uppladdningsfilter) för dessa verktyg – för att genom en automatisk process kontrollera om innehållet inkluderar ett skyddat verk eller annat alster och eventuellt omöjliggöra spridning. [28]

23. Förslaget till direktiv, särskilt artikel 13, gav upphov till många diskussioner i parlamentet och rådet inom ramen för lagstiftningsprocessen. Denna process kännetecknades dessutom av intensiva lobbyingkampanjer från de berörda ekonomiska aktörerna och av

21 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkterna 53–93).

22 Artikel 14.1 i direktiv 2000/31 är horisontellt tillämplig på alla typer av innehåll och ansvar, oavsett det rättsområde som berörs (immateriell äganderätt, förtal, näthat etcetera). Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 138 och fotnot 128).

23 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkterna 132–168).

24 Domstolen har i viss utsträckning nyss gjort detta i sin dom av den 22 juni 2021, YouTube och Cyando (C-682/18 och C-683/18, EU:C:2021:503). Se angående den domen punkt 222 i detta förslag till avgörande.

25 Se konsekvensbedömningen, del 1/3, s. 140.

26 Se motiveringen till förslaget till direktiv, s. 3.

27 Se punkt 57 nedan.

28 Se skäl 38 tredje stycket och skäl 39 samt artikel 13.1 i förslaget till direktiv.

protestdemonstrationer från en del av civilsamhället, akademiska kretsar och förespråkare för yttrandefriheten, vilka framhävde de skadliga verkningar som de ansåg att skyldigheten för leverantörer av delningstjänster att införa ”*upload filters*” kunde få för yttrandefriheten. [29]

24. Förslaget till direktiv godkändes slutligen av parlamentet den 26 mars 2019 och av rådet den 16 april 2019. [30] Förslaget antogs officiellt den 17 april 2019 som direktiv 2019/790. Det ska införlivas av medlemsstaterna senast den 7 juni 2021. [31]

B. Artikel 17 i direktiv 2019/790

25. Under lagstiftningsprocessen undergick artikel 13 i förslaget till direktiv olika ändringar. Den antogs påtagligt annorlunda formulerad som artikel 17 i direktiv 2019/790. Det är lämpligt att redan här redogöra för vissa av de grundläggande aspekterna i denna artikel.

26. *För det första* riktar sig artikel 17 i direktiv 2019/790, som det framgår av dess rubrik, till ”online-leverantörer av delningstjänster för innehåll”. [32] Detta begrepp definieras i artikel 2.6 första stycket i direktivet så, att det avser en ”leverantör av en av informationssamhällets tjänster som har som huvudsyfte eller ett av sina huvudsyften att lagra och ge allmänheten tillgång till en stor mängd upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som laddats upp av dess användare, som leverantören ordnar och marknadsför i vinstsyfte”. Oavsett denna öppna formulering framgår det tydligt att artikel 17 avser de ”stora” leverantörer av delningstjänster som förknippas med värdegapet [33] och vilkas verksamhet denna definition uppenbart är avsedd att återge. [34]

27. *För det andra* anges i artikel 17.1 första stycket i direktiv 2019/790 att en leverantör av delningstjänster ”vidtar en åtgärd som innebär en överföring till eller ett tillgängliggörande för allmänheten när den ger allmänheten tillgång till upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster som har laddats upp av användarna”. Som det anges i artikel 17.1 andra stycket ska dessa leverantörer därför i princip erhålla ett tillstånd av rättsinnehavarna, till exempel

[29] Se, bland annat, petitionen ”Stop the censorship-machinery! Save the Internet!”, (tillgänglig på adressen https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet). Se även, Kaye D., ”Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, 13 juni 2018, samt ”*Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: The Copyright Directive is failing*”, 26 april 2018, Förenta nationerna.

[30] Direktiv 2019/790 antogs inte med enhällighet. Vid den slutliga omröstningen i rådet motsatte sig sex medlemsstater (Republiken Italien, Storhertigdömet Luxemburg, Konungariket Nederländerna, Republiken Polen, Republiken Finland och Konungariket Sverige) texten, medan tre (Konungariket Belgien, Republiken Estland och Republiken Slovenien) avstod från att rösta (se dokument 8612/19 av den 16 april 2019, ”Omröstningsresultat, Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG (första behandlingen)”, som är tillgängligt på adressen https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612–2019-INIT/sv/pdf.) Flera medlemsstater framförde även i olika uttalanden sina farhågor beträffande direktivets verkningar för användarnas rättigheter (se det gemensamma uttalandet från Nederländerna, Luxemburg, Polen, Italien och Finland, uttalandet från Estland och uttalandet från Tyskland, vilka är tillgängliga på http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986–2019-ADD-1-REV-2/SV/pdf).

[31] Direktiv 2019/790 offentliggjordes *i Europeiska unionens officiella tidning* den 17 maj 2019. Det trädde i kraft den 7 juni samma år (se artiklarna 29 och 31 i direktivet).

[32] För enkelhetens skull kommer jag att använda begreppet ”leverantör av delningstjänster”.

[33] I skäl 62 i direktiv 2019/790 anges för övrigt att begreppet ”online-leverantörer av delningstjänster för innehåll” avser tjänster som ”spelar en viktig roll på innehållsmarknaden online genom att de konkurrerar med andra onlinetjänster för innehåll, till exempel tjänster för streamning av ljudfiler och videor, för samma användargrupper”, vilket speglar den argumentation som sammanfattas i punkterna 14 och 15 ovan.

[34] Artikel 2.6 andra stycket i direktiv 2019/790 innehåller en icke-uttömmande förteckning över tjänsteleverantörer som inte omfattas av artikel 17 i detta direktiv.

genom att ingå ett licensavtal rörande användningen på deras tjänster av skyddat innehåll som läggs ut online av användarna. [35] Unionslagstiftaren har således genom lag, till rättsinnehavarnas fördel, löst de motsättningar som nämns i punkt 17 ovan. [36]

28. Denna skyldighet har ett direkt samband med det allmänna mål som eftersträvas med artikel 17 i direktiv 2019/790, det vill säga att ”uppnå en välfungerande och rättvis marknad för upphovsrätt” [37] genom att främja utvecklingen av ”licensmarknaden mellan rättsinnehavare och [leverantörer] av delningstjänster”. Det handlar om att förstärka rättsinnehavarnas position vid förhandlingen (eller omförhandlingen) av licensavtal med dessa leverantörer, i syfte att säkerställa att avtalen är ”rättvisa” och upprätthåller en ”rimlig jämvikt mellan båda parter” [38] – och därigenom korrigera värdegapet. Rättsinnehavarnas förhandlingsposition förstärks desto mer, eftersom de å sin sida i princip inte är skyldiga att ingå licensavtal med leverantörerna. [39]

29. *För det tredje* anges i artikel 17.3 i direktiv 2019/790 att när en leverantör av delningstjänster vidtar en åtgärd som innebär en ”överföring till allmänheten” eller ett ”tillgängliggörande för allmänheten”, enligt de villkor som anges i punkt 1 i samma artikel, ska det undantag från ansvar som föreskrivs i artikel 14 i direktiv 2000/31 inte gälla. [40]

30. *För det fjärde* anges i artikel 17.4 att när leverantörer av delningstjänster inte har erhållit tillstånd från rättsinnehavarna, ska de ansvara för ”otillåten” [41] överföring till allmänheten som genomförs med användning av deras tjänster. Detta är en logisk följd av det ovanstående: eftersom dessa leverantörer numera anses vidta åtgärder för ”överföring till allmänheten” när de ”ger tillgång” till verk och andra alster som laddas upp av användarna av deras tjänster, bär de ett *direkt ansvar* (eller ”primärt” ansvar) i fall av olaglig ”överföring”.

31. Det direkta ansvar som åligger en person som vidtar en olaglig åtgärd för ”överföring till allmänheten” är i princip ett objektivt ansvar. [42] Leverantörerna av delningstjänster borde därför vara automatiskt ansvariga varje gång som ett verk eller annat alster olagligt läggs ut online på deras tjänster. De skulle då bland annat kunna dömas att betala eventuellt skadestånd till de berörda rättsinnehavarna. [43]

35 Detta ansvar ersätter inte, utan adderas till, det ansvar som åligger de användare som laddar upp innehållet, vilka själva vidtar separata åtgärder för ”överföring till allmänheten”. Se emellertid fotnot 265 nedan.

36 I skäl 64 i direktiv 2019/790 anges att det rör sig om ett ”klargörande”. Enligt min mening har unionslagstiftaren i själva verket omdefinierat omfattningen av rätten till ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 2001/29 (enbart) med avseende på tillämpningen av nämnda artikel 17. Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkterna 250–255).

37 Skäl 3 i direktiv 2019/790.

38 Se skäl 61 i direktiv 2019/790.

39 Se skäl 61 i direktiv 2019/790 där det anges att ”[e]ftersom avtalsfriheten … inte bör påverkas av dessa bestämmelser bör rättsinnehavarna inte vara skyldiga att ge tillstånd eller ingå licensavtal”.

40 Som det anges i artikel 17.3 andra stycket i direktiv 2019/790 påverkar detta inte tillämpningen av nämnda artikel 14 på leverantörer av delningstjänster för syften som ligger utanför detta direktivs tillämpningsområde. Som jag förklarade i mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkterna 141–168) omfattas leverantörerna i övriga situationer, enligt min mening, av det undantag från ansvar som föreskrivs i nämnda artikel 14. Som kommissionen har gjort gällande utgör artikel 17.3 i direktiv 2019/790 således *lex specialis* i förhållande till nämnda artikel 14.

41 Med detta ska förstås att leverantörerna ansvarar för ”olagliga” åtgärder för överföring till allmänheten, det vill säga otillåtna åtgärder som inte omfattas av ett undantag eller en inskränkning (se punkterna 143 och följande punkter nedan).

42 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkterna 100 och 101).

43 Se artikel 13 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (EUT L 157, 2004, s. 45).

32. Eftersom det dock, *å ena sidan*, är användarna av delningstjänsterna som lägger ut det innehåll som finns online, utan att leverantörerna gör något förhandsurval av innehållet,[44] och leverantörerna, *å andra sidan*, sannolikt inte kan få tillstånd av samtliga rättsinnehavare för alla nuvarande och framtida verk och andra alster som kan komma att laddas upp,[45] skulle ett sådant objektivt ansvar dock tvinga leverantörerna att fullständigt ändra sin affärsmodell – och således att överge själva modellen med ett interaktivt Web 2.0.

33. Unionslagstiftaren har därför ansett att en särskild ansvarsmekanism måste föreskrivas med avseende på dessa samma leverantörer.[46] Enligt artikel 17.4 i direktiv 2019/790 kan leverantörerna, i fall av olaglig ”överföring till allmänheten” som görs med användning av deras tjänster, undantas från allt ansvar genom att visa att de

”a) har gjort vad de har kunnat för att erhålla ett tillstånd, och

b) i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed har gjort vad de har kunnat för att säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättsinnehavarna har försett tjänsteleverantörerna med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga, och under alla omständigheter

c) efter att ha mottagit en tillräckligt välgrundad underrättelse från rättsinnehavarna har agerat snabbt för att omöjliggöra åtkomst till de underrättade verken och alstren eller avlägsna dem från sina webbplatser, och har gjort vad de har kunnat för att motverka framtida uppladdningar i enlighet med led b”.

34. Två av dessa kumulativa villkor är i centrum för förevarande talan. Övriga punkter i artikel 17 i direktiv 2019/790 kommer att presenteras vartefter under min granskning av talan.[47]

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

35. Republiken Polen har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 24 maj 2019.

36. Republiken Polen har yrkat att domstolen ska

– ogiltigförklara artikel 17.4 b och c *in fine*, det vill säga formuleringen ”och har gjort vad de har kunnat för att motverka framtida uppladdningar i enlighet med led b”, i direktiv 2019/790,

– i andra hand, för det fallet att domstolen skulle konstatera att de angripna bestämmelserna inte kan avskiljas från resten av artikel 17 i detta direktiv utan att dess innehåll ändras, ogiltigförklara denna artikel i dess helhet, och

44 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkterna 73–78).

45 *För det första* vill inte alla rättsinnehavare tillåta användning av sina verk eller alster på dessa tjänster. Det ska *vidare* påpekas att även om det vore relativt enkelt för leverantörerna av delningstjänster att vid behov ingå licensavtal med de ”stora” eller med förvaltningsorganisationer är detta svårare vad gäller myriaden av ”små” enskilda rättsinnehavare och upphovsmän. Till denna svårighet kommer *slutligen* den omständigheten att det innehåll som läggs ut online på delningstjänsterna kan involvera många olika typer av rättigheter samt att upphovsrätten och närstående rättigheter omfattas av territorialitetsprincipen. Licenserna gäller således endast för enskilda länder, vilket mångfaldigar antalet tillstånd som måste erhållas.

46 Se skäl 66 i direktiv 2019/790.

47 Förutom artikel 17.6 i direktiv 2019/790, i vilken föreskrivs särskilda villkor för undantag från ansvar för ”nya” leverantörer av delningstjänster, vilket inte omfattas av föremålet för förevarande talan.

– förplikta parlamentet och rådet att ersätta rättegångskostnaderna.

37. Parlamentet har yrkat att domstolen ska

– ogilla talan, och

– förplikta Republiken Polen att ersätta rättegångskostnaderna.

38. Rådet har yrkat att domstolen ska

– avvisa huvudyrkandet,

– i andra hand, ogilla talan i dess helhet, och

– förplikta Republiken Polen att ersätta rättegångskostnaderna.

39. Genom beslut av domstolens ordförande av den 17 oktober 2019 tilläts Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Republiken Portugal och Europeiska kommissionen att intervenera till stöd för parlamentets och rådets yrkanden. Interventionsinlagor har ingetts av samtliga dessa intervenienter, med undantag av Republiken Portugal.

40. Parterna och intervenienterna, med undantag av den portugisiska regeringen, var företrädda vid förhandlingen den 10 november 2020.

V. Bedömning

41. Republiken Polen har till stöd för sin talan åberopat en enda grund avseende ett åsidosättande av yttrande- och informationsfriheten, vilken garanteras i artikel 11.1 i stadgan.[48] Innan jag granskar denna grund i sak (avsnitt B), kommer jag kortfattat att behandla frågan om huruvida talan kan tas upp till prövning (avsnitt A).

A. Upptagande till prövning

42. Parlamentet, rådet, den franska regeringen och kommissionen har gjort gällande att huvudyrkandet inte kan tas upp till prövning i den mån det syftar till en ogiltigförklaring av enbart artikel 17.4 b och c *in fine* i direktiv 2019/790. Jag delar denna uppfattning.

43. Enligt domstolens fasta praxis kan nämligen en del av en unionsrättsakt ogiltigförklaras endast om de delar för vilka ogiltigförklaring har yrkats *kan avskiljas* från rättsakten i övrigt. Detta krav är inte uppfyllt när rättsaktens kärninnehåll skulle ändras om en del av den ogiltigförklarades.[49]

[48] Jag kommer därför att begränsa min granskning till denna grundläggande rättighet, oberoende av de frågor som artikel 17 i direktiv 2019/790 kan föranleda med avseende på de övriga grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan, såsom näringsfriheten (artikel 16).

[49] Se, bland annat, dom av den 8 december 2020, Polen/parlamentet och rådet (C-626/18, EU:C:2020:1000, punkterna 28 och där angiven praxis).

44. Det är dock uppenbart att en ogiltigförklaring av endast artikel 17.4 b och c *in fine* skulle ändra kärninnehållet i artikel 17 i direktiv 2019/790. Som parlamentet, rådet, den franska regeringen och kommissionen har gjort gällande utgör de olika bestämmelserna i artikel 17 tillsammans ett ”komplicerat” ansvarssystem, som speglar den balans som unionslagstiftaren vill uppnå mellan tjänsteleverantörernas, användarnas och rättsinnehavarnas rättigheter och intressen. En ogiltigförklaring av enbart de angripna bestämmelserna skulle få till följd att detta ansvarssystem ersattes med ett helt annat system som skulle vara betydligt mer fördelaktigt för leverantörerna av delningstjänster. En sådan delvis ogiltigförklaring skulle med andra ord innebära att domstolen skulle *revidera* artikel 17, vilket den inte kan göra inom ramen för ett förfarande för ogiltigförklaring enligt artikel 263 FEUF.

45. Däremot är det ostridigt mellan parterna att sökandens andrahandsyrkande, att artikel 17 i direktiv 2019/790 ska ogiltigförklaras i dess helhet, kan tas upp till prövning. Hur viktig denna artikel än är ändrar en ogiltigförklaring av den nämligen inte direktivets kärninnehåll. Det stora antalet artiklar i direktivet har olika syften och är indelade i olika avdelningar och kapitel. Artikel 17 i nämnda direktiv *kan* således *avskiljas* från dess övriga artiklar, vilka alla kan kvarstå fullständigt i fall av en ogiltigförklaring av artikel 17. [50]

B. Prövning i sak

46. Den enda grund som Republiken Polen har åberopat kan sammanfattas med några ord. Det har huvudsakligen gjorts gällande att enligt artikel 17.4 b och c *in fine* i direktiv 2019/790 måste leverantörer av delningstjänster, för att undantas från allt ansvar i fall av olaglig ”överföring till allmänheten” av verk och andra alster på deras tjänster, vidta en förebyggande övervakning av det innehåll som användarna vill lägga ut online. För att göra detta måste de använda it-verktyg som möjliggör automatisk filtrering av nämnda innehåll. Denna förebyggande övervakning utgör dock en begränsning i utövandet av rätten till yttrandefriheten, som garanteras i artikel 11 i stadgan. Denna begränsning är inte förenlig med detta instrument, eftersom den skadar det ”väsentliga innehållet” i denna grundläggande rättighet eller åtminstone inte respekterar proportionalitetsprincipen.

47. I sina svaromål har parlamentet och rådet, med stöd av den spanska och den franska regeringen samt kommissionen, invänt mot vart och ett av dessa argument. Jag kommer därför att granska dem i tur och ordning i de följande avsnitten. *Först* kommer jag att behandla de angripna bestämmelsernas räckvidd (avsnitt 1). *Därefter* kommer jag att behandla frågan om en begränsning i utövandet av rätten till yttrande- och informationsfrihet (avsnitt 2) och *slutligen* frågan om huruvida denna begränsning är förenlig med stadgan (avsnitt 3).

1. De angripna bestämmelsernas räckvidd

48. För att helt förstå räckvidden av de villkor för undantag från ansvar som föreskrivs i artikel 17.4 b och c *in fine* i direktiv 2019/790, är det lämpligt att jämföra dem med de undantag som föreskrivs i artikel 14 i direktiv 2000/31. Enligt sistnämnda artikel är en tjänsteleverantör undantagen från allt ansvar som kan följa av olaglig information som denne lagrar på begäran av en användare av tjänsten, under förutsättning att a) tjänsteleverantören inte hade kännedom om informationen eller b) tjänsteleverantören, i förekommande fall, utan dröjsmål har avlägsnat

[50] Förutom definitionen av ”online-leverantör av delningstjänster” i artikel 2.6 i direktiv 2019/790, som skulle förlora sitt existensberättigande.

informationen eller gjort den oåtkomlig. I praktiken förväntas det inte att en sådan tjänsteleverantör ska övervaka den information som finns på dennes servrar eller aktivt ska efterforska den olagliga information som finns på dem.[51] När en tjänsteleverantör däremot, i allmänhet genom en anmälan från tredje man, uppmärksammas på förekomsten och lokaliseringen av sådan olaglig information ska tjänsteleverantören vidta åtgärder för att avlägsna informationen i fråga eller omöjliggöra åtkomst till den – enligt ett system för ”anmälan och avlägsnande” (*notice and take down*).[52]

49. Som sökanden har gjort gällande måste leverantörer av delningstjänster däremot, för att uppfylla de villkor som föreskrivs i de angripna bestämmelserna, vidta en förebyggande övervakning av den information som användarna av deras tjänster lägger ut online (avsnitt a). För att utföra övervakningen måste leverantörerna i ett stort antal situationer använda sig av it-verktyg som möjliggör automatisk filtrering av nämnda innehåll (avsnitt b).

a) En förebyggande övervakning av det innehåll som användarna lägger ut online…

50. Det ska *för det första* erinras om att enligt artikel 17.4 b i direktiv 2019/790 måste leverantörerna av delningstjänster visa att de ”i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed har gjort vad de har kunnat” för att ”säkerställa att specifika verk och andra alster för vilka rättsinnehavarna har försett tjänsteleverantörerna med relevant och nödvändig information inte är tillgängliga”.

51. Enligt artikel 17.4 c måste de *vidare*, efter att ha mottagit en tillräckligt välgrundad underrättelse från rättsinnehavarna om att verk eller andra alster finns på deras tjänster, inte endast agera snabbt för att omöjliggöra åtkomst till dessa alster eller avlägsna dem från sina webbplatser,[53] utan även visa att de ”har gjort vad de har kunnat” för att ”motverka framtida uppladdningar” – denna gång enligt logiken ”*anmälan och blockering*” (*notice and stay down*).

52. Sammanfattningsvis åläggs leverantörerna av delningstjänster genom de angripna bestämmelserna en omsorgsplikt – eller, för att uttrycka det på ett annat sätt, en skyldighet att vida åtgärder[54] – vad gäller *övervakningen* av deras tjänster. För att ”säkerställa” att verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna ”inte är tillgängliga” och för att ”motverka framtida uppladdningar” måste leverantörerna vidta ”alla åtgärder som en samvetsgill operatör skulle ha vidtagit”[55] för att i mängden innehåll som användarna lägger ut online upptäcka och blockera eller aktivt avlägsna innehåll som återger alstren i fråga.[56]

51 Enligt artikel 15 i direktiv 2000/31 (se punkt 105 nedan). Trots detta undantag från ansvar kan dock vissa övervakningsskyldigheter åläggas tjänsteleverantörerna genom förelägganden (se, bland annat, artikel 14.3 i direktiv 2000/31 och artikel 8.3 i direktiv 2001/29).

52 Se, för närmare detaljer, mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkterna 173–196).

53 Det villkor som föreskrivs i artikel 17.4 c *in principio* motsvarar således de som föreskrivs i artikel 14 i direktiv 2000/31.

54 En skyldighet att vidta åtgärder innebär att leverantören ska göra sitt bästa för att nå ett visst resultat, utan att vara skyldig att uppnå det. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juni 2009, kommissionen/Grekland (C-250/07, EU:C:2009:338, punkt 68), och dom av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkt 53).

55 Se skäl 66 andra stycket i direktiv 2019/790.

56 I artikel 17.4 i direktiv 2019/790 föreskrivs således ett system med ansvar för *oaktsamhet*: enligt denna bestämmelse hålls leverantörerna av delningstjänster ansvariga när de inte med tillräcklig omsorg har motverkat att olagligt innehåll lagts ut online av användarna av deras tjänster. Artikel 17 är på så sätt en sorts ”hybridkonstruktion” mellan det direkta ansvar som bärs av dem som begår de olagliga handlingarna och det indirekta (eller ”sekundära”) ansvar för tredje mans gärningar som bärs av mellanhänderna. Se, beträffande denna åtskillnad, mitt förslag till avgörande i målen YouTube och Cyando (punkterna 64, 65, 102 och 103).

53. Denna tolkning stöds av det mål som eftersträvas med artikel 17 i direktiv 2019/790. Enligt artikel 14 i direktiv 2000/31 ska rättsinnehavarna nämligen övervaka delningstjänsterna och uppmärksamma leverantörerna, genom en anmälan, på det intrångsgörande innehåll som finns där, så att dessa kan avlägsna det. Som rådet har erinrat om ansåg unionslagstiftaren dock vid antagandet av nämnda artikel 17 att ett sådant system lägger en alltför stor börda på rättsinnehavarna och inte ger dem möjlighet att effektivt kontrollera användningen av deras verk och andra alster på dessa tjänster.[57] Framför allt läggs innehåll som har avlägsnats ofta på nytt ut online kort tid därefter, vilket tvingar rättsinnehavarna att göra flera anmälningar.[58] I syfte att åtgärda detta problem har uppgiften att övervaka tjänsterna överförts på tjänsteleverantörerna genom de angripna bestämmelserna.[59]

54. Som Republiken Polen har gjort gällande måste leverantörerna av delningstjänster *för det andra*, för att uppfylla de mål som anges i de angripna bestämmelserna, försöka att på förhand förebygga att intrångsgörande innehåll läggs ut online och inte endast avlägsna det i efterhand.

55. Av skäl 66 i direktiv 2019/790 framgår härvid att enligt artikel 17.4 b i detta direktiv ska leverantörerna av delningstjänster försöka att ”undvika” att verk och andra alster som identifierats av rättsinnehavarna ”blir tillgängliga” på deras tjänster. Artikel 17.4 c är ännu mer explicit vad gäller den typ av åtgärder som förväntas, eftersom det där anges att leverantörerna ska se till att ”motverka framtida uppladdningar” av de verk och andra alster som har föranlett en underrättelse från rättsinnehavarna. Formuleringen ”i enlighet med led b” understryker dessutom att i båda dessa led förväntas samma sak av leverantörerna: de ska försöka *förebygga* att visst olagligt innehåll läggs ut – eller, i enlighet med ”*stay-down*-logiken”, på nytt läggs ut – online på deras tjänster.

56. Denna tolkning stöds också av det mål som eftersträvas med artikel 17 i direktiv 2019/790, vilket är att göra det enklare för rättsinnehavarna att kontrollera användningen av deras verk på delningstjänsterna. Som rådet har gjort gällande syftar denna bestämmelse till att i den digitala miljön bekräfta den exklusiva karaktären hos rätten till ”överföring till allmänheten”. Den omsorgsplikt som leverantörerna av delningstjänster åläggs genom de angripna bestämmelserna syftar till att säkerställa att rättsinnehavarna faktiskt kan ”ingripa mot eventuella användare av [deras] verk som planerar att överföra nämnda verk till allmänheten, och därvid förbjuda sådan överföring”[60] på dessa tjänster. Som parlamentet och rådet har betonat ska leverantörerna således försöka ingripa innan innehållet läggs ut online, det vill säga innan de verk eller andra alster som innehållet kan återge faktiskt ”överförs till allmänheten” i strid med denna ensamrätt.

b) … vilken i ett stort antal situationer kräver användning av filtreringsverktyg

57. I det här skedet av mitt förslag till förhandsavgörande är det lämpligt att förklara att det finns ett visst antal it-verktyg som gör det möjligt att automatiskt upptäcka given information som läggs ut online eller finns på en server. För detta ändamål används framför allt verktyg för automatisk

57 Se konsekvensbedömningen, del 1/3, s. 140.

58 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 193).

59 Se konsekvensbedömningen, del 1/3, s. 137, och skäl 61 i direktiv 2019/790.

60 Se, bland annat, dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 28 och där angiven praxis).

innehållsigenkänning (*Automatic Content Recognition* eller ACR) som bygger på olika tekniker, nämligen – om man går från den enklaste till den mest komplicerade – hashning (*hashing*), vattenmärkning (*watermarking*) och digitala fingeravtryck (*fingerprinting*). [61]

58. Från andra hälften av 2000-talet har vissa leverantörer av delningstjänster frivilligt infört verktyg som alldeles särskilt använder denna senaste teknik, [62] detta bland annat [63] för att aktivt efterforska intrångsgörande innehåll på sina tjänster. [64] Verktygen för igenkänning via ”digitala fingeravtryck” kan *automatiskt filtrera fram* rättsinnehavarnas verk och andra alster i det innehåll som laddas upp på nämnda tjänster genom att vid den tidpunkt då innehållet läggs ut eller när det redan har lagts ut jämföra innehållet med den referensinformation som tillhandahållits av rättsinnehavarna. [65] Om denna jämförelse visar en överensstämmelse (”*match*”), ger nämnda verktyg i allmänhet de berörda rättsinnehavarna möjlighet att manuellt eller automatiskt *blockera* innehållet i fråga, tillåta att det läggs ut online och följa dess popularitet genom statistik om besökarna, eller också att monetarisera (tjäna pengar på) det genom att infoga reklaminslag i det. [66]

59. I förslaget till direktiv välkomnades denna tekniska utveckling. I konsekvensbedömningen betonades effektiviteten hos verktygen för igenkänning genom ”digitala fingeravtryck” på området för förfalskning och deras ökade tillgänglighet på marknaden. Som jag har angett ovan [67] syftade nämnda förslag till att göra det obligatoriskt för leverantörerna av delningstjänster att införa sådana verktyg, så att de som inte ännu hade gjort det tvingades att ”uppgradera sig” och de övriga tvingades att ge rättsinnehavarna transparent tillgång till deras igenkänningsverktyg. [68]

60. Som parlamentet, rådet och den spanska regeringen noga har betonat innehåller den slutliga versionen av direktiv 2019/790 inte längre några uttryckliga hänvisningar till verktyg för automatisk innehållsigenkänning. Artikel 17.4 b och c i detta direktiv är formulerad i allmänna

61 ”Hashing” innebär att man med hjälp av ett specialverktyg digitalt återger en datafil genom en unik kedja alfanumeriska tecken, som kallas hashkod. Genom att jämföra denna hashkod med hashkoderna i filer som har lagts ut online på en server är det möjligt att automatiskt upptäcka alla identiska kopior av originalfilen som finns där. ”Watermarking” innebär att man i ett innehåll med användning av ett specialverktyg bäddar in ett specifikt märke, som kan vara synligt eller osynligt för ögat och som sedan kan utvinnas för att identifiera originalinnehållet och de kopior som har gjorts av det. ”Fingerprinting” slutligen innebär att man med användning av ett specialverktyg generera en unik digital återgivning (ett avtryck) av ett givet innehåll – en bild, ett fonogram, en videofilm etcetera – genom att reducera den till vissa av sina karakteristiska beståndsdelar. Genom att jämföra detta avtryck med avtrycken i filerna på en server är det möjligt att identifiera alla de som har ett överensstämmande innehåll. Se, för närmare uppgifter, Mochon, J.-P., ”Rapport de mission – une application effective du droit d’auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l’art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus”, *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique*, 29 januari 2020.

62 Verktyg som fungerar enligt tekniken med ”hashing” har begränsad effektivitet när det gäller att känna igen innehåll, eftersom denna teknik, som jag angav i föregående fotnot, endast möjliggör upptäckt av *identiska kopior* av en given datafil. Minsta ändring jämfört med originalfilen (ändring av en bildpixel etcetera) hindrar automatisk upptäckt, även om de jämförda filerna i huvudsak har identiskt innehåll. Likaså möjliggör tekniken med ”watermarking” endast upptäckt av kopior av en märkt fil och kan enkelt kringgås. Se Mochon, J.-P., anfört arbete.

63 Dessa verktyg används för att upptäcka andra typer av olagligt innehåll (barnpornografiskt, förolämpande etcetera). Se Mochon, J.-P., anfört arbete.

64 Det mest omtalade är utan tvekan programvaran ”Content ID”, som har utvecklats av Google för YouTube. Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 22).

65 I praktiken innebär systemet att det skapas ”digitala avtryck” av verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna och att dessa ”avtryck” läggs in i en databas som är kopplad till igenkänningsverktyget. Med hjälp av en algoritm scannas sedan automatiskt alla filer som läggs ut online och deras egna ”avtryck” jämförs med dem i databasen för att upptäcka överensstämmelser. Verktygen för igenkänning genom ”digitalt avtryck” kan identifiera sådana överensstämmelser även på korta tider (till exempel några sekunder när det gäller fonogram) eller om innehållet har ändrats för att undgå automatisk upptäckt (till exempel om filmbilderna har kastats om eller accelererats). Vissa verktyg såsom Content ID förmår till och med känna igen inte endast fonogram, utan även melodierna i de bakomliggande verken. Se Mochon, J.-P., anfört arbete.

66 Se, för närmare detaljer om dessa verktyg och deras leverantörer, konsekvensbedömningen, del 3/3, s. 164–172, och Mochon, J.-P., anfört arbete.

67 Se punkt 22 ovan.

68 Se konsekvensbedömningen, del 1/3, s. 140–144. Se, för ett liknande resonemang, kommissionens meddelande ”Hantering av olagligt innehåll online – Mot ett ökat ansvar för online-plattformar” (COM(2017) 555 final), 28 september 2017, s. 13 och 14.

ordalag. Genom dessa bestämmelser åläggs leverantörerna av delningstjänster inte formellt att vidta specifika åtgärder eller införa specifik teknik för att uppnå de mål som eftersträvas med dem.[69]

61. Enligt svarandena och intervenienterna ålägger de angripna bestämmelserna således inte nämnda leverantörer att använda sådana verktyg. Leverantörerna har ett ”utrymme för skönsmässig bedömning” vad gäller de åtgärder och den teknik som ska införas i syfte att uppnå de mål som anges i dessa bestämmelser. De kan således ”välja” att införa sådana verktyg – eller att fortsätta att använda dem, för dem som redan gör det – eller till och med att utveckla ”innovativa lösningar”.[70] Enligt artikel 17.5 i direktiv 2019/790 ska de åtgärder som krävs av dessa samma leverantörer under alla omständigheter granskas från fall till fall, mot bakgrund av proportionalitetsprincipen.

62. Emellertid förefaller det mig som om de angripna bestämmelserna, såsom Republiken Polen har hävdat, i ett stort antal situationer faktiskt ålägger leverantörerna av delningstjänster att använda dessa verktyg för innehållsigenkänning.[71] Enligt min mening ändrade unionslagstiftaren helt enkelt metod mellan förslaget till direktiv och dess antagande som direktiv 2019/790. I stället för att *direkt* föreskriva en skyldighet att införa sådana verktyg har unionslagstiftaren *indirekt* ålagt en sådan skyldighet genom de villkor för undantag från ansvar som föreskrivs i dessa bestämmelser.

63. Som sökanden har betonat måste man nämligen *dels* ha i åtanke det faktiska sammanhang i vilket de angripna bestämmelserna ingår. Artikel 17 i direktiv 2019/790 gäller tjänsteleverantörer som lagrar och ger allmänheten tillgång till en ”stor mängd upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster”. Det rör sig med andra ord om leverantörer som förvaltar en stor eller till och med gigantisk mängd innehåll. Delningstjänsterna tillhandahålls dessutom utan avbrott och på ett sådant sätt att de är öppna för ett betydande antal användare, vilket således innebär att avsevärda mängder nytt innehåll kan läggas ut online i varje ögonblick.

64. I ett sådant sammanhang är det uppenbart att leverantörerna av delningstjänster, såsom sökanden har gjort gällande, inte kan låta sina anställda kontrollera hela eller ens den största delen av det innehåll som läggs ut online[72] – vilket parlamentet för övrigt har erkänt. Det är således svårt att se vilka andra medel än ett verktyg för automatisk igenkänning, som ger dem möjlighet att filtrera det innehåll som laddas upp på deras tjänster, dessa leverantörer rimligen

69 I skäl 68 i direktiv 2019/790 anges endast att ”olika åtgärder kan vidtas” av leverantörerna av delningstjänster.

70 Se, för ett liknande resonemang, parlamentets pressmeddelande, 27 mars 2019, ”Questions and Answers on issues about the digital copyright directive”: ”Is the directive creating automatic filters on online platforms? No. The draft directive sets a goal to be achieved …. The draft directive however does not specify or list what tools, human resources or infrastructures may be needed to prevent unremunerated material appearing on the site. There is therefore no requirement for upload filters. However, if large platforms do not come up with any innovative solutions, they may end up opting for filters …” (tillgängligt på internetadressen https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive).

71 Detta anser för övrigt även en stor del av experterna på området. Se, bland annat, Grisse, K., ”After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, volym 14, nr 11, s. 887–899, särskilt s. 894 och 895, Leitsner, M., ”European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 2020, volym 12, nr 2, s. 123–214, särskilt s. 141 och 143, Lambrecht, M., ”Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive”, JIPITEC, volym 11, 2020, s. 68–94, särskilt s. 71, Dusollier, S., ”The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition”, *Common Market Law Review*, volym 57, 2020, s. 979–1030, särskilt s. 1016, Mochon, J.-P., anfört arbete, s. 106, samt Frosio, G., och Mendis, S., ”Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?”, i Frosio, G. (red.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020, särskilt s. 562.

72 Se Lambrecht, M., anfört arbete, s. 71: ” … if YouTube wanted to ensure a human review of the 432.000 hours of video uploaded daily, it would have to hire roughly 70.000 full time (very efficient) employees”.

skulle kunna använda för att ”säkerställa” att skyddade verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna ”inte är tillgängliga” och ”motverka framtida uppladdningar” på deras tjänster, i enlighet med de mål som anges i de angripna bestämmelserna[73] – och härvid ska påpekas att parlamentets och rådets hänvisning till eventuella ”innovativa lösningar” på området utgör endast mycket relativ hjälp i detta avseende.[74] Vid förhandlingen medgav svarandena och intervenienterna dessutom mellan raderna, som svar på domstolens frågor, att dessa verktyg faktiskt mycket ofta är absolut nödvändiga för detta ändamål.[75]

65. *Dels* ska det erinras om att leverantörerna av delningstjänster måste vidta åtgärder i enlighet med ”höga branschstandarder för god yrkessed” i syfte att uppfylla den omsorgsplikt som de är ålagda enligt artikel 17.4 b i direktiv 2019/790. Som det anges i skäl 66 andra stycket i detta direktiv ska härvid ”bästa praxis i branschen” och ”utvecklingen” beaktas.

66. Som jag har förklarat i punkt 58 ovan använder olika leverantörer av delningstjänster redan nu verktyg för igenkänning genom ”digitala fingeravtryck” för flera typer av innehåll.[76] För att uppfylla den omsorgsplikt som följer av de angripna bestämmelserna förefaller således övriga leverantörer som godtar sådant innehåll på sina tjänster skyldiga att följa ”bästa praxis i branschen” och ”utvecklingen” genom att införa sådana verktyg för att filtrera dessa kategorier av innehåll.

67. Som svarandena och intervenienterna har betonat ska, enligt artikel 17.5 i direktiv 2019/790, de åtgärder som förväntas av leverantörerna av delningstjänster visserligen vara förenliga med proportionalitetsprincipen i varje enskilt fall. Härvid ska bland annat, för det första, beaktas ”[t]ypen av tjänst, publiken och tjänstens omfattning samt vilken typ av verk eller andra alster som har laddats upp av användarna av tjänsten” och, för det andra, ”[t]illgången till lämpliga och effektiva medel och tjänsteleverantörernas kostnad för dem”.[77] Mot denna bakgrund kan det inte uteslutas att det i särskilda fall skulle strida mot proportionalitetsprincipen att avkräva vissa leverantörer att de ska använda ett verktyg för innehållsigenkänning. Vidare förefaller det som om dessa verktyg med dagens teknik varken är anpassade eller effektiva när det gäller vissa särskilda typer av verk och andra alster.[78]

73 Detta betyder inte att leverantörerna av delningstjänster inte alls kan låta sina anställda kontrollera visst innehåll. Emellertid måste leverantörerna använda automatiska verktyg för att åtminstone minska mängden innehåll som ska genomgå en sådan kontroll (se punkt 211 nedan).

74 Vissa aktörer har av allt att döma börjat utveckla och använda verktyg som gör det möjligt att identifiera innehåll med hjälp av artificiell intelligens. Se, bland annat, Mochon, J.-P., anfört arbete, s. 35. Detta är dock till sin natur också en teknik för automatisk innehållsigenkänning.

75 Den franska regeringen har särskilt medgett att ”med dagens teknik förefaller användningen av mekanismer för automatisk filtrering vara den metod som är bäst lämpad för att snabbt identifiera otillåten uppladdning av skyddat innehåll, med beaktande av den mängd innehåll som hela tiden läggs ut online på de plattformar som berörs av artikel 17”. Rådet har även erkänt att de ”stora” leverantörerna av delningstjänster kanske ”känner sig tvungna” att använda sådana verktyg.

76 Verktygen för igenkänning genom ”digitalt avtryck” kan användas på audio-, foto- och videoinnehåll. Se Mochon, J.-P., anfört arbete. Det ska preciseras att artikel 17 i direktiv 2019/790 är tillämplig *på alla typer av skyddade alster* (visuella, musikaliska, kinematografiska och textuella alster, men också programkod, videospel etcetera), eftersom ordalydelsen i denna artikel och definitionen av ”online-leverantör av delningstjänster för innehåll” i artikel 2.6 i detta direktiv inte innehåller några begränsningar i detta hänseende.

77 Se även skäl 66 andra stycket i direktiv 2019/790 (” … Olika medel … kan vara lämpliga och proportionella beroende på typen av innehåll, …”).

78 Se, bland annat, Mochon, J.-P., anfört arbete, s. 12. Detta verkar vara fallet bland annat vad gäller filmade delar i videospel. I avsaknad av it-verktyg som möjliggör en effektiv automatisk filtrering av vissa typer av verk och alster kan det inte uteslutas att omfattningen av den omsorgsplikt som leverantörerna av delningstjänster härvid är ålagda ska vara påtagligt mindre i enlighet med proportionalitetsprincipen. Se, för ett liknande resonemang, skäl 66 andra stycket i direktiv 2019/790 enligt vilket ” … det kan … inte uteslutas att tillgång till otillåtet innehåll i vissa fall bara kan undvikas genom en underrättelse från rättsinnehavarna ….”.

68. Bortsett från dessa särskilda fall är det emellertid enligt min mening klart att i alla situationer där olika lämpliga och effektiva verktyg finns tillgängliga på marknaden och inte är orimligt dyra är leverantörerna av delningstjänster i princip skyldiga att införa dem för att visa att de har gjort ”vad de har kunnat” för att förebygga att olagligt innehåll läggs ut online och således uppfylla de angripna bestämmelserna.[79] I enlighet med proportionalitetsprincipen kan de vid behov välja de av de tillgängliga verktygen som är bäst anpassade för deras situation och resurser[80] – eller till och med, när det gäller de rikaste av dem, utveckla ett sådant verktyg internt.

69. *Sammanfattningsvis* måste leverantörerna av delningstjänster i ett stort antal fall – för att i överensstämmelse med de angripna bestämmelserna visa att de ”i enlighet med höga branschstandarder för god yrkessed har gjort vad de har kunnat” för att ”säkerställa” att verk och andra alster som rättsinnehavarna har identifierat ”inte är tillgängliga” och ”motverka framtida uppladdningar” på sina tjänster – införa verktyg för automatisk innehållsigenkänning i syfte att *filtrera* det innehåll som användarna lägger ut online och vid behov *blockera* visst innehåll innan det laddas upp.[81]

2. Huruvida det föreligger en begränsning i utövandet av rätten till yttrande- och informationsfrihet

70. När de angripna bestämmelsernas räckvidd nu har klargjorts ska de granskas mot bakgrund av rätten till yttrande- och informationsfrihet.

71. Den rättighet som garanteras i artikel 11 i stadgan, vilken ”innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser”, motsvarar den som föreskrivs i artikel 10 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen).[82] Enligt artikel 52.3 i stadgan har dessa båda rättigheter således samma innebörd eller åtminstone samma räckvidd. Av detta följer att artikel 11 i stadgan ska tolkas mot bakgrund av artikel 10 i Europakonventionen och praxis avseende denna artikel från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen).

72. Denna grundläggande rättighet är onekligen relevant i förevarande fall. Som Republiken Polen och kommissionen har påpekat i sina respektive yttranden är de delningstjänster som avses i artikel 17 i direktiv 2019/790 av särskild vikt för friheten att ta emot och sprida uppgifter och tankar.

79 Se Grisse, K., anfört arbete, s. 895, samt Frosio, G., och Mendis, S., anfört arbete, s. 562.

80 Se, analogt, dom av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkterna 51–53).

81 I många fall kommer verktygen för innehållsigenkänning även att möjliggöra för leverantörerna av delningstjänster att uppfylla de skyldigheter avseende insyn som de åläggs i artikel 17.8 andra stycket i direktiv 2019/790. Enligt denna bestämmelse ska leverantörerna nämligen förse rättsinnehavarna med information om användningen av det innehåll som omfattas av eventuella licensavtal som har ingåtts med de sistnämnda. Dessa verktyg gör det möjligt att samla in statistik, ofta mycket precis sådan, om publiken till det innehåll som finns på dessa tjänster (se konsekvensbedömningen, del 3/3, s. 165, och punkt 58 ovan).

82 Se, bland annat, dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkt 73 och där angiven praxis). Se även artikel 19 i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, som antogs den 10 december 1948 av Förenta nationernas generalförsamling (resolution 217 A(III)), och artikel 19 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, som antogs av Förenta nationernas generalförsamling den 16 december 1966.

73. Att lägga ut innehåll online på nämnda tjänster omfattas således, som sökanden har hävdat, av utövandet av rätten till yttrande- och informationsfrihet, oavsett om det rör sig om videofilmer, fotografier, text etcetera.[83] Att lägga ut sådant innehåll online kan även omfattas av andra angränsande rättigheter. När innehållet i fråga utgör ett konstnärligt uttryck av den användare som laddar upp det, omfattas åtgärden att lägga ut innehållet online av utövandet av den konstnärliga friheten, vilken garanteras i artikel 13 i stadgan och artikel 10 i Europakonventionen.[84]

74. Det ska preciseras att detta gäller oavsett huruvida innehållet i fråga utgör ett intrång i upphovsrätten eller inte. Det motsatta argumentet, som parlamentet har anfört, utgår enligt min mening från en rättslig approximering. Den omständigheten att information skyddas av upphovsrätten har nämligen inte till omedelbar verkan att den inte omfattas av yttrandefriheten.[85] Även om det i allmänhet är *motiverat* att begränsa spridningen av sådan information, är denna fråga relevant endast i skedet för prövningen av villkoren för huruvida en sådan begränsning av yttrandefriheten är tillåtlig.[86]

75. Enligt sökanden är de filtreringsåtgärder som leverantörerna av delningstjänster är tvungna att införa enligt artikel 17.4 b och c *in fine* i direktiv 2019/790 till sin natur ”förebyggande åtgärder” för kontroll av användarnas information. Dessa åtgärder skulle innebära en ”förhandsbegränsning” i den mening som avses i Europadomstolens praxis avseende artikel 10 i Europakonventionen. De angripna bestämmelserna innebär således att leverantörerna ska införa en ”allmän automatiserad censur av förebyggande karaktär” på delningstjänsterna. Nämnda bestämmelser innebär därigenom en särskilt allvarlig ”inblandning” från unionslagstiftarens sida i användarnas yttrande- och informationsfrihet.

76. Svarandena och intervenienterna har däremot bestritt att de angripna bestämmelserna innebär en sådan ”censur” eller en ”inblandning” i denna frihet. Rådet anser särskilt att dessa bestämmelser – eller artikel 17 i direktiv 2019/790 i allmänhet – inte har till syfte att på förhand begränsa den information som kan spridas på dessa tjänster. Användarna är fria att ladda upp det innehåll som de vill på dem. I alla situationer där det innehåll som läggs ut online är upphovsrättsskyddat ska nämnda leverantörer helt enkelt i princip erhålla ett tillstånd från de berörda rättsinnehavarna och är i annat fall ansvariga i efterhand.

77. Liksom sökanden anser jag att de angripna bestämmelserna faktiskt innebär en ”inblandning” i användarnas yttrandefrihet. Jag vill dock genast göra en precisering beträffande terminologin. Begreppet ”censur” är visserligen polysemiskt. Av sökandens yttranden framgår emellertid tydligt att sökanden med detta begrepp avser idén om en förhandskontroll av informationen innan den

83 Se, analogt, Europadomstolen, 19 februari 2013, Neij och Sunde Kolmisoppi mot Sverige, CE:ECHR:2013:0219DEC004039712 (nedan kallad Europadomstolen, Neij m.fl. mot Sverige), s. 9 och 10, Europadomstolen, 10 april 2013, Ashby Donald m.fl. mot Frankrike, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, (nedan kallad Europadomstolen, Ashby Donald m.fl. mot Frankrike), § 34, och förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen i målet L’Oréal m.fl. (C-324/09, EU:C:2010:757, punkterna 49 och 157).

84 Även om en sådan frihet inte erkänns som en självständig frihet i Europakonventionen omfattas ”den konstnärliga yttrandefriheten” av artikel 10 i denna konvention. Se, bland annat, Europadomstolen, 24 maj 1988, Müller m.fl. mot Schweiz, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27, och Europadomstolen, 8 juli 1999, Karataş mot Turkiet, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49.

85 De enda åsikter, uppgifter eller tankar som är omedelbart undantagna från det skydd som föreskrivs i artikel 10 i Europakonventionen utgörs så vitt jag känner till av hatpropaganda, av det skälet att de är oförenliga med de värderingar som stadfästs och garanteras i denna konvention (se, bland annat, Europadomstolen, Gunduz mot Turkiet, CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, § 41).

86 Se, bland annat, Europadomstolen, domen i målet Neij m.fl. mot Sverige, s. 10 och 12, och Europadomstolen, domen i målet Ashby Donald m.fl. mot Frankrike, § 35 och 44. Se även Smith, G., ”Copyright and freedom of expression in the online world”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2010, volym 5, nr 2, s. 88–95, och Michaux, B., ”Chapitre 13. Diffusion du savoir. Droit d’auteur et Internet”, s. 491–526, *L’Europe des droits de l’homme à l’heure d’Internet*, Van Enis, Q. (red.), Bruylant, 2019, s. 491–526. Se även punkt 117 i detta förslag till avgörande.

sprids. Parlamentets, rådets och den spanska regeringens argument avseende att begreppet ”censur” inte är relevant i förevarande fall, eftersom artikel 17 i direktiv 2019/790 inte innebär någon ”politisk eller moralisk” kontroll av den information som läggs ut online på delningstjänsterna, är enligt min mening ovidkommande i detta sammanhang. För att undvika eventuell ytterligare förvirring kommer jag i detta avsnitt endast att använda begreppen ”förebyggande åtgärder” och ”förhandsbegränsningar”.

78. Med detta sagt föreskrivs i artikel 17 i direktiv 2019/790 inte endast, såsom rådet har hävdat, att leverantörerna av delningstjänster ska erhålla ett tillstånd för skyddat innehåll som läggs ut online av användarna av deras tjänster och att de i annat fall är direkt ansvariga för innehållet. Som jag har förklarat i det föregående avsnittet föreskrivs i de angripna bestämmelserna även att nämnda leverantörer är undantagna från detta ansvar när de har gjort ”vad de har kunnat” för att *förebygga* att innehåll som återger verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna läggs ut online av användarna. Leverantörerna har således att vidta en filtrering och en förebyggande blockering av innehållet i fråga.

79. Som sökanden har gjort gällande är filtrering till sin natur en ”förebyggande åtgärd” för kontroll av den information som sprids på dessa tjänster, och de blockeringsåtgärder som den kan resultera i utgör ”förhandsbegränsningar” i den mening som avses i Europadomstolens praxis avseende artikel 10 i Europakonventionen: [87] den information som användarna avser att lägga ut online kontrolleras och den information som anses kunna utgöra ett intrång i upphovsrätten begränsas *innan den sprids*, och detta inte för att *bestraffa* eventuella intrång, utan för att *förebygga* dem. [88]

80. I dessa situationer är användarna, i motsats till vad rådet har gjort gällande, således inte ”fria” att lägga ut det innehåll som de vill på delningstjänsterna. De filtrerings- och blockeringsåtgärder som leverantörerna genomför begränsar det innehåll som kan laddas upp. Av detta följer en ”inblandning” i användarnas utövande av sin kommunikationsfrihet. Filtreringen och blockeringen av innehåll innan det sprids innebär dessutom en ”inblandning” i allmänhetens frihet att ta emot information. [89]

81. Parlamentet och rådet har genmält att leverantörerna av delningstjänster i egenskap av privata aktörer fritt kan välja vilken typ av information de vill se spridas på sina tjänster och således besluta att filtrera och blockera innehåll. Även om det antas att detta utgör en ”inblandning” i användarnas yttrandefrihet kan den under inga omständigheter tillskrivas unionslagstiftaren.

87 Se Europadomstolen, 18 december 2012, Ahmet Yildirim mot Turkiet, CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 (nedan kallad Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet), § 55, Europadomstolen, 23 juni 2020, Vladimir Kharitonov mot Ryssland, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36, och Europadomstolen, 30 april 2019, Kablis mot Ryssland, CE:ECHR:2019:0430JUD004831016 (nedan kallad Europadomstolen, Kablis mot Ryssland), § 90.

88 Se, analogt, domen i målet Scarlet Extended (punkterna 29, 36, 37 och 40) och domen i målet SABAM (punkterna 26, 35, 37 och 38). Detta kan kontrasteras mot de ”repressiva” åtgärder som tidigare tillämpades, såsom att till följd av ett föreläggande eller beslut från en domstol avlägsna *information som redan lagts ut online* och som var uppenbart olagligt och/eller hade bedömts vara olaglig av domstolen i fråga.

89 Se, analogt, Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 55, och Europadomstolen, 23 juni 2020, Vladimir Kharitonov mot Ryssland, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36 (avseende åtgärder för blockering av webbplatser), samt förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i målet Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255, punkt 85). Den omständigheten att det blockerade innehållet, såsom jag förklarar närmare nedan, eventuellt på nytt kan läggas ut online, om de berörda användarna inom ramen för den klagomålsmekanism som föreskrivs i artikel 17.9 i direktiv 2019/790 visar att det inte skadar några upphovsrättigheter, påverkar inte enligt min mening konstaterandet om ”inblandning”. Det samma gäller frågan huruvida filtreringen är strikt inriktad på olagligt innehåll eller inte. Dessa omständigheter kommer att bedömas inom ramen för granskningen av huruvida denna inblandning är proportionerlig.

82. Två situationer har enligt min mening blandats ihop i detta argument. Det är riktigt att leverantörerna av delningstjänster inom ramen för den näringsfrihet och avtalsfrihet som garanteras i artikel 16 i stadgan kan fastställa en politik för innehållet, genom användarvillkor för sina tjänster eller också genom ”gruppregler”, och på eget initiativ utöva en form av ”självreglering” genom att filtrera och blockera innehåll som enligt dem strider mot dessa regler. I denna situation föreligger inte en ”offentlig myndighets inblandning” i användarnas yttrandefrihet i den mening som avses i artikel 10 i Europakonventionen och artikel 11 i stadgan. [90]

83. Emellertid rör det sig i förevarande fall enligt min mening inte om en ”självreglering” som leverantörerna av delningstjänster vidtar. Oberoende av huruvida förbudet mot att lägga ut intrångsgörande innehåll online finns med i deras allmänna användarvillkor eller i deras ”gruppregler”, utförs filtreringen och blockeringen av innehåll i syfte att uppfylla de angripna bestämmelserna. [91]

84. Jag anser därför att ”inblandningen” i användarnas yttrandefrihet visst kan tillskrivas unionslagstiftaren. Unionslagstiftaren är nämligen anstiftare till denna inblandning. Parlamentet och rådet har för övrigt själva erkänt att de angripna bestämmelserna syftar till att tilldela leverantörerna av delningstjänster uppgiften att kontrollera de intrång i upphovsrätten som begås på dessa tjänster. Lagstiftaren har på sätt och viss till dessa leverantörer delegerat uppgiften att kontrollera att upphovsrätten tillämpas korrekt i den digitala miljön. Unionslagstiftaren kan dock inte delegera nämnda uppgift och samtidigt lägga över allt ansvar på leverantörerna för den inblandning i användarnas grundläggande rättigheter som följer av denna kontroll. [92]

85. Min övertygelse i detta hänseende påverkas inte av rådets argument att de angripna bestämmelserna inte ”förpliktar” leverantörerna av delningstjänster att vidta filtrering och blockering av det innehåll som användarna av deras tjänster lägger ut online, eftersom artikel 17.4 i direktiv 2019/790 inte i strikt mening ålägger dessa leverantörer någon ”skyldighet”, utan endast föreskriver ett system för undantag från ansvar som de har ”möjlighet” att använda sig av när de inte har erhållit tillstånd av rättsinnehavarna.

86. För att bedöma huruvida artikel 17 i direktiv 2019/790 är förenlig med artikel 11 i stadgan måste man nämligen enligt min mening beakta inte endast dess lydelse utan också dess konkreta verkningar. Med beaktande av den omständigheten att leverantörerna av delningstjänster, *å ena*

[90] Den fråga som då uppkommer med avseende på användarnas yttrandefrihet är i vilken mån leverantörerna – med hänsyn till den betydelse som dessa tjänster har fått genom att de har blivit en väsentlig infrastruktur för utövandet av friheten att kommunicera online (se punkt 103 i detta förslag till avgörande) – ska respektera användarnas grundläggande rättigheter och i vilken mån de offentliga myndigheterna är skyldiga att, i enlighet med de ”positiva skyldigheter” som följer av dessa artiklar, vidta ”aktiva skyddsåtgärder” som garanterar ett faktiskt åtnjutande av nämnda frihet i relationerna mellan användarna och leverantörerna av delningstjänster. Det är inte nödvändigt att avgöra denna fråga i förevarande fall. Se, beträffande de ”positiva skyldigheter” som följer av artikel 10 i Europakonventionen, bland annat Europadomstolen, 6 maj 2003, Appleby mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, § 39, och Europadomstolen, 16 december 2008, Khurshid Mustafa mot Sverige, CE:ECHR:2008:1216JUD002388306, § 31.

[91] Se, analogt, Europadomstolen, 28 juni 2001, VgT Verein gegen Tierfabriken mot Schweiz, CE:ECHR:2001:0628JUD002469994, § 44–47. I detta mål fastslog Europadomstolen att en privat tv-kanals vägran att sända ett reklaminslag som hade utarbetats av en djurskyddsförening utgjorde ”inblandning” i denna förenings yttrandefrihet som *kunde tillskrivas staten, som var svarande*, eftersom denna vägran syftade till att följa den nationella radio- och TV-lagen, vilken förbjöd politisk propaganda. I motsats till Republiken Polen anser jag således inte att teorin om ”positiva skyldigheter” är relevant i förevarande fall. Denna punkt är i vart fall inte avgörande för resonemanget. Europadomstolen har härvid upprepade gånger slagit fast att gränsen mellan en stats positiva och negativa skyldigheter enligt Europakonventionen inte kan definieras exakt och att de principer som är tillämpliga i båda fallen huvudsakligen är de samma (se, bland annat, Europadomstolen, 13 juli 2012, Mouvement Raëlien Suisse mot Schweiz, CE:ECHR:2011:0113JUD001635406, § 50 och där angiven praxis).

[92] Se, analogt, Europadomstolen, 25 mars 1993, Costello-Roberts mot Förenade kungariket, CE:ECHR:1993:0325JUD001313487, § 27: staten kan inte undandra sig sitt ansvar genom att delegera sina skyldigheter till privata organ eller enskilda.

sidan, inte kan erhålla tillstånd av rättsinnehavarna för ett visst antal verk och andra alster [93] medan användarna, *å andra sidan*, ändå potentiellt kan lägga ut en mängd innehåll online som återger alstren i fråga, utgör användningen av det system för undantag från ansvar som föreskrivs i artikel 17.4 i direktiv 2019/790 inte en ”möjlighet” för dessa leverantörer, utan en nödvändighet för att de inte ska behöva bära en orimligt stor ansvarsrisk. I ett stort antal fall utgör de villkor för undantag som föreskrivs i de angripna bestämmelserna således i praktiken veritabla *skyldigheter* för nämnda leverantörer. För övrigt ska det påpekas att det i själva artikel 17.5 hänvisas till de ”*skyldigheter* [som åligger leverantörerna av delningstjänster] enligt punkt 4” (min kursivering).

87. Ett sådant system för ansvar/undantag utgör enligt min mening en lika effektiv metod som en direkt skyldighet skulle utgöra när det gäller att tvinga de berörda ekonomiska aktörerna att vidta en förebyggande filtrering av sina användares innehåll. Som jag har angett i punkt 62 ovan har unionslagstiftaren helt enkelt ändrat metod i detta hänseende. Dessa olika metoder har emellertid *samma verkningar* och ska av detta skäl behandlas på samma sätt med avseende på de grundläggande rättigheterna. [94]

3. Huruvida denna begränsning är förenlig med stadgan

88. Av föregående avsnitt framgår att de angripna bestämmelserna, såsom Republiken Polen har gjort gällande, innebär en begränsning i utövandet av rätten till yttrandefrihet, som garanteras i artikel 11 i stadgan.

89. Yttrandefriheten är emellertid inte en absolut rättighet. Enligt artikel 52.1 i stadgan kan en begränsning i utövandet av denna frihet tillåtas på villkor att den 1) är ”föreskriven i lag”, 2) är förenlig med ”det väsentliga innehållet” i denna frihet och 3) är förenlig med proportionalitetsprincipen.

90. Enligt artikel 10.2 i Europakonventionen och Europadomstolens praxis avseende denna artikel kan ingrepp i yttrandefriheten på liknande sätt tillåtas i den del de är ”föreskrivna i lag”, syftar till ett eller flera av de legitima mål som anges i nämnda punkt 2 och är ”[nödvändiga] i ett demokratiskt samhälle”. [95] Även om dessa villkor i sin lydelse delvis skiljer sig från de villkor som föreskrivs i artikel 52.1 i stadgan, ska de, som jag har påpekat ovan, anses ha samma innebörd eller åtminstone samma räckvidd. [96]

91. I de följande avsnitten kommer jag därför att granska huruvida de tre villkor som föreskrivs i artikel 52.1 i stadgan är uppfyllda samtidigt som jag tolkar dem mot bakgrund av relevant praxis från Europadomstolen. Jag kommer därvid att redogöra för skälen till att det måste anses att

93 Se fotnot 45 ovan.

94 Avslutningsvis ska det tilläggas att själva den omständigheten att leverantörerna av delningstjänster indirekt förpliktas att utföra en sådan övervakning av sina tjänster i sig utgör ”inblandning” av unionslagstiftaren i *dessa leverantörers* yttrandefrihet. Eftersom de tillhandahåller alla och envar medel som gör det möjligt att ta emot eller överföra information, omfattas deras verksamhet nämligen av artikel 11 i stadgan och artikel 10 i Europakonventionen. Se, analogt, Europadomstolen, Neij m.fl. mot Sverige, s. 9 och 10, Europadomstolen, 2 februari 2016, Magyar Tartalomzolgáltatók Egyesület och Index.hu zrt mot Ungern, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 45, och Europadomstolen, 4 juni 2020, Jezior mot Polen, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 41.

95 Se, bland annat, Europadomstolen, 14 mars 2002, Gaweda mot Polen, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 37, Europadomstolen, domen i målet Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 56, och Europadomstolen, 23 juni 2020, Vladimir Kharitonov mot Ryssland, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36.

96 Se punkt 71 ovan. Enligt artikel 53 i stadgan kan för övrigt den skyddsnivå som detta instrument erbjuder aldrig vara lägre än den som garanteras i Europakonventionen. Domstolen ska därför ge de villkor som föreskrivs i artikel 52.1 i stadgan en tolkning som är åtminstone lika strikt som den tolkning som Europadomstolen ger de villkor som anges i artikel 10.2 i Europakonventionen.

begränsningen i fråga är ”föreskriven i lag” (avsnitt a), är förenlig med ”det väsentliga innehållet” i rätten till yttrandefrihet (avsnitt b) och – förutsatt att artikel 17 i direktiv 2019/790 tolkas korrekt – är förenlig med proportionalitetsprincipen (avsnitt c).

a) Begränsningen i fråga är ”föreskriven i lag”

92. Enligt domstolens fasta praxis innebär villkoret att varje begränsning i utövandet av de grundläggande rättigheterna ska vara ”föreskriven i lag” i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan, jämförd med Europadomstolens praxis avseende motsvarande villkor som föreskrivs i artikel 10.2 i Europakonventionen, inte endast att denna begränsning ska ha en rättslig grund (”förekomsten av en lag”), utan även att denna rättsliga grund måste uppfylla vissa krav på tillgänglighet och förutsebarhet (”egenskapen av lag”). [97]

93. I förevarande fall är det uppenbart att begränsningen i fråga har en rättslig grund, eftersom den följer av bestämmelser som har antagits av unionslagstiftaren.

94. Vad vidare gäller denna rättsliga grunds ”egenskap av lag” ska det erinras om att enligt praxis från domstolen [98] respektive Europadomstolen [99] måste den rättsliga grund genom vilken utövandet av en grundläggande rättighet begränsas vara tillräckligt tillgänglig och dess följder måste kunna förutses, det vill säga den ska vara tillräckligt klart och precist formulerad, så att de berörda, om nödvändigt med hjälp av ett kvalificerat biträde, kan anpassa sitt beteende.

95. Jag anser att de angripna bestämmelserna uppvisar en tillräcklig grad av klarhet och precision för att uppfylla detta krav. Definitionen av ”online-leverantör av delningstjänster för innehåll” i artikel 2.6 i direktiv 2019/790 och de angripna bestämmelserna innehåller visserligen flera öppna begrepp – ”en stor mängd upphovsrättsskyddade verk eller andra skyddade alster”, ”gjort vad de har kunnat”, ”höga branschstandarder för god yrkessed” etcetera – som skapar en grad av osäkerhet beträffande de ekonomiska aktörer som avses och de skyldigheter som åligger dem i varje situation. Enligt de förklaringar som parlamentet och rådet har tillhandahållit syftar dessa begrepp emellertid till att garantera att dessa bestämmelser kan anpassas till olika typer av aktörer och situationer samt till utvecklingen av praxis och den tekniska utvecklingen, och detta för att de ska hålla över tiden. Enligt Europadomstolens praxis kan unionslagstiftaren dock utan att tumma på kravet på ”förutsebarhet” välja att förse de texter som antas med en viss smidighet i stället för absolut rättssäkerhet. [100] Klargörandena i det här förslaget till avgörande och de

97 Se, bland annat, dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 81), yttrande 1/15 (Avtal om passageraruppgifter mellan EU och Kanada) av den 26 juli 2017 (EU:C:2017:592, punkt 146) och mitt förslag till avgörande i målet Facebook Ireland och Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, punkt 263).

98 Se, bland annat, dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 81).

99 Se, bland annat, Europadomstolen, 26 april 1979, Sunday Times mot Förenade kungariket, CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, § 49, Europadomstolen, 14 mars 2002, Gaweda mot Polen, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 39, och Europadomstolen, 23 juni 2020, Vladimir Kharitonov mot Ryssland, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37.

100 Europadomstolen har upprepade gånger slagit fast att även om visshet är önskvärd, kan den föra med sig en överdriven stelbenthet och lagen måste kunna hålla jämn takt med förändrade omständigheter. Följaktligen är många lagar ofrånkomligen formulerade i termer som till en större eller mindre utsträckning är vaga och där tolkning och tillämpning är en fråga om praxis. Se, bland annat, Europadomstolen, 16 juni 2015, Delfi AS mot Estland, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909 (nedan kallad Europadomstolen, Delfi AS mot Estland), § 121 och där angiven praxis.

klargöranden som domstolen kommer att göra i sin kommande dom och i framtida avgöranden kommer dessutom att bidra till att precisera dessa begrep och undanröja de tvivel som de omgärdas av – vilket också uppfyller kravet på ”förutsebarhet”. [101]

96. Under dessa omständigheter ska det påpekas att domstolen [102] och Europadomstolen [103] vid bedömningen av huruvida kravet på ”förutsebarhet” är uppfyllt även beaktar huruvida den rättsliga grund som medför en begränsning innehåller tillräckliga skyddsåtgärder mot risken för godtyckliga ingrepp i de grundläggande rättigheterna eller ingrepp som utgör missbruk av dem (enligt principen om grundläggande rättigheters företräde). Denna aspekt har i förevarande fall bestritts av sökanden.

97. Frågan huruvida de angripna bestämmelserna innehåller tillräckliga skyddsåtgärder för att skydda användarnas yttrandefrihet mot omåttliga eller godtyckliga filtrerings- och blockeringsåtgärder har dock även samband med frågan huruvida den begränsning som följer av dessa bestämmelser är *proportionerlig*. [104] För att undvika upprepningar kommer jag därför att behandla denna fråga i samband med bedömningen av villkoret avseende förenlighet med proportionalitetsprincipen. [105]

b) Begränsningen i fråga är förenlig med ”det väsentliga innehållet” i rätten till yttrandefrihet

98. Det ska erinras om att det villkor som anges i artikel 52.1 i stadgan, att varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i detta instrument ska vara ”förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter”, innebär att en åtgärd inte kan motiveras, om den medför ett ingrepp i ”det väsentliga innehållet”. Denna åtgärd anses då strida mot stadgan och ska, om det rör sig om en unionsrättsakt, ogiltigförklaras utan att villkoret avseende förenligheten med proportionalitetsprincipen behöver prövas. [106]

99. Unionslagstiftaren kan nämligen i det gemensamma intresset begränsa utövandet av vissa grundläggande rättigheter, i syfte att skydda andra rättigheter och intressen och särskilt för att skydda en annan grundläggande rättighet. Unionslagstiftaren har härvid ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att göra en avvägning och finna en rimlig balans mellan de olika rättigheterna och intressena i fråga. [107] Dock finns det en absolut gräns för detta utrymme för skönsmässig bedömning. ”Det väsentliga innehållet” i en grundläggande rättighet utgör en ”oangriplig kärna” som måste förbli fri från varje ingrepp. Följaktligen finns det inget mål, hur legitimt det än må vara, som kan motivera vissa – exceptionellt allvarliga – ingrepp i de grundläggande rättigheterna. Ändamålet berättigar med andra ord inte alltid medlen.

101 Enbart den omständigheten att parterna och intervenienterna i förevarande fall har anfört olika tolkningar av artikel 17 i direktiv 2019/790 (se punkterna 168 och 170 nedan) betyder inte att kravet på ”förutsebarhet” inte är uppfyllt (se, bland annat, Europadomstolen, 17 februari 2004, Gorzelik m.fl. mot Polen, CE:ECHR:2004:0217JUD004415898, § 65). Det ankommer på domstolen att klargöra den korrekta tolkningen av denna bestämmelse.

102 Se, bland annat, dom av den 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punkt 81).

103 Se, bland annat, Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 59 och 64, och Europadomstolen, 23 juni 2020, Vladimir Kharitonov mot Ryssland, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37.

104 Se, analogt, dom av den 6 oktober 2020, La Quadrature du Net m.fl. (C-511/18, C-512/18 och C-520/18, EU:C:2020:791, punkt 132).

105 Se punkterna 128 och följande punkter nedan.

106 Se mitt förslag till avgörande i målet Facebook Ireland och Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, punkt 272).

107 Se punkterna 117 och 129 nedan.

100. Enligt Republiken Polen innebär de i förevarande fall angripna bestämmelserna ett ingrepp i ”det väsentliga innehållet” i rätten till yttrandefrihet. Den förebyggande övervakning som leverantörerna av delningstjänster enligt dessa bestämmelser ska vidta avseende det innehåll som användarna lägger ut online påverkar nämligen denna rättighet som sådan, eftersom övervakningen utgör ett ingrepp i innehållet och en eventuell blockering av det innan det ens har spridits.

101. Liksom svarandena och intervenienterna är jag av en annan åsikt.

102. Förebyggande åtgärder för kontroll av information betraktas visserligen i allmänhet som ett särskilt allvarligt ingrepp i yttrandefriheten [108] på grund av de överdrifter som de kan leda till. Sådana förebyggande åtgärder förkastas i princip i ett demokratiskt samhälle av det skälet att de, genom att begränsa viss information innan den ens har spridits, hindrar all offentlig diskussion om innehållet och således fråntar yttrandefriheten själva dess funktion som bärare av pluralism. [109] Som sökanden har betonat förbjuder ett stort antal medlemsstater av dessa skäl i sina respektive grundlagar en generaliserad förhandskontroll av information.

103. Dessa överväganden är fullständigt relevanta när det gäller internet. Som sökanden har gjort gällande har internet en särskild betydelse för friheten att ta emot och sprida uppgifter och tankar. [110] Detta gäller mer specifikt de stora plattformar och sociala nätverk som, genom att göra det möjligt för alla och envar att online publicera det innehåll som man vill och för allmänheten att få tillgång till det, utgör verktyg ”utan motstycke” för utövandet av denna frihet. [111] Dessa plattformar bidrar så sätt till en form av ”demokratisering” av produktionen av information och har, även om de förvaltas av privata operatörer, de facto blivit en väsentlig infrastruktur för yttrandefriheten online. [112] Med dagens kommunikationsmedel innebär rätten till yttrandefrihet således framför allt friheten att få tillgång till dessa plattformar och yttra sig där, i princip utan inblandning från offentliga myndigheter. [113]

104. Om myndigheterna direkt eller indirekt ålade [114] de tjänstelevererande mellanhänder som kontrollerar denna infrastruktur för yttrandefriheten en skyldighet att förebyggande och allmänt övervaka innehållet från användarna av deras tjänster för att upptäcka alla former av olaglig, eller till och med enbart ej önskvärd, information, skulle denna kommunikationsfrihet som sådan riskeras. ”Det väsentliga innehållet” i rätten till yttrandefrihet, som föreskrivs i artikel 11 i stadgan, skulle då enligt min mening påverkas.

[108] Se, bland annat, Europadomstolen, 26 november 1991, Observer och Guardian mot Förenade kungariket, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60, Europadomstolen, 14 mars 2002, Gaweda mot Polen, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 35, och Europadomstolen, domen i målet Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 64 och där angivna hänvisningar).

[109] Det ska erinras om att yttrandefriheten av detta skäl utgör en väsentlig grund för varje demokratiskt samhälle. Se, bland annat, dom av den 23 april 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, punkt 48 och där angiven praxis), samt Europadomstolen, 7 december 1976, Handyside CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, § 49, och Europadomstolen, 26 november 1991, Observer och Guardian mot Förenade kungariket, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 59.

[110] Se dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 45). Se även Europadomstolen, 10 mars 2009, Times Newspapers Ltd mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, § 27, Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 48 och 54, och Europadomstolen, 1 december 2015, Cengiz m.fl. mot Turkiet, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 49 och 52.

[111] Se, bland annat, Europadomstolen, 1 december 2015, Cengiz m.fl. mot Turkiet, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 51 och 52, och Europadomstolen, Kablis mot Ryssland, § 81.

[112] Se, bland annat, rekommendation CM/rec(2018)2 från ministerkommittén till medlemsstaterna om internet-mellanhänders roller och ansvar, antagen av ministerkommittén den 7 mars 2018 vid det 1309:e mötet mellan ministrarnas ställföreträdare, och Balkin, J. M., ”Old-School/New-School Speech Regulation”, *Harvard Law Review*, volym 127, nr 8, 2014, s. 2296–2342, särskilt s. 2304.

[113] Se Conseil constitutionnel (Författningsdomstolen, Frankrike), beslut nr 2020–801 DC av den 18 juni 2020, Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (lag om bekämpning av hatiskt innehåll på internet), § 4.

[114] Det vill säga genom en mekanism för undantag från ansvar såsom i förevarande fall (se punkt 62 nedan).

105. I detta sammanhang anser jag att artikel 15 i direktiv 2000/31 är av grundläggande betydelse. Genom att föreskriva att tjänsteleverererande mellanhänder inte får åläggas en ”allmän skyldighet att … övervaka den information de överför eller lagrar”, hindrar denna bestämmelse att informationen online blir föremål för en generaliserad förebyggande övervakning som delegeras till dessa mellanhänder. Den garanterar därigenom att internet förblir fritt och allmänt tillgängligt. [115]

106. Av detta skäl är jag böjd att betrakta det förbud som föreskrivs i denna artikel 15 som en *allmän princip* för de rättsregler som reglerar internet, i den del som den konkretiserar den grundläggande rätten till kommunikation i den digitala miljön. [116] Det ska för övrigt påpekas att domstolen i sin praxis tidigare har dragit ett samband mellan respekten för yttrandefriheten och förbudet mot övervakning. [117] Det ena följer av det andra. Av detta följer enligt min mening att nämnda förbud går utöver ramen för nämnda artikel 15 och inte endast åläggs medlemsstaterna utan även unionslagstiftaren.

107. I motsats till vad sökanden har gjort gällande hindrar den grundläggande rätten till yttrandefrihet, såsom den har konkretiserats genom förbudet mot en ”allmän övervakningsskyldighet”, dock inte alla typer av övervakningsskyldighet.

108. Som kommissionen har erinrat om har domstolen i sin praxis avseende förelägganden som kan meddelas mot mellanhänder online [118] nämligen medgett att det är möjligt att förlägga en sådan mellanhand att ”förhindra” vissa överträdelser, genom att utöva en form av riktad övervakning av sina tjänster. [119] Domstolen har således gjort åtskillnad mellan en ”allmän” övervakningsskyldighet och de skyldigheter som är tillämpliga i ”speciella” fall. [120] På liknande sätt anser inte Europadomstolen att förebyggande åtgärder för kontroll av information, inbegripet blockeringsskyldigheter, i sig är oförenliga med artikel 10 i Europakonventionen, förutsatt att de ingår i en speciell ram. [121] I domen i målet Delfi AS. mot Estland medgav Europadomstolen till och med att det kan förväntas av vissa mellanhänder att de aktivt övervakar sina tjänster för att försöka upptäcka vissa typer av olaglig information. [122]

109. Sökanden har genmält att den övervakningsskyldighet som åläggs leverantörerna av delningstjänster i enlighet med de angripna bestämmelserna är just ”allmän”. För att ”säkerställa” att verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna ”inte är tillgängliga” och för att ”motverka framtida uppladdningar” på deras tjänster måste dessa leverantörer nämligen i praktiken filtrera allt innehåll som laddas upp av alla användare.

115 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Poiares Maduro i de förenade målen Google Frankrike och Google (C-236/08–C-238/08, EU:C:2009:569, punkterna 142 och 143). Se även rekommendation CM/Rec(2007)16 från ministerkommittén till medlemsstaterna om åtgärder för att främja internets värde för allmännyttiga tjänster, antagen av ministerkommittén den 7 november 2007 vid det 1010:e mötet mellan ministrarnas ställföreträdare, del III punkt a i bilagan, och rekommendation CM/Rec(2018)2 om internet-mellanhänders roller och ansvar, punkt 1.3.5 i bilagan.

116 Se, för ett liknande resonemang, Smith, G., ”Time to speak up for Article 15”, *Blog Cyberleagle*, 21 maj 2017 (tillgänglig på adressen https://www.cyberleagle.com/2017/05/time-to-speak-up-for-article-15.html).

117 Se domen i målet Scarlet Extended (punkterna 40 och 52) och domen i målet SABAM (punkterna 38 och 50).

118 Domstolen har upprepade gånger slagit fast att det förbud mot en ”allmän övervakningsskyldighet” som föreskrivs i artikel 15 i direktiv 2000/31 måste respekteras i de nationella regler i vilka närmare föreskrifter fastställs om nämnda förelägganden samt vid de nationella domstolarnas tillämpning av dessa regler. Se, bland annat, domen i målet Scarlet Extended (punkterna 32–35) och domen i målet SABAM (punkterna 30–33).

119 Se skäl 45 och artikel 14.3 i direktiv 2000/31.

120 Se skäl 47 i direktiv 2000/31 (”[m]edlemsstaterna är förhindrade från att ålägga tjänsteleverantörerna övervakningsskyldighet … Detta gäller inte övervakningsskyldigheter i ett speciellt fall …”).

121 Se Europadomstolen, domen i målet Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 64, Europadomstolen, 1 december 2015, Cengiz m.fl. mot Turkiet, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62, och Europadomstolen, domen i målet Kablis mot Ryssland, § 97.

122 Se punkt 138 nedan.

110. Liksom svarandena och intervenienterna anser jag emellertid att dessa bestämmelser i själva verket ålägger en ”speciell” övervakningsskyldighet.[123] Det ska dock erkännas att det nyligen har skett en utveckling av domstolens praxis[124] när det gäller kriteriet för att skilja ”allmän” från ”speciell”.

111. Domstolen verkar *ursprungligen* ha fäst sig vid den mängd information som skulle kontrolleras. I domen i målet L’Oréal m.fl.[125] fastslog domstolen att en näringsidkare som driver en elektronisk marknadsplats inte kunde åläggas ”ett aktivt övervakande av samtliga uppgifter från varje kund för att förebygga all form av framtida intrång i immateriella rättigheter”. I domen i målet Scarlet Extended bedömde den att en internetleverantör inte genom ett föreläggande kunde tvingas att införa ett system för filtrering som var tillämpligt på ”all elektronisk kommunikation som passerar via internetleverantörens tjänster” och således ”utan åtskillnad i förhållande till samtliga av internetleverantörens kunder” och detta för att ”upptäcka överföring inom internetleverantörens nät av elektroniska filer innehållande musikaliska eller audiovisuella verk samt filmverk, till vilka den som har yrkat föreläggande gör anspråk på att inneha de immateriella rättigheterna, i syfte att blockera överföringen av sådana filer vars utväxling innebär upphovsrättsintrång”.[126] I domen i målet SABAM[127] tillämpade domstolen samma resonemang när det gällde skyldigheten för ett bolag som drev en plattform för sociala nätverk på internet att införa ett liknande filtreringssystem. I domen i målet Mc Fadden[128], slutligen, konstaterade domstolen att en näringsidkare som drev ett lokalt trådlöst nätverk inte kunde åläggas en skyldighet att övervaka ”all överföring av information” med hjälp av detta nätverk, även om det handlade om att blockera kopior av ett unikt musikaliskt verk som hade identifierats av rättsinnehavaren.[129]

112. *Numera* verkar domstolen fästa sig vid exaktheten i det som efterforskas. I domen i målet Glawischnig-Piesczek,[130] vilken avsåg ärekränkande uttalanden, konstaterade domstolen att skyldigheten för en näringsidkare som drev ett socialt nätverk att övervaka all den information som lades ut online på detta nätverk[131] skulle anses vara ”speciell” av det skälet att det rörde sig

123 Se, för ett liknande resonemang, Grisse, K., anfört arbete, s. 897, Spindler, G., ”The liability system of Art. 17 DSMD and national implementation – Contravening prohibition of general monitoring duties?”, JIPITEC, volym 10, 2020, s. 350 och 353–359, samt Cabay, J., ”Lecture prospective de l’article 17 de la directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du ’juste équilibre’”„ *Propriété intellectuelle à l’ère du big data et de la blockchain*, De Werra, J., och Benhamou, Y. (red.), Schulthess, Genève, 2021, s. 225–237.

124 Det ska preciseras att i motsats till vad parlamentet har låtit förstå är denna praxis relevant i förevarande fall, även om den avser förelägganden som har meddelats av nationella domstolar och inte en rättsakt som har antagits av unionslagstiftaren. Begreppet ”allmän övervakningsskyldighet” ska nämligen tolkas på samma sätt, oberoende av ursprunget till övervakningsskyldigheten i fråga (se, för ett liknande resonemang, mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (fotnot 104)).

125 Dom av den 12 juli 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474, punkt 139).

126 Domen i målet Scarlet Extended (punkterna 29 och 38–40). Domstolen fäste enligt min tolkning avgörande vikt vid den omständigheten att ”[e]n sådan förebyggande övervakning kräver … att *all elektronisk kommunikation som sker i den berörda internetleverantörens nät* kontrolleras aktivt och omfattar därmed *all information som överförs och samtliga kunder som använder sig av nätet*” (punkt 39) (min kursivering).

127 Se punkterna 35–38 i den domen.

128 Dom av den 15 september 2016 (C-484/14, EU:C:2016:689, punkterna 25 och 88).

129 Man skulle allvarligt kunna fråga sig huruvida de angripna bestämmelserna medför en ”allmän övervakningsskyldighet”, såsom detta begrepp förstås i dessa domar. Framför allt kan det påpekas att skillnaderna mellan de skyldigheter som följer av dessa bestämmelser och det filtreringssystem som avsågs i domen i målet Scarlet Extended är långt ifrån uppenbara. I det målet hade rättsinnehavarna begärt att mellanhanden skulle föreläggas att ”urskilj[a] de filer som innehåller verk som [dessa rättsinnehavare] gör anspråk på att ha rättigheter till” (punkt 38 i den domen) och detta rent konkret genom användning av verktyget ”Audible Magic” (se förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i målet Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255, punkterna 21 och 24)). Det rör sig om ett verktyg för igenkänning genom ”digitalt avtryck”, som fungerar på basen av referensfiler som tillhandahålls av nämnda rättsinnehavare och som för övrigt nämns i konsekvensbedömningen (del 3/3, s. 55).

130 Det ska preciseras att denna dom meddelades efter det att talan i förevarande mål hade ingetts.

131 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, punkterna 25, 26 och 59).

om att efterforska och omöjliggöra åtkomst till ”exakt” ärekränkande information,[132] att tjänsteleverantören inte var skyldig att vidta en ”självständig bedömning” av den filtrerade informationens laglighet och att tjänsteleverantören i stället kunde ”använda sig av automatiserade tekniker och sökmetoder”.[133]

113. Denna utveckling av domstolens praxis[134] är enligt min mening motiverad. Även om jag nedan preciserar dess begränsningar[135] ska det här påpekas att åsikten att det, trots att det gäller att efterforska specifika överträdelser, föreligger en ”allmän” övervakningsskyldighet när en tjänstelevererande mellanhand åläggs att med hjälp av it-verktyg utföra en filtrering av all den information som användarna av dennes tjänster lägger ut online, innebär att man beklagligt nog bortser från den tekniska utveckling som möjliggör en sådan filtrering och att unionslagstiftaren berövas ett användbart verktyg för att bekämpa visa typer av olagligt innehåll.

114. För att uppnå de mål som eftersträvas med de angripna bestämmelserna måste leverantörerna av delningstjänster i förevarande fall visserligen övervaka allt innehåll som deras användare lägger ut online. Det handlar emellertid om att i detta innehåll efterforska ”specifika verk och andra alster” för vilka rättsinnehavarna på förhand har försett tjänsteleverantörerna med ”relevant och nödvändig information” (artikel 17.4 b i direktiv 2019/790) eller en ”tillräckligt välgrundad underrättelse” (artikel 17.4 c i direktiv 2019/790). Jag förklarar nedan närmare exakt vilket innehåll som ska blockeras.[136] I detta skede av bedömningen anser jag emellertid att dessa överväganden räcker för att visa att det i dessa bestämmelser faktiskt om än indirekt föreskrivs en ”speciell” övervakningsskyldighet och utesluta att det rör sig om ett ingrepp i ”det väsentliga innehållet” i rätten till yttrandefrihet.[137]

115. Avslutningsvis ska det preciseras att även om unionslagstiftaren inte till mellanhänderna online kan delegera uppgiften att vidta en generaliserad förebyggande övervakning av den information som delas eller överförs via deras tjänster, anser jag att unionslagstiftaren utan att göra ett ingrepp i ”det väsentliga innehållet” i yttrandefriheten kan välja att ålägga dessa mellanhänder vissa aktiva övervakningsåtgärder avseende viss specifik olaglig information. Det ska för övrigt påpekas att artikel 17 i direktiv 2019/790 ingår i en rad meddelanden och rekommendationer från kommissionen[138] samt nya förslag till förordningar[139] i vilka vissa mellanhänder – särskilt de stora ”plattformarna” – tenderar att åläggas att bidra till kampen mot vissa typer av olagligt innehåll. Emellertid ska proportionalitetsprincipen iakttas i varje enskilt fall.

132 Domen i målet Glawischnig-Piesczek (punkt 35).

133 Domen i målet Glawischnig-Piesczek (punkt 46).

134 Det ska preciseras att även om domen i målet Glawischnig-Piesczek avsåg området ärekränkning, går de lärdomar som kan dras av denna dom längre än detta område. Begreppet ”allmän övervakningsskyldighet” är nämligen tillämpligt horisontellt, oavsett vilken typ av överträdelser som mellanhanden ska efterforska. Se förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, punkt 43).

135 Se punkterna 194–199 nedan.

136 Se punkterna 200–203 nedan.

137 Det ska för övrigt påpekas att unionslagstiftaren har bekräftat förbudet mot en ”allmän övervakningsskyldighet” i artikel 17.8 i direktiv 2019/790 (se punkterna 194–203 nedan).

138 Se, bland annat, meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén av den 6 maj 2015, ”En strategi för en inre digital marknad i Europa” (COM(2015) 192 final), s. 4, 8 och 12–14, av den 25 maj 2016, ”Onlineplattformar och den digitala inre marknaden – Möjligheter och utmaningar för Europa” (COM(2016) 288 final), s. 8–11, och av den 28 september 2017, ”Hantering av olagligt innehåll online – Mot ett ökat ansvar för online-plattformar”, (COM(2017) 555 final). Se även kommissionens rekommendation 2018/334 av den 1 mars 2018 om åtgärder för att effektivt bekämpa olagligt innehåll online (EUT L 63, 2018, s. 50), skälen 1– 5, 24 och 36 samt punkterna 18, 36 och 37.

139 Se, bland annat, Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/784 av den 29 april 2021 om åtgärder mot spridning av terrorisminnehåll online (EUT L 172, 2021, s. 79), särskilt artikel 5, och förslag av den 15 december 2020 till Europaparlamentets och rådets förordning om en inre marknad för digitala tjänster (rättsakten om digitala tjänster) och om ändring av direktiv 2000/31 (COM(2020) 825 final), särskilt artikel 27. Det ska påpekas att i artikel 7 i sistnämnda förslag bekräftas principen att mellanhänder online inte kan åläggas en allmän övervakningsskyldighet.

En sådan form av delegering av laglighetskontrollen online [140] till vissa mellanhänder åtföljs bland annat av risker för tjänsteanvändarnas yttrandefrihet och kan därför inte vidtas utan tillräckliga skyddsåtgärder för användarna. [141]

c) Begränsningen i fråga är förenlig med proportionalitetsprincipen

116. Nu återstår att granska villkoret avseende förenligheten med proportionalitetsprincipen, vilket enligt lydelsen i artikel 52.1 i stadgan består av två delvillkor: begränsningen i fråga får endast göras om den är 1) ”nödvändig” och 2) ”faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter”.

117. Förenligheten med det *andra delvillkoret* har inte föranlett någon diskussion mellan parterna. Med hänsyn till det allmänna mål som eftersträvas med artikel 17 i direktiv 2019/790 [142] svarar begränsningen i fråga mot ”behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter”, det vill säga den upphovsrätt och de närstående rättigheter som tillkommer rättsinnehavarna. Det ska erinras om att immateriell egendom är skyddad som en grundläggande rättighet, bland annat [143] genom artikel 17.2 i stadgan och artikel 1 i protokoll nr 1 till Europakonventionen. [144] De angripna bestämmelserna utgör således ”aktiva skyddsåtgärder” som unionslagstiftaren har antagit för att se till att nämnda rättsinnehavare faktiskt och effektivt kan utöva sina immateriella rättigheter i sina relationer med leverantörerna av delningstjänster. [145]

118. Däremot är parterna oeniga om huruvida begränsningen i fråga är förenlig med *det första delvillkoret*. Härvid ska det preciseras att prövningen av huruvida en begränsning i utövandet av en grundläggande rättighet som garanteras i stadgan är ”nödvändig” i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan i själva verket omfattar en prövning av tre kumulativa krav: det måste nämligen kontrolleras om begränsningen i fråga är 1) ”ändamålsenlig”, 2) ”nödvändig” och 3) ”proportionerlig” i strikt mening. [146] I de följande avsnitten kommer jag att granska dessa tre krav i tur och ordning.

1) Begränsningen i fråga är ”ändamålsenlig”

119. Republiken Polen förefaller inte att ha bestritt att begränsningen i fråga är ”ändamålsenlig”. Under alla omständigheter anser jag, liksom parlamentet och rådet, att detta krav är uppfyllt.

140 Se punkt 84 ovan.

141 Se punkterna 140–153 nedan. Se även, för ett liknande resonemang, kommissionens rekommendation 2018/334 om åtgärder för att effektivt bekämpa olagligt innehåll online (skälen 24, 27 och 36 samt punkterna 19–21).

142 Se punkt 28 ovan.

143 Se även artikel 27.2 i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna och artikel 15 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

144 Se, bland annat, Europadomstolen, 11 januari 2007, Anheuser-Busch Inc. mot Portugal, CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, § 72, Europadomstolen, Ashby Donald m.fl. mot Frankrike, § 40, och Europadomstolen, Neij m.fl. mot Sverige, s. 11.

145 Se, analogt, dom av den 29 januari 2008, Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, punkt 53), och dom av den 15 september 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, punkt 81), samt Europadomstolen, Ashby Donald m.fl. mot Frankrike, § 36, och Europadomstolen, Neij m.fl. mot Sverige, s. 10 och 11. Som parlamentet och rådet har gjort gällande svarar begränsningen i fråga samtidigt mot ett mål av allmänintresse som inte endast ”erkänns”, utan även ”eftersträvas” av unionen, det vill säga att främja kulturell mångfald (se skäl 2 i direktiv 2019/790). Skyddet för upphovsrätten syftar nämligen bland annat till att stödja skapandet, produktionen och spridningen av information, kunskaper och kultur (se, bland annat, skälen 9–11 och 14 i direktiv 2001/29). Unionen har enligt artikel 3.3 FEU fastställt som ett mål att den ska ”sörja för att det europeiska kulturarvet skyddas och utvecklas”.

146 Se, bland annat, dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 50), dom av den 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkt 54), och dom av den 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 64).

120. Inom ramen för bedömningen av om en given åtgärd är ändamålsenlig ska domstolen nämligen inte pröva om denna åtgärd utgör det *bästa sättet* att uppnå det eftersträvade målet, utan om den är *ägnad att bidra* till förverkligandet av detta mål. [147]

121. Den övervakningsskyldighet som leverantörerna av delningstjänster i förevarande fall är ålagda enligt de angripna bestämmelserna är ägnad att bidra till det mål som eftersträvas av unionslagstiftaren. Genom att uppgiften att övervaka delningstjänsterna och aktivt bekämpa det intrångsgörande innehåll som kan finnas där överförs på leverantörerna, utgör dessa bestämmelser *å ena sidan* ett starkt incitament för leverantörerna att ingå licensavtal med rättsinnehavarna [148] och möjliggör *å andra sidan* för rättsinnehavarna att enklare kontrollera användningen av sina verk och andra alster på dessa tjänster. [149]

2) Begränsningen i fråga är ”nödvändig”

122. Däremot har Republiken Polen gjort gällande att den begränsning i utövandet av rätten till yttrandefrihet som följer av artikel 17.4 b och c *in fine* i direktiv 2019/790 går utöver vad som är ”nödvändigt” för att förverkliga det mål som eftersträvas av unionslagstiftaren. Enligt Republiken Polen är de skyldigheter som föreskrivs i artikel 17.4 a och c *in principio* tillräckliga i detta hänseende. *Dels* stärks rättsinnehavarnas ställning genom den skyldighet som enligt artikel 17.4 a åligger leverantörerna av delningstjänster att göra vad de kan för att erhålla ett tillstånd från rättsinnehavarna. *Dels* garanteras ett effektivt skydd för rättsinnehavarnas rättigheter genom den skyldighet som enligt artikel 17.4 c *in principio* åligger leverantörerna att, efter att ha mottagit en tillräckligt välgrundad underrättelse, agera snabbt för att omöjliggöra åtkomst till de verk och andra alster som avses i underrättelsen eller avlägsna dem från sina webbplatser.

123. Jag delar inte denna uppfattning.

124. Det ska härvid erinras om att kriteriet ”nödvändighet” innebär att det ska kontrolleras huruvida det finns alternativa åtgärder som är *lika effektiva* som den åtgärd som har valts för att uppnå det eftersträvade målet samtidigt som de är *mindre ingripande*. [150]

125. Som parlamentet och rådet har hävdat står det dock klart att ett ansvarssystem som endast ålägger de skyldigheter som föreskrivs i artikel 17.4 a och c *in principio* i direktiv 2019/790 inte är *lika effektivt* för att uppnå det mål som eftersträvas av unionslagstiftaren som ett system som dessutom föreskriver de skyldigheter som följer av artikel 17.4 b och c *in fine* – även om förstnämnda skyldigheter faktiskt är *mindre ingripande* i rätten till yttrandefrihet än de sistnämnda. [151]

147 Se, bland annat, dom av den 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 66 och där angiven praxis).

148 Detta eftersom de angripna bestämmelserna, såsom jag har påpekat ovan, endast är tillämpliga när det gäller verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna och för vilka leverantörerna av delningstjänster inte har erhållit tillstånd.

149 Se punkt 53 ovan. Den omständigheten att all filtrering kan kringgås av användare med onda avsikter (se dock, beträffande förmågan hos verktygen för filtrering med hjälp av ”avtryck”, fotnot 65 ovan) och oundvikligen är förenad med en viss felmarginal kan eventuellt minska övervakningsskyldighetens lämplighet när det gäller att uppnå det eftersträvade målet, men betyder för den skull inte att denna skyldighet inte är ägnad att uppnå detta mål (se dom av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkt 63)).

150 Se, bland annat, dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkterna 54 och 55), dom av den 17 oktober 2013, Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670, punkterna 46, 52 och 53), och dom av den 4 maj 2016, Philip Morris Brands m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325, punkt 160).

151 Se fotnot 172 nedan.

126. Även om den skyldighet som åligger leverantörerna av delningstjänster att göra vad de kan för att erhålla tillstånd av rättsinnehavarna redan i sig stärker rättsinnehavarnas ställning vid förhandlingen om licensavtal med leverantörerna, såsom sökanden har gjort gällande, syftar artikel 17 i direktiv 2019/790 nämligen inte endast till att säkerställa att rättsinnehavarna erhåller en skälig ersättning för användningen av sina verk och andra alster på dessa tjänster. Mer övergripande handlar det om att garantera att rättsinnehavarna effektivt kan kontrollera användningen och framför allt, om de så vill, *förhindra* att alstren görs tillgängliga på sådana tjänster.

127. I detta avseende kan det inte förnekas att, såsom svarandena har betonat, ger ett system för anmälan och avlägsnande av det slag som följer av artikel 14 i direktiv 2000/31 och i huvudsak återges i artikel 17.4 c i direktiv 2019/790 *in principio* inte de berörda rättsinnehavarna möjlighet att invända mot den olagliga användningen av deras verk på delningstjänsterna *lika effektivt* som ett system av det slag som följer av de angripna bestämmelserna, enligt vilket leverantörerna av dessa tjänster dessutom åläggs en övervakningsskyldighet.

3) Begränsningen i fråga är ”proportionerlig” i strikt mening

128. Enligt domstolens fasta praxis betraktas en begränsning i utövandet av en grundläggande rättighet som garanteras i stadgan som ”proportionerlig” i ordets strikta mening, om de olägenheter som åtgärden i fråga vållar inte är orimliga i förhållande till de eftersträvade målen. [152]

129. I förevarande fall ska de angripna bestämmelserna vägas mot å ena sidan rätten till yttrandefrihet, vilken garanteras i artikel 11 i stadgan, och å andra sidan rätten till immateriell egendom, vilken skyddas genom artikel 17.2 i stadgan. Som parlamentet, rådet och den spanska regeringen har erinrat om har den förstnämnda rättigheten inte ”automatiskt företräde” framför den sistnämnda. [153] Bedömningen av huruvida dessa bestämmelser är proportionerliga ska således, för att använda domstolens ord, bygga på ”en nödvändig sammanjämkning av kraven på skydd för [dessa] olika [grundläggande] rättigheter” och en ”rimlig avvägning” mellan dem. [154] På området för upphovsrätt har domstolen för övrigt särskilt insisterat på nödvändigheten att i den digitala miljön upprätthålla detta krav på en ”skälig balans”. [155]

130. Republiken Polen har dock gjort gällande att unionslagstiftaren inte har upprätthållit denna balans i artikel 17 i direktiv 2019/790. Enligt Republiken Polen är det ingrepp i yttrandefriheten som orsakas av de angripna bestämmelserna orimligt jämfört med de fördelar som de kan ge upphov till i form av skydd för rättsinnehavarnas immateriella rättigheter.

131. Jag för min del anser, liksom parlamentet, rådet och kommissionen, att unionslagstiftaren i denna kontext kunde göra valet att ändra balansen i det ansvarssystem som är tillämpligt på leverantörerna av delningstjänster (underavsnitt i). Det nya ansvarssystem som har antagits medför emellertid betydande risker för yttrandefriheten (underavsnitt ii), vilket gör det nödvändigt att föreskriva tillräckliga skyddsåtgärder för att minimera dessa risker (underavsnitt iii), vilket unionslagstiftaren enligt min mening har gjort (underavsnitt iv).

[152] Se, bland annat, dom av den 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 64 och där angiven praxis).

[153] Se, analogt, dom av den 9 november 2010, Volker und Markus Schecke och Eifert (C-92/09 och C-93/09, EU:C:2010:662, punkt 85).

[154] Se, bland annat, dom av den 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 65 och där angiven praxis).

[155] Se, bland annat, dom av den 9 mars 2021, VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, punkt 54 och där angiven praxis).

i) Unionslagstiftaren kunde legitimt ersätta den ursprungligen inrättade balansen med en ny sådan

132. Det undantag från ansvar för tjänstelevererande mellanhänder som föreskrivs i artikel 14 i direktiv 2000/31 speglar den balans mellan bland annat yttrandefriheten och immateriella rättigheter som unionslagstiftaren ville uppnå när det direktivet antogs. Vid den tidpunkten avsåg unionslagstiftaren att främja utvecklingen av dessa tjänsteleverantörer, i syfte att mer allmänt stimulera tillväxten av elektronisk handel och ”informationssamhällets tjänster” inom den inre marknaden. Det var således viktigt att inte ålägga nämnda leverantörer ett ansvar som kunde äventyra deras verksamhet. Rättsinnehavarnas intressen skulle skyddas och balanseras mot internetanvändarnas yttrandefrihet inom ramen för systemet för ”anmälan och avlägsnande” samt inom ramen för de förelägganden som kunde meddelas mot leverantörerna. [156]

133. Som rådet har gjort gällande har omständigheterna utan tvekan förändrats sedan dess. Uppkomsten av Web 2.0-tjänsterna har medfört fördelar, men även nya ekonomiska och sociala risker som påverkar de olika intressen som står på spel. Unionslagstiftaren hade alla skäl att se över de val som hade gjorts nästan tjugo år tidigare samt att bedöma de förändrade omständigheterna och utvärdera fördelarna och riskerna. [157]

134. Som parlamentet, rådet och den franska regeringen har betonat har unionslagstiftaren ett stort utrymme för skönsmässig bedömning på områden där unionslagstiftaren ställs inför val av politisk, ekonomisk eller social art och därvid måste göra komplicerade bedömningar. [158] Att anpassa upphovsrätten till den digitala miljön och på detta område fastställa ett ansvarssystem för online-delningstjänster som säkerställer en rimlig balans mellan alla rättigheter och intressen som står på spel är utan tvekan en ”komplicerad” uppgift. [159]

135. På liknande sätt har Europadomstolen tillerkänt de offentliga myndigheterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att säkerställa en balans mellan olika rättigheter som skyddas av Europakonventionen. [160] Detta utrymme för skönsmässig bedömning var desto viktigare i förevarande fall, eftersom unionslagstiftaren i princip inte hade att direkt reglera politiskt tal, utan användningen av verk och andra alster. [161]

136. I ett mycket debatterat sammanhang [162] gjorde unionslagstiftaren ett politiskt val till förmån för den kreativa industrin. Unionslagstiftaren bedömde att den tidigare balansen mellan de rättigheter och intressen som stod på spel inte längre var tillfredsställande och att det för att fortsätta att garantera rättsinnehavarna en hög skyddsnivå [163] var nödvändigt att anta ett nytt

156 Se skälen 1–7, 40, 41 och 45–49 i direktiv 2000/31 samt mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 245).

157 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 246).

158 Se, bland annat, dom av den 17 december 2015, Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823, punkt 76 och där angiven praxis).

159 Se rekommendation CM/Rec(2018)2 om internet-mellanhänders roller och ansvar, punkt 9 i ingressen.

160 Se, bland annat, Europadomstolen, domen i målet Ashby Donald m.fl. mot Frankrike, § 40 och där angiven praxis. Se även Europadomstolen, domen i målet Neij m.fl. mot Sverige, s. 11, och Europadomstolen, 11 mars 2014, Akdeniz mot Turkiet, CE:ECHR:2014:0311DEC002087710, § 28. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 februari 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, punkterna 91–93).

161 Se, analogt, Europadomstolen, domen i målet Neij m.fl. mot Sverige, s. 11.

162 En del av doktrinen hävdar att det inte finns några empiriska bevis för förekomsten av ett värdegap. Se, bland annat, Frosio, G., ”From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, volym 12, nr 7, s. 565–575, särskilt s. 567–569. Se, för en motsatt uppfattning, Bensamoun, A., ”Le *value gap* ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique”, *Entertainment*, Bruylant, nr 2018–4, s. 278–287.

163 Det ska preciseras att det naturligtvis ankommer på unionslagstiftaren att besluta om den skyddsnivå som ska garanteras i unionen för upphovsrätten och närstående rättigheter.

ansvarssystem för vissa leverantörer av Web 2.0-tjänster, genom att ålägga dem vissa övervakningsskyldigheter med avseende på det innehåll som användarna av deras tjänster lägger ut online. Med beaktande av lagstiftarens stora utrymme för skönsmässig bedömning anser jag att detta val principiellt inte var oproportionerligt.

137. Närmare bestämt följer proportionaliteten hos de angripna bestämmelserna enligt min mening av den kombination av omständigheter som har anförts av svarandena och intervenienterna, det vill säga 1) omfattningen av den ekonomiska skada som rättsinnehavarna orsakas genom att deras verk olagligt läggs ut på online-delningstjänsterna, med hänsyn till den gigantiska mängd innehåll som laddas upp på dessa tjänster och snabbheten i informationsutbytet på internet,[164] 2) den omständigheten att systemet för ”anmälan och avlägsnande” av samma skäl endast med svårighet ger rättsinnehavarna möjlighet att kontrollera användningen av deras verk på nämnda tjänster, 3) svårigheterna för rättsinnehavarna att väcka talan mot de ansvariga användarna och 4) den omständigheten att övervakningsskyldigheten gäller enskilda tjänstelevererande mellanhänder. Beträffande sistnämnda punkt ska det påpekas att leverantörerna av delningstjänster, genom den reklam som de gör för innehållet,[165] utövar ett viss inflytande över vilken information allmänheten går in på. Dessa aspekter tenderar i viss mån[166] att närma dessa leverantörer till traditionella mellanhänder såsom förläggare, vilket innebär att det kan vara proportionerligt att anta ett specifikt ansvarssystem avseende dem, som skiljer sig från det som är tillämpligt på andra värdtjänstleverantörer.[167]

138. Som den spanska och den franska regeringen har gjort gällande fastslog Europadomstolen dessutom i domen i målet Delfi AS mot Estland att det inte var oproportionerligt att, inom ramen för en avvägning mellan yttrandefriheten i den mening som avses i artikel 10 i Europakonventionen och rätten till heder, som garanteras i artikel 8 i samma konvention, hålla en stor nyhetsportal på internet ansvarig för att inte ha hindrat publiceringen av vissa typer av olagliga kommentarer, som användarna hade lämnat på dess webbplats till följd av en artikel, eller åtminstone inte snabbt ha dragit tillbaka dem på eget initiativ.

139. I den domen fästa Europadomstolen vikt vid 1) omfattningen av den skada som sådana kommentarer orsakar, med beaktande av hur snabbt information sprids online[168] och 2) den omständigheten att även om systemet för ”anmälan och avlägsnande” i många fall kan utgöra ett ändamålsenligt verktyg för att uppnå en balans mellan alla de berördas rättigheter och intressen, är det inte tillräckligt för att sätta stopp för den allvarliga skada som sådana kommentarer orsakar.[169] Europadomstolen betonade även 3) att det skulle ha varit svårt för den som hade utsatts att väcka talan mot kommentarernas upphovsmän och 4) att den som drev

164 Se kommissionens konsekvensbedömning, del 1/3, s. 137–144, 175. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 maj 2014, Google Spain och Google (C-131/12, EU:C:2014:317, punkt 80), och domen i målet Glawischnig-Piesczek (punkterna 36 och 37).

165 Se punkt 14 ovan.

166 Den omständigheten att dessa leverantörer inte gör något förhandsurval av den information som läggs ut online på deras tjänster (se punkt 32 ovan) utgör dock enligt min mening en avgörande skillnad som hindrar att de behandlas på samma sätt som förläggare.

167 Se, för ett liknande resonemang, rekommendation CM/Rec(2018)2 om internet-mellanhänders roller och ansvar, punkterna 4 och 5 i ingressen samt punkt 1.3.9 i bilagan. För ”traditionella” värdtjänstleverantörer skulle ett sådant ansvarssystem enligt min mening inte vara proportionerligt. Det samma gäller av desto större skäl andra typer av mellanhänder, såsom tjänsteleverantörer vars verksamhet enbart består i vidarebefordran (se artikel 12 i direktiv 2000/31).

168 Se Europadomstolen, Delfi AS mot Estland, § 133.

169 Se Europadomstolen Delfi AS mot Estland, § 151, 155, 158 och 159.

nyhetsportalen utövade ett visst inflytande över de kommentarer som postades av användarna och att det därför kunde vara motiverat att anta ett särskilt synsätt i frågan om en sådan mellanhands ansvar. [170] En viss analogi med förevarande mål är således möjlig. [171]

ii) De inneboende riskerna med ett ansvarssystem av det slag som följer av de angripna bestämmelserna

140. Eftersom den filtrering som leverantörerna av delningstjänster ska utföra i enlighet med de angripna bestämmelserna hindrar att innehåll som utgör ett intrång i upphovsrätten eller närstående rättigheter sprids på deras tjänster, är den begränsning i utövandet av rätten till yttrandefrihet som följer av dessa bestämmelser, såsom parlamentet har hävdat, motiverad när det gäller detta innehåll.

141. Det samband som unionslagstiftaren i nämnda bestämmelser har fastställt mellan det ansvar som åligger leverantörerna av delningstjänster och filtreringens effektivitet medför dock en betydande risk för yttrandefriheten, det vill säga en risk för ”överblockering” av lagligt innehåll.

142. En sådan risk för ”överblockering” föreligger i allmänhet när de offentliga myndigheterna håller de tjänstelevererande mellanhänderna ansvariga för olaglig information som användarna laddar upp på deras tjänster. För att undvika all risk för ansvar kan mellanhänderna ha en tendens att vara alltför nitiska och i orimlig grad blockera information *vid minsta tvivel om dess laglighet*. [172]

143. I förevarande fall är risken mer specifik att leverantörerna av delningstjänster, för att undvika all risk för ansvar gentemot rättsinnehavarna, systematiskt förhindrar tillgängliggörande på sina tjänster av allt innehåll som återger verk och andra alster avseende vilka de har erhållit ”relevant och nödvändig information” eller en ”tillräckligt välgrundad underrättelse” från rättsinnehavarna, inbegripet innehåll som inte utgör intrång i deras rättigheter. [173]

144. Förutom den omständigheten att vissa användare som vill lägga ut innehåll online kan ha en licens till verken och alstren i fråga, har rättsinnehavarna inte ett absolut monopol på användningen av sina alster. Artikel 5.3 i direktiv 2001/29 innehåller i detta hänseende en förteckning över undantag och inskränkningar i ensamrätten till ”överföring till allmänheten”. Dessa undantag och inskränkningar säkerställer i princip en rimlig balans mellan, å ena sidan, rättsinnehavarnas intresse av att skydda sin immateriella egendom och, å andra sidan, skyddet av de intressen och grundläggande rättigheter som tillkommer användarna av alstren i fråga samt av

170 Se Europadomstolen Delfi AS mot Estland, § 113, 115, 117, 128 och 145.

171 Det ska preciseras att i det målet ankom det på den som drev nyhetsportalen att övervaka portalen för att efterforska ”klart olaglig” information. Som det preciseras i punkterna 194–218 nedan är detta fallet även i förevarande fall.

172 Se, bland annat, Balkin, J.-M., anfört arbete, s. 2309, och Europadomstolen, 4 juni 2020, Jezior mot Polen, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 60, där Europadomstolen konstaterade att det kan ha en avskräckande verkan för yttrandefriheten på internet, om tjänstelevererande mellanhänder tillskrivs ansvar för kommentarer som härrör från tredje man. Se även Europadomstolen, 2 februari 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete och Index.hu Zrt mot Ungern, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 86, och Europadomstolen, 7 februari 2017, Pihl mot Sverige, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 35. Inom ramen för det undantag från ansvar som föreskrivs i artikel 14 i direktiv 2000/31 är denna risk däremot liten, eftersom de tjänstelevererande mellanhänderna endast ska avlägsna information vars olaglighet har konstaterats eller är ”uppenbar”.

173 Och detta särskilt som leverantörerna av delningstjänster *dels*, enligt artikel 17.4 i direktiv 2019/790, bär bevisbördan för att styrka att de har gjort ”vad de har kunnat” för att förebygga att innehåll som utgör intrång läggs ut online, *dels* bär en avsevärd ansvarsrisk, med hänsyn till den ”stora mängd” innehåll som dessa tjänster ger tillgång till.

allmänintresset [174] – bland annat allmänhetens tillgång till kultur. Särskilt ska påpekas att flera av dessa undantag och inskränkningar, bland annat undantagen för citat, kritik och recensioner [175] samt för karikatyrer, parodier och pastischer, [176] inom respektive tillämpningsområde ger rätten till yttrandefrihet och användarnas skapande företräde framför rättsinnehavarnas intressen.

145. En betydande andel av det innehåll som användarna lägger ut online på delningstjänster utgörs just av användningar eller till och med kreativa anpassningar av verk och andra alster som kan omfattas av dessa undantag och inskränkningar. [177]

146. Frågan huruvida ett sådant undantag eller en sådan inskränkning är tillämplig på ett givet innehåll beror dock på sammanhanget och kräver en viss analys. [178] Den linje som skiljer legitim användning från förfalskning kan i vissa fall visa sig vara diskutabel. [179] I alla dessa tvetydiga situationer kan det verka enklare för leverantörerna av delningstjänster att förhindra att det berörda innehållet tillgängliggörs än att riskera att själva, inom ramen för en eventuell skadeståndstalan som väckts av rättsinnehavarna, behöva göra gällande tillämpning av dessa undantag eller inskränkningar. [180]

147. Den risk för ”överblockering” som jag har beskrivit ovan är desto större i förevarande fall på grund av att de villkor för undantag som anges i artikel 17.4 b och c *in fine* i direktiv 2019/790 i många fall de facto innebär en skyldighet för leverantörerna av delningstjänster att använda verktyg för automatisk innehållsigenkänning.

148. Härvid ska det inte glömmas bort att de aktuella verktygen har vissa begränsningar, vilka sökanden har betonat och vilka för övrigt tidigare har konstaterats av domstolen i domen i målet Scarlet Extended och domen i målet SABAM. [181] Det som verktygen för automatisk innehållsigenkänning upptäcker är nämligen just *innehåll* och inte *intrång* i upphovsrätten. Dessa verktyg, särskilt de som använder tekniken med ”digitala fingeravtryck”, kan upptäcka *överensstämmelser*, det vill säga känna igen att innehållet i en given fil helt eller delvis återger innehållet i en referensfil. [182] Som Republiken Polen har gjort gällande kan nämnda verktyg däremot inte med dagens teknik bedöma det sammanhang i vilket det återgivna verket används

174 Se, bland annat, dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkt 26), dom av den 7 augusti 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, punkt 43), och dom av den 29 juli 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, punkterna 38, 42, 43 och 54). Se även skäl 6 i direktiv 2019/790.

175 Se artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 samt dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkt 71), och dom av den 29 juli 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, punkt 57).

176 Se artikel 5.3 k i direktiv 2001/29 och dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkt 25).

177 Jag tänker här på meme, filmkritik, återanvändning och en rad andra typer av innehåll som är avsedda att vara roande eller lärande och som förekommer i överflöd på dessa tjänster och för övrigt själva kan utgöra verk, eventuellt transformativa sådana.

178 Vad exempelvis gäller det undantag som föreskrivs i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 handlar det framför allt om att kontrollera om användaren har ”[upprättat] ett direkt och nära samband mellan det citerade verket och användarens egna idéer och sålunda [har möjliggjort] att den andra personens verk förnuftsmässigt ställs mot användarens idéer” (dom av den 29 juli 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, punkt 79)). Vad gäller undantaget i artikel 5.3 k i samma direktiv handlar det om att veta huruvida innehållet dels ”erinrar om ett existerande verk, samtidigt som [det] märkbart skiljer sig från det verket”, dels ”har ett humoristiskt eller förlöjligande syfte” (dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkt 20)).

179 Bedömningen kompliceras dessutom av den omständigheten att de tillämpliga undantagen och inskränkningarna samt deras räckvidd kan variera från en medlemsstat till en annan beroende på den nationella lagstiftningen. Även om förteckningen i artikel 5 i direktiv 2001/29 är uttömmande ges nämligen varje medlemsstat *möjligheten* att införliva de undantag och inskränkningar som de vill i sin nationella lagstiftning. Medlemsstaterna har dessutom i det enskilda fallet ett utrymme för skönsmässig bedömning vid genomförandet av dem. Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 188).

180 Se, analogt, mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 189).

181 Se, för ett liknande resonemang, punkt 52 i den förstnämnda domen och punkt 50 i den sistnämnda domen. Se även mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 243).

182 Se punkt 58 ovan.

och inte heller identifiera tillämpningen av ett undantag eller en inskränkning i upphovsrätten.[183] Risken för ”överblockering” blir desto större allteftersom verktygens förmåga att känna igen överensstämmelser i allt kortare utdrag ökar (exempelvis några sekunder för ett fonogram). Användningen av dessa verktyg innebär således en risk för att användarna berövas det utrymme för att yttra sig och skapa som nämnda undantag och inskränkningar möjliggör.[184] Förmågan hos verktygen för automatisk igenkänning att identifiera intrångsgörande innehåll beror dessutom på precisionen och tillförlitligheten i den information som tillhandahållits av rättsinnehavarna. Användningen av dessa verktyg kan således medföra omotiverade anspråk, till exempel avseende verk som inte är upphovsrättsskyddade,[185] på basen av felaktig eller oskälig referensinformation.[186]

iii) Nödvändigheten att föreskriva tillräckliga skyddsåtgärder för att minimera dessa risker

149. Med beaktande av de risker för ”överblockering” som beskrivs i föregående delavsnitt måste ett ansvarssystem av det slag som följer av de angripna bestämmelserna enligt min mening åtföljas av tillräckliga skyddsåtgärder för att minimera dessa risker och på så sätt säkerställa att omfattningen av ingreppet i yttrandefriheten noggrant avgränsas.[187] I allmänhet ska varje typ av delegering av kontrollen av lagenligheten online från de offentliga myndigheterna till de tjänsteleverera nde mellanhänderna[188] som tar formen av övervakningsskyldigheter vilka direkt eller indirekt åläggs dessa mellanhänder omgärdas av sådana skyddsåtgärder.

150. Jag anser närmare bestämt att ett sådant system måste omfattas av en rättslig ram med klara och precisa bestämmelser som reglerar räckvidden och tillämpningen av de filtreringsåtgärder som de berörda tjänsteleverantörerna ska genomföra och som kan garantera tjänsteanvändarna ett effektivt skydd mot oskälig eller godtycklig blockering av information som de vill lägga ut online.[189]

151. Det ska även betonas att när en begränsning av grundläggande rättigheter härrör från själva unionslagstiftningen och delvis kan tillskrivas den, såsom är fallet i förevarande fall,[190] har unionslagstiftaren ett stort ansvar i detta hänseende. I en sådan situation kan unionslagstiftaren inte helt överlåta på medlemsstaterna – och än mindre på de tjänsteleverantörer som har i

183 Se, bland annat, kommissionens dokument, ”Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market”, s. 15.

184 Se, bland annat, Grisse, K., anfört arbete, s. 887, Dusollier, S., anfört arbete, s. 1018, och Lambrecht, M., anfört arbete, s. 73. Se även Jacques, S., Garstka, K., Hviid, M. och Street, J., ”The impact on cultural diversity of Automated Anti-Piracy Systems as copyright enforcement mechanisms: an empirical study of YouTube’s Content ID digital fingerprinting technology”, 2017.

185 Den närstående rättighet som tillkommer fonogramproducenter medför också särskilda risker i detta hänseende. Till exempel kan en sådan producent ange att en inspelning av en tolkning av en nocturne av Chopin (en nocturne som i övrigt inte är skyddad av upphovsrätt) till vilken producenten innehar rättigheterna ska blockeras. Eftersom vissa verktyg, såsom Content ID, kan känna igen inte endast innehåll som återger utdrag *ur detta fonogram*, utan även innehåll som återger *samma melodi* (se fotnot 65 ovan), kan de automatiskt blockera till exempel videofilmer av användare som filmat sig själva när de själva tolkat ifrågavarande nocturne.

186 Särskilt Content ID förefaller av detta skäl att felaktigt ta oskyldigt innehåll för skyddade verk. Se, för diverse exempel, Garstka, K., ”Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression”, *Intellectual Property and Human Rights*, Torremans, P. (red.), Wolters Kluwer Law & Business, fjärde utgåvan, 2020, s. 327–352, särskilt s. 332–334.

187 Se, analogt, dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 61), och dom av den 8 april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 och C-594/12, EU:C:2014:238, punkt 65).

188 Se punkterna 84 och 115 ovan.

189 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 64, Europadomstolen, 8 oktober 2013, Cumhuriyet Vakfi m.fl. mot Turkiet, CE:ECHR:2013:1008JUD002825507, § 61, Europadomstolen, 1 december 2015, Cengiz m.fl. mot Turkiet, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62, och Europadomstolen, Kablis mot Ryssland, § 97. Se även, analogt, dom av den 8 april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 och C-594/12, EU:C:2014:238, punkterna 54, 55 och 65), dom av den 21 december 2016, Tele2 Sverige och Watson m.fl. (C-203/15 och C-698/15, EU:C:2016:970, punkt 117), och dom av den 2 mars 2021, Prokuratuur (Villkor för tillgång till uppgifter om elektroniska kommunikationer) (C-746/18, EU:C:2021:152, punkt 48).

190 Se punkt 84 ovan.

uppgift att genomföra denna lagstiftning – att fastställa sådana skyddsåtgärder. Unionslagstiftaren måste i stället åtminstone fastställa det huvudsakliga innehållet i sådana åtgärder. [191] Eftersom det i förevarande fall rör sig om ett direktiv, vilket dessutom avser ett tekniskt område, måste vissa tillämpningsföreskrifter preciseras av medlemsstaterna – och av kommissionen. [192]

152. Det ska tilläggas att det är absolut nödvändigt att unionslagstiftaren föreskriver kärninnehållet i dessa skyddsåtgärder i syfte att säkerställa en enhetlig tillämpning av unionslagstiftningen i alla medlemsstater och att en sådan enhetlighet är desto mer nödvändig, eftersom det i förevarande fall rör sig om ett direktiv för harmonisering som har antagits på grundval av artikel 114 FEUF. Leverantörerna av delningstjänster, som är verksamma på internationell nivå, ska inte behöva iaktta 27 nationella ansvarssystem som kan skilja sig i fråga om omfattningen av de filtreringsskyldigheter som åläggs. Framför allt måste användarna av tjänsterna åtnjuta ett i huvudsak identiskt skydd mot oskäliga eller godtyckliga blockeringsåtgärder, oavsett i vilken medlemsstat de befinner sig.

153. Det ska sammanfattningsvis konstateras att även om unionslagstiftaren har omfattande ett utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att besluta om *principen* för ett ansvarssystem av det slag som föreskrivs i de angripna bestämmelserna, får denne däremot inte underlåta att föreskriva *tillräckliga skyddsåtgärder* för att minimera de risker för yttrandefriheten som följer av detta system. Det ankommer enligt min mening på domstolen att göra en noggrann prövning av huruvida detta krav är uppfyllt. [193]

iv) De skyddsåtgärder som föreskrivs i förevarande fall

154. Republiken Polen har hävdat att unionslagstiftaren inte har uppfyllt detta krav i förevarande fall. Enligt Republiken Polen åtföljs de angripna bestämmelserna inte av någon skyddsåtgärd som kan avgränsa omfattningen av ingreppet i den yttrandefrihet som tillkommer delningstjänsternas användare.

155. Svarandena och intervenienterna har däremot gjort gällande att artikel 17 i direktiv 2019/790 innehåller ett ”fullständigt system med skyddsåtgärder”. De angripna bestämmelserna kan nämligen inte skiljas från punkterna 5, 7, 8 och 9 i denna artikel. I dessa punkter fastställs klara och precisa regler, vilka definierar omfattningen och tillämpningen av de åtgärder som leverantörerna av delningstjänster ska genomföra och vilka på detta sätt upprätthåller en rimlig balans mellan rättsinnehavarnas immateriella rättigheter och yttrandefriheten.

156. Artikel 17.5 i direktiv 2019/790 – i vilken det föreskrivs att de åtgärder som har leverantören har vidtagit ska bedömas mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, med beaktande av faktorer såsom ”tjänstens omfattning” eller ”kostnaden” för de tillgängliga verktygen – är enligt min mening mer relevant när det gäller näringsfriheten, vilken inte avses i förevarande mål, än när det gäller yttrandefriheten. Jag anser således att det inte är nödvändigt att behandla denna punkt desto mer.

191 Se dom av den 8 april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 och C-594/12, EU:C:2014:238, punkterna 60–67) och förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i de förenade målen Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 och C-594/12, EU:C:2013:845, punkterna 117 och 120).

192 Se punkt 210–213 nedan.

193 Det ska påpekas att Europadomstolen upprepade gånger har fastslagit att de stora risker som de förhandsbegränsningar som följer av filtrerings- och blockeringsåtgärderna innebär för yttrandefriheten nödvändiggör en synnerligen noggrann prövning. Se, bland annat, Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 47.

157. Punkterna 7, 8 och 9 i denna artikel innehåller däremot faktiskt, enligt min mening, väsentliga skyddsåtgärder för att skydda delningstjänsternas användare mot oskäliga eller godtyckliga åtgärder för blockering av innehåll. Jag kommer därför att granska dem i de följande delavsnitten.

– *Rätten till legitim användning av skyddade alster (punkt 7) och klagomålsmekanismen (punkt 9)*

158. Svarandena och intervenienterna har med rätta anfört den omständigheten att artikel 17.7 i direktiv 2019/790 innehåller en av de huvudsakliga skyddsåtgärder som är avsedda att begränsa risken för att leverantörerna av delningstjänster genom tillämpning av de angripna bestämmelserna hindrar att innehåll som legitimt återger verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna tillhandahålls på deras tjänster.

159. *Dels* föreskrivs nämligen i artikel 17.7 första stycket att ”[s]amarbetet mellan [leverantörer] av delningstjänster … och rättsinnehavare [194] får inte leda till att det inte går att få tillgång till verk eller andra alster som laddats upp av användare och som inte gör intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter, inbegripet när sådana verk eller andra alster omfattas av ett undantag eller en inskränkning”. [195]

160. *Dels* ska medlemsstaterna enligt artikel 17.7 andra stycket säkerställa att användarna kan förlita sig på de undantag och inskränkningar som gäller för a) citat, kritik och recensioner samt b) användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte [196] när de lägger ut innehåll online på delningstjänster.

161. Av nämnda stycke framgår att unionslagstiftaren uttryckligen har tillerkänt användarna av delningstjänster subjektiva rättigheter inom området upphovsrätt. Användarna har en *rätt*, gällande mot leverantörerna av dessa tjänster och rättsinnehavarna, att på nämnda tjänster använda skyddade alster på ett legitimt sätt, inbegripet en *rätt* att förlita sig på undantagen och inskränkningarna i upphovsrätten och närstående rättigheter. [197] Detta erkännande från lagstiftaren av den betydelse som dessa undantag och inskränkningar har för användarna sammanfaller med praxis från domstolen, som själv nyligen erkände att de ”innebär rättigheter” till förmån för användarna. [198]

162. Det ska betonas att enligt artikel 17.7 i direktiv 2019/790 kan användarna förlita sig på *samtliga de undantag och inskränkningar som föreskrivs i unionsrätten* [199] och särskilt de som anges i artikel 5 i direktiv 2001/29 – dock i den mån som de föreskrivs i den tillämpliga nationella lagstiftningen. Medan nämnda artikel 5 ger medlemsstaterna *möjlighet* att införliva de där

194 Med detta uttryck ska förstås de filtrerings- och blockeringsåtgärder som dessa leverantörer ska vidta i enlighet med de angripna bestämmelserna. Se skäl 66 första stycket i direktiv 2019/790.

195 Här avses även bland annat användning av verk och andra alster som omfattas av licensavtal som har ingåtts av användarna (se skäl 66 första stycket i direktiv 2019/790) och framför allt användning av verk som inte är skyddade av upphovsrätt.

196 Som jag har angett i fotnoterna 175 och 176 ovan föreskrivs undantagen och inskränkningarna i fråga i artikel 5.3 d och k i direktiv 2001/29.

197 De kan bland annat göra detta vid nationella domstolar (se artikel 17.9 andra stycket i direktiv 2019/790 (” … användarna [ska ha] tillgång till domstol eller en annan relevant rättslig myndighet för att hävda sin rätt att utnyttja ett undantag från eller en inskränkning i upphovsrätten eller närstående rättigheter.”).

198 Se dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkt 70), och domen i målet Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, punkt 54).

199 Även om artikel 17.7 i direktiv 2019/790 är tvetydig på denna punkt framgår denna tolkning tydligt av skäl 70 i samma direktiv (”De åtgärder som vidtagits av [leverantörerna] av delningstjänster … bör inte påverka tillämpningen av *undantag från, eller inskränkningar i, upphovsrätten*, …”) och av artikel 17.9, framför allt fjärde stycket (” … de kan använda verk och andra alster inom ramen för undantag från, eller inskränkningar … *som föreskrivs i unionsrätten*”) (min kursivering).

förtecknade undantagen och inskränkningarna, [200] är medlemsstaterna enligt artikel 17.7 *skyldiga* att i sin nationella lagstiftning föreskriva undantag och inskränkningar åtminstone för citat och parodi [201] med hänsyn till deras särskilda betydelse för yttrandefriheten.

163. Av detta följer rent konkret att leverantörerna av delningstjänster inte enligt lag har tillåtelse att *med hänvisning till att innehållet strider mot upphovsrätten* blockera eller avlägsna innehåll som utgör legitim användning av verk och andra alster. [202] Bland annat får de inte i sina allmänna användarvillkor eller i kontraktsavtal med rättsinnehavarna utesluta tillämpning av undantag och inskränkningar genom att till exempel föreskriva att det räcker med enbart ett påstående från rättsinnehavarna om att upphovsrätten har åsidosatts för att motivera åtgärder för blockering eller avlägsnande av innehållet. [203] I stället ska leverantörerna i de allmänna villkoren informera användarna om att dessa kan använda verk och andra alster inom ramen för nämnda undantag och inskränkningar. [204]

164. Genom att anta artikel 17.7 i direktiv 2019/790 har unionslagstiftaren – som var medveten om de risker för ”överblockering” [205] som kunde följa av det inrättade ansvarssystemet, och i syfte att säkerställa en rimlig balans mellan de rättigheter och intressen som står på spel och skydda yttrandefriheten för användarna av delningstjänster [206] – enligt min uppfattning föreskrivit en klar och precis gräns för de filtrerings- och blockeringsåtgärder som leverantörerna av sådana tjänster måste vidta i enlighet med artikel 17.4.

165. Parlamentet, rådet och kommissionen har härvid med rätta betonat att med hänsyn till den tvingande lydelsen i artikel 17.7 första stycket – ”får inte leda till” [207] – åläggs leverantörerna av delningstjänster genom denna artikel en *skyldighet att uppnå resultat*: de är *skyldiga att uppnå resultatet* att inte förhindra att innehåll som legitimt återger verk eller andra alster tillhandahålls på deras tjänster, och detta inte ens om dessa verk eller andra alster har identifierats av rättsinnehavarna. Gränsen för de filtrerings- och blockeringsåtgärder som tillåts är således tydligt angiven: de *får inte ha till syfte eller verkan att förhindra denna legitima användning*. Denna bestämmelse bidrar således till att motverka tendensen till ”nitiskhet” hos dessa leverantörer och således till att avgränsa omfattningen av ingreppet i yttrandefriheten, så att det i princip begränsas till spridning av innehåll som strider mot reglerna om upphovsrätt.

166. Republiken Polen har genmält att med beaktande av de begränsningar som verktygen för innehållsigenkänning är förenade med och som det redogörs för i punkt 148 ovan, bland annat deras oförmåga att identifiera tillämpning av undantag och inskränkningar i upphovsrätten, utgör artikel 17.7 i direktiv 2019/790 mer en from förhoppning än en effektiv skyddsåtgärd. I själva

200 Se fotnot 179 ovan.

201 Åtminstone när det gäller användning av skyddade alster på delningstjänster.

202 Genom artikel 17.7 i direktiv 2019/790 begränsas således näringsfriheten för leverantörerna av delningstjänster i syfte att säkerställa användarnas yttrandefrihet. Leverantörerna har dock frihet att av *andra skäl än problem med upphovsrätten* avlägsna innehåll som omfattas av undantag eller inskränkningar, till exempel om det är kränkande eller strider mot deras nakenhetspolicy. Denna bestämmelse ålägger således inte som sådan nämnda leverantörer en skyldighet att sprida (”must carry”) sådant innehåll.

203 Se, för ett liknande resonemang, Leistner, M., anfört arbete, s. 165 och 166. En bestämmelse om det motsatta i de allmänna villkoren eller i ett kontraktsavtal är således enligt min mening oförenlig med artikel 17.7 i direktiv 2019/790.

204 Se artikel 17.9 fjärde stycket i direktiv 2019/790. Den information som ges användarna om deras rätt att använda skyddade alster inom ramen för undantag och inskränkningar och om gränserna för denna rättighet är väsentlig för att stödja användarnas utövande av sin frihet att uttrycka sig och att skapa samtidigt som den minskar risken för oförutsedda intrång i upphovsrätten.

205 Se konsekvensbedömningen, del 1/3, s. 140 och 141 samt fotnot 422.

206 Se skäl 70 första stycket i direktiv 2019/790.

207 ”shall not result”, i den engelska versionen av direktiv 2019/790.

verket blockeras det innehåll som omfattas av dessa undantag och inskränkningar automatiskt genom nämnda verktyg. Denna bestämmelse kan således inte garantera användarna av delningstjänsterna ett effektivt skydd mot oskälig eller godtycklig blockering av innehåll.

167. Sökandens resonemang på denna punkt speglar en grundläggande skillnad i parternas och intervenienternas syn på räckvidden av artikel 17.7 och det konkreta sätt på vilket användarnas rättigheter ska respekteras i praktiken. Två olika tolkningar av denna bestämmelse har nämligen diskuterats vid domstolen.

168. Enligt en *första tolkning*, som Republiken Polen har grundat sin talan på och som även har anförts av den spanska och den franska regeringen, är den (enda) mekanism [208] som i praktiken säkerställer att de filtrerings- och blockeringsåtgärder som leverantörerna av delningstjänster vidtar i enlighet med de angripna bestämmelserna inte hindrar att legitimt använda verk och andra alster tillgängliggörs på deras tjänster den ”klagomåls- och avhjälpningsmekanism” som leverantörerna enligt artikel 17.9 i direktiv 2019/790 ska tillgängliggöra för användarna av deras tjänster ”i samband med tvister om omöjliggörandet av åtkomst till, eller avlägsnandet av, verk eller andra alster som de har laddat upp”.

169. Rent konkret ska leverantörerna av delningstjänster i enlighet med rättsinnehavarnas vilja på förhand blockera allt innehåll som helt eller delvis återger verk eller andra alster som rättsinnehavarna har identifierat – oberoende av huruvida innehållet utgör ett intrång i deras rättigheter – och det ankommer på användare som anser sig ha använt dessa verk legitimt, till exempel inom ramen för ett undantag eller en inskränkning, att inge klagomål. Förutsatt att det finns fog för klagomålet skulle det berörda innehållet läggas ut online efter att ha granskats. Det ska preciseras att även om sökanden samt den spanska och den franska regeringen har förstått artikel 17.7 i direktiv 2019/790 på samma sätt, har de dragit radikalt olika slutsatser om de konsekvenser som ska dras av den. [209]

170. Enligt en *andra tolkning*, som har anförts av parlamentet, rådet och kommissionen, ska rätten för användarna av delningstjänster att legitimt använda skyddade alster, vilken föreskrivs i artikel 17.7 i direktiv 2019/790, beaktas av tjänsteleverantörerna på förhand, i samband med själva filtreringsprocessen. De angripna bestämmelserna och artikel 17.7 ska nämligen läsas tillsammans och de skyldigheter som föreskrivs i dem ska tillämpas ”samtidigt”. Att leverantörerna enligt dessa bestämmelser ska göra vad de kan för att förebygga att skyddade verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna läggs ut online kan således inte i praktiken innebära en förebyggande och systematisk blockering av legitim användning. Den klagomåls- och avhjälpningsmekanism som avses i artikel 17.9 utgör en kompletterande och sista skyddsåtgärd för de situationer där leverantörerna trots den skyldighet som anges i artikel 17.7 ändå av misstag blockerar sådant legitimt innehåll.

171. Jag instämmer i denna sista tolkning, vilken enligt min mening följer av en textuell, systematisk och historisk analys av artikel 17 i direktiv 2019/790.

[208] Den franska regeringen har även nämnt frivilliga åtgärder som vidtas av rättsinnehavarna (se fotnot 252 nedan).

[209] *Enligt den förstnämnda* visar den omständigheten, såsom jag har påpekat i punkt 166 ovan, att rättigheterna för användarna av delningstjänsterna beaktas först i efterhand och, i fall av klagomål från användarna, hur oproportionerlig denna inskränkning i utövandet av rätten till yttrandefrihet är. *Enligt de sistnämnda* däremot upprätthåller denna tolkning en ”rimlig balans” mellan de rättigheter och intressen som står på spel, eftersom den säkerställer att rättsinnehavarna på förhand kan kontrollera användningen av sina verk och andra alster, samtidigt som användarna endast orsakas ”tillfälliga olägenheter”.

172. Vad för det första gäller den textuella nivån ska det erinras om att enligt artikel 17.7 i direktiv 2019/790 får samarbetet mellan rättsinnehavare och leverantörer av delningstjänster inte leda till att ”det inte går att få tillgång till” innehåll som legitimt återger verk eller andra alster. Tolkningen att det är möjligt att på förhand systematiskt blockera sådant innehåll från att läggas ut online, förutsatt att användarna kan erhålla upprättelse i efterhand, är enligt min mening långt ifrån det mest naturliga sättet att förstå denna ordalydelse. [210]

173. Vad vidare gäller den systematiska nivån ska de angripna bestämmelserna och artikel 17.7, såsom kommissionen har gjort gällande, läsas mot bakgrund av artikel 17.9 tredje stycket, där det anges att nämnda direktiv ”ska inte på något sätt påverka” (min kursivering) legitim användning av skyddade verk och andra alster. Om det berörda innehållet systematiskt skulle behöva blockeras på förhand och det skulle ankomma på användarna att inge klagomål för att få lägga ut innehållet online, är det dock uppenbart att denna legitima användning skulle ”påverkas” på ett visst sätt.

174. Det ska även påpekas att frågan om legitim användning av skyddade alster inte endast tas upp i skäl 70 i direktiv 2019/790, som avser klagomålsmekanismen, utan även i skäl 66 första stycket, [211] med avseende på de förebyggande åtgärder som leverantörerna av delningstjänster ska vidta i enlighet med de angripna bestämmelserna. Enligt lydelsen i skäl 70 första stycket syftar klagomålsmekanismen dessutom till att ”underlätta” – och inte till att ”möjliggöra” – sådan legitim användning.

175. Denna tolkning bekräftas *slutligen* av förarbetena. Härvid ska det påpekas att artikel 17.9 i direktiv 2019/790 går tillbaka till artikel 13.2 i förslaget till direktiv. Förslaget i fråga innehöll ingen bestämmelse om legitim användning av skyddade verk och andra alster. En sådan bestämmelse infördes genom ändringar i texten vid första behandlingen i parlamentet och rådet. Enligt dessa ändringar var klagomåls- och avhjälpningsmekanism specifikt avsedd att möjliggöra sådan legitim användning. [212] Sedan parlamentet den 5 juli 2018 första gången hade förkastat texten delades frågan om användarnas rättigheter och klagomåls- och avhjälpningsmekanism upp på två separata bestämmelser i senare versioner och den version som slutligen antogs.

176. Denna lagstiftningsprocess visar enligt min mening även att unionslagstiftarens avsikt utvecklades. Medan artikel 13 i förslaget till direktiv ensidigt var till rättsinnehavarnas fördel, hade denna artikel 13 när den antogs i form av artikel 17 i direktiv 2019/790 ändrats till en komplicerad bestämmelse som syftar till att erkänna de olika intressen som står på spel och finna en balans mellan dem. Som rådet har gjort gällande valde lagstiftaren att i denna bestämmelse

[210] Detta framgår än mer uppenbart av den engelska versionen av direktiv 2019/790 (” … shall not result in the *prevention* of the availability …”) (min kursivering). Enligt min mening konkretiseras dessutom rätten till yttrandefrihet i artikel 17.7, varför dess lydelse ska ges en vid tolkning. Se, analogt, dom av den 14 februari 2019, Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122, punkt 51 och där angiven rättspraxis).

[211] ” … Åtgärder som vidtas av dessa tjänsteleverantörer bör … inte påverka användare som använder … delningstjänster … för att lagligt ladda upp … information via dessa tjänster ….”

[212] Se ”Betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden”, parlamentets utskott för rättsliga frågor, 29 juni 2019, dokument A8–0245/2018 (tillgängligt på adressen https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8–2018–0245_SV.html?redirect), ändringsförslag 77: ” … *För att förhindra missbruk eller begränsningar i utövandet av undantag från och inskränkningar av upphovsrätten* ska medlemsstaterna säkerställa att de tjänsteleverantörer som avses i punkt 1 inför effektiva och snabba mekanismer för klagomål och prövning …” Se även rådet, dokument 12254/16 + ADD1 + ADD2 + ADD3 + ADD4, 25 maj 2018 (tillgängligt på adressen https://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf): ”Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 4 are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright. *For that purpose*, the service provider shall put in place a complaint and redress mechanism …” (min kursivering).

skydda både rättsinnehavarna och användarna. Som parlamentet har betonat återger artikel 17 en fin kompromiss i detta hänseende. Det kan inte bortses från denna utveckling vid tolkningen av bestämmelsen. [213]

177. Den tolkning som har anförts av parlamentet, rådet och kommissionen, enligt vilken användarnas rättigheter enligt artikel 17.7 i direktiv 2019/790 ska beaktas på förhand och inte endast i efterhand, säkerställer *dessutom* att den begränsning i utövandet av rätten till yttrandefrihet som följer av de angripna bestämmelserna är proportionerlig. [214]

178. Det är härvid riktigt att den klagomåls- och avhjälpningsmekanism som avses i artikel 17.9 i direktiv 2019/790 utgör både en väsentlig skyddsåtgärd och ett betydande framsteg jämfört med direktiv 2000/31. [215] Det rör sig om en nödvändig del i varje filtreringssystem, med beaktande av den risk för ”överblockering” som följer av sådana system. Unionslagstiftaren har också omgärdat denna mekanism med processuella ”delskyddsåtgärder”. Nämnda mekanism ska vara ”effektiv och snabb” och de klagomål som lämnas in ska behandlas ”utan otillbörligt dröjsmål”. Leverantörerna av delningstjänster ska med andra ord agera med samma snabbhet som den som de enligt artikel 17.4 c i direktiv 2019/790 ska uppvisa vid mottagandet av underrättelser från rättsinnehavare. [216] Rättsinnehavarna ska dessutom ”vederbörligen” motivera sin begäran om blockering och klagomålen ska vara föremål för mänsklig granskning.

179. Enligt artikel 17.9 ska medlemsstaterna dessutom säkerställa att det finns prövningsmekanismer för tvistlösning utom domstol att tillgå för lösning av tvister mellan användare och rättsinnehavare. Sådana mekanismer är ändamålsenliga för opartisk tvistlösning. Ännu viktigare är enligt min mening att medlemsstaterna måste föreskriva om tillgång till ”effektiva rättsmedel” på området. I domen i målet UPC Telekabel Wien [217] betonade domstolen att en sådan rätt till ett effektivt rättsmedel är nödvändig för att säkerställa utövandet online av rätten till yttrandefrihet.

180. Även om dessa processuella skyddsåtgärder är viktiga, är de emellertid inte i sig tillräckliga för att säkerställa en rimlig balans mellan upphovsrätten och användarnas yttrandefrihet.

181. *För det första* befriar förekomsten av sådana processuella skyddsåtgärder inte, enligt domstolens respektive Europadomstolens praxis, myndigheterna från skyldigheten att se till att *sidoverkningarna* av filtrerings- och blockeringsåtgärderna minimeras. Här rör det sig om två separata och *kumulativa* krav.

213 Se, analogiskt, förslag till avgörande av generaladvokat Wathelet i målet Karen Millen Fashions (C 345/13, EU:C:2014:206, punkt 82) samt mitt förslag till avgörande i de förenade målen Acacia och D'Amato (C 397/16 och C 435/16, EU:C:2017:730, punkterna 53 och 63–65).

214 Det ska erinras om att enligt domstolens fasta praxis ”ska en sekundärrättslig bestämmelse, så långt det är möjligt, tolkas på ett sätt som inte påverkar dess giltighet och som överensstämmer med primärrätten i dess helhet, bland annat med bestämmelserna i stadgan” (se, bland annat, dom av den 2 februari 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, punkt 50 och där angiven praxis).

215 Direktiv 2000/31 innehåller nämligen ingen skyldighet för tjänstelevererande mellanhänder att föreskriva ett förfarande för ”gen-anmälan” som ger användarna möjlighet att bestrida ett ”extensivt avlägsnande” av deras information.

216 I den engelska versionen av direktiv 2019/790 används samma adjektiv i artikel 17.4 c och 17.9 första stycket (”acted *expeditiously*, upon receiving a … notice …” och ” … an effective and *expeditious* complaint and redress mechanism …”) (min kursivering).

217 Dom av den 27 mars 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, punkt 57).

182. Dessa båda domstolar har nämligen upprepade gånger fastslagit att alla filtrerings- och blockeringsåtgärder måste vara ”välriktade”, i den meningen att de måste avse olagligt innehåll och inte får ha en godtycklig eller omåttlig inverkan på lagligt innehåll. [218] I domen L’Oréal m.fl. [219] fastslog domstolen, i linje härmed, att de övervakningsåtgärder som åläggs en mellanhand inte får ge upphov till hinder för laglig användning av dennes tjänster. I domen UPC Telekabel Wien, [220] slutligen, fastslog den att en blockeringsåtgärd inte ”onödigtvis [får fränta]” internetanvändarna möjligheten att på ett tillåtet sätt dela och ta del av information.

183. Denna rättspraxis innebär inte att rätten till yttrandefrihet utgör hinder för sådana åtgärder när de kan medföra *den minsta blockering* av lagligt innehåll. Ordet ”onödigtvis”, som har använts av domstolen, speglar enligt min mening tanken att effektiviteten i skyddet för rättsinnehavarnas rättigheter kan motivera vissa fall av ”överblockering”.

184. Det måste dock också finnas en rimlig balans mellan filtreringens effektivitet och dess sidoverkningar. Som det framgår av Europadomstolens praxis är det således inte möjligt att i ett demokratiskt samhälle kräva en absolut effektivitet – och därigenom en ”nollvision” i fråga om upphovsrättsintrång – när verkan av detta skulle vara att en inte obetydlig mängd lagligt innehåll blockerades. [221]

185. Den franska regeringen har genmält att enligt dess tolkning av artikel 17 i direktiv 2019/790 uppfyller de filtreringsåtgärder som leverantörerna av delningstjänster vidtar i enlighet med de angripna bestämmelserna dessa krav, eftersom de är ”välriktade” mot innehåll som helt eller delvis återger skyddade verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna.

186. Detta resonemang kan inte godtas. Av domen i målet Scarlet Extended och domen i målet SABAM framgår nämligen att ett filtreringssystem som systematiskt blockerar innehåll som utgör legitim användning av skyddade alster innebär ett oproportionerligt ingrepp i yttrande- och informationsfriheten online. [222] Detta är enligt min mening fallet just därför att sidoverkningarna av en sådan filtrering är alltför omfattande för att vara förenliga med denna frihet – oberoende av huruvida de användare vilkas rättigheter har kränkts har rätt till prövning av blockeringen av deras information, vilket är en aspekt som domstolen inte ens tog upp i dessa domar.

[218] Se dom av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkt 56), och framför allt dom av den 15 september, 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, punkt 93). Se vidare Europadomstolen, 23 juni 2020, Vladimir Kharitonov mot Ryssland, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 46: ” … When exceptional circumstances justify the blocking of illegal content, a State agency making the blocking order must ensure that the measure strictly targets the illegal content and has no arbitrary or excessive effects …. Any indiscriminate blocking measure which interferes with lawful content or websites as a collateral effect of a measure aimed at illegal content or websites amounts to arbitrary interference with [freedom of expression] ….” Se även rekommendation CM/Rec(2018)2 om internet-mellanhänders roller och ansvar, punkt 2.3.2 i bilagan.

[219] Dom av den 12 juli 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474, punkt 131).

[220] Dom av den 27 mars 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, punkt 63).

[221] Se, bland annat, Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 66, Europadomstolen, 23 juni 2020, Vladimir Kharitonov, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514. § 45, och Europadomstolen, Kablis mot Ryssland, § 94.

[222] Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Scarlet Extended (punkt 52: ”[föreläggandet om att införa filtrering] riskerar att kränka informationsfriheten, eftersom det finns en risk för att systemet *inte gör en tillräckligt tydlig åtskillnad mellan lagligt och olagligt innehåll*, med följden att införandet av systemet kan leda till blockering av meddelanden med lagligt innehåll. Det är nämligen ostridigt att frågan huruvida en överföring är laglig *också beror på tillämpningen av lagstadgade undantag från upphovsrätten*, vilka varierar från en medlemsstat till en annan. Det är dessutom möjligt att vissa verk inte är skyddade av upphovsrätt i vissa medlemsstater, eller att de berörda upphovsrättsmännen har lagt ut dem på internet för gratis användning.”) (min kursivering). Se, för samma resonemang, domen i målet SABAM (punkt 50).

187. Det finns goda skäl till detta. *Dels* skulle i förevarande fall en förebyggande blockering av allt innehåll som återger verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna få till verkan att bördan av att inte vidta åtgärder systematiskt skulle drabba användarna, eftersom spridningen av legitimt innehåll inte skulle kunna ske utan att dessa med framgång lämnade in ett klagomål. Om användarna systematiskt skulle behöva göra gällande sina rättigheter inom ramen för klagomålsmekanismen är det ytterst sannolikt att en betydande andel av dem skulle avstå från att göra detta, bland annat på grund av att de saknar tillräckliga kunskaper för att bedöma om deras användning av dessa verk är legitim och om det följaktligen finns skäl att inge klagomål. [223] En förebyggande ”överblockering” av all legitim användning och ett systematiskt överlämpande på användarna av bördan att visa att användningen är legitim skulle riskera att på kort eller lång sikt ha en avkylande effekt på friheten att skapa och att yttra sig, vilket skulle visa sig i minskad aktivitet hos dessa samma användare. [224]

188. *Dels* kännetecknas informationsutbytet online särskilt av sin snabbhet. Vissa typer av innehåll som laddas upp på delningstjänsterna eftersöks av allmänheten under en mycket kort period, framför allt innehåll rörande aktuella händelser. [225] Detta innehåll blir således ofta föråldrat på några dagar. Om sådant innehåll inte kan läggas ut genast på grund av en systematisk förhandsblockering riskerar det att förlora allt nyhetsvärde och allt intresse för allmänheten. I motsats till den spanska och den franska regeringen anser jag således att en sådan systematisk blockering, om så bara ”tillfällig”, är särskilt problematisk, eftersom ett återställande av innehållet efter det att användarnas klagomål har prövats inte gör det möjligt att reparera den skada som orsakats användarnas yttrandefrihet. [226]

189. *För det andra* ska det påpekas att domstolen i nylig rättspraxis har insisterat på att det är nödvändigt att ”säkerställa [den] ändamålsenliga verkan” av undantagen och inskränkningarna i upphovsrätten, med hänsyn till deras betydelse när det gäller att upprätthålla en ”skälig avvägning” mellan de rättigheter och intressen som står på spel, alldeles särskilt när de syftar till att säkerställa respekten för yttrandefriheten – såsom är fallet vid användning i citat, kritik eller recensioner och vid användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte. [227]

190. Just för att ”säkerställa [den] ändamålsenliga verkan” av dessa undantag och inskränkningar är det enligt min mening viktigt att se till att de förebyggande åtgärder som vidtas i enlighet med de angripna bestämmelserna inte systematiskt hindrar användarnas rätt att använda sig av dem. Om rättsinnehavarna har möjligheter att i den digitala miljön kontrollera sina alster på ett sätt som saknar motsvarighet i den ”verkliga världen” – eftersom verktygen för innehållsigenkänning

223 Denna tendens att användarna inte gör gällande sina rättigheter har dokumenterats i såväl Europa som Förenta staterna. Se, bland annat, Urban, J-M.., Karaganis, J., och Schofield, B., ”Notice and Takedown in Everyday Practice”, 22 mars 2017. UC Berkeley Public Law Research Paper nr 2755628, 2017, Fiala, L., och Husovec, M., ”Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process”, *TILEC Discussion Paper No 2018–028, 2018, s. 3*.

224 Se, för ett liknande resonemang, Spindler, G., anfört arbete, s. 355. Det skulle även riskera att beröva allmänheten dess rätt till tillgång till detta felaktigt blockerade legitima innehåll.

225 Till exempel en reaktionsvideo (*reaction video*) på en trailer för ett videospel eller en film eftersöks kring den tidpunkt då trailern läggs ut. Likaså ses en parodivideo som är kopplad till en aktuell politisk skandal i allmänhet precis efter det att skandalen inträffat. Se Garstka, K., anfört arbete, s. 339.

226 Europadomstolen har upprepade gånger slagit fast att information är en färskvara och att en försening av dess publicering, om så bara för en kort tid, kraftigt riskerar att frånta den allt värde och allt intresse (se, bland annat, Europadomstolen, 26 november 1991, Observer och Guardian mot Förenade kungariket, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60, Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 47, och Europadomstolen, Kablis mot Ryssland, § 91). Den spanska och den franska regeringen har genmält att det är just snabbheten i informationsutbytet online som motiverar en förebyggande blockering av allt innehåll som återger verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna, i syfte att undvika varje risk att olagligt innehåll läggs ut online och att detta leder till ”irreparabel” skada för rättsinnehavarna. Jag återkommer till detta argument i punkterna 215 och 216 nedan.

227 Se, bland annat, dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkterna 51 och 57), och dom av den 29 juli 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, punkterna 36, 55 och 72).

potentiellt ger dem medel att förebygga *all* användning av dessa verk, inbegripet användning som inte omfattas av deras monopol, såsom parodi – måste nämnda undantag och inskränkningar ges motsvarande skydd. Faran, i detta hänseende, är att ett maximalt skydd för vissa intellektuella skapelser sker på bekostnad av andra former av skapande som är minst lika socialt önskvärda. [228]

191. *Av allt det ovan anförda följer* enligt min mening att när de angripna bestämmelserna läses tillsammans med artikel 17.7 i direktiv 2019/790 ska de tolkas så, att de filtreringsåtgärder som leverantörerna av delningstjänster är skyldiga att genomföra måste vara förenliga med två kumulativa skyldigheter: de måste försöka förebygga att innehåll som olagligt återger verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna läggs ut online, samtidigt som de inte förhindrar att det ”går att få tillgång” till innehåll som lagligt återger dessa verk.

192. I motsats till vad sökanden har gjort gällande kan leverantörerna av delningstjänster således inte ”vidta alla tillgängliga åtgärder” för att skydda rättsinnehavarnas immateriella rättigheter. [229] Kravet på att de i enlighet med god yrkessed ska göra vad de kan ska läsas mot bakgrund av artikel 17.7 i direktiv 2019/790. Eftersom leverantörerna befinner sig i en bilateral professionell ställning i förhållande till användarna och rättsinnehavarna, måste de agera ”omsorgsfullt” gentemot dessa båda kategorier.

193. Artikel 17.7 i direktiv 2019/790 förpliktar således leverantörerna – men även medlemsstaternas myndigheter och domstolarna, när de övervakar genomförandet av denna artikel [230] – att beakta sidoeffekterna av de filtreringsåtgärder som vidtas. [231] De får inte förebyggande och systematiskt blockera innehåll som bland annat omfattas av undantag och inskränkningar i upphovsrätten. De måste, *ex ante*, beakta iakttagandet av användarnas rättigheter. Jag uppmanar domstolen att i sin kommande dom utan omsvep bekräfta att detta är den korrekta tolkningen av artikel 17 i direktivet i fråga.

– *Förbudet mot en allmän övervakningsskyldighet (punkt 8)*

194. I artikel 17.8 i direktiv 2019/790 föreskrivs att ”[t]illämpningen av denna artikel ska inte leda till någon allmän övervakningsskyldighet”. De angripna bestämmelserna ska följaktligen läsas även mot bakgrund av denna punkt.

195. Genom att återigen bekräfta förbudet mot en sådan ”skyldighet” [232] har unionslagstiftaren enligt min mening fastställt ännu en väsentlig skyddsåtgärd för yttrandefriheten. Detta förbud avgränsar nämligen omfattningen av de filtreringsåtgärder som kan förväntas av varje tjänstelevererande mellanhand och i förevarande fall av leverantörerna av delningstjänster.

196. Vissa slutsatser kan i detta hänseende dras av domen i målet Glawischnig-Piesczek, vilken jag har redogjort för ovan. [233] I den domen konstaterade domstolen, vid tolkningen av nämnda förbud i den version som följer av artikel 15 i direktiv 2000/31, att leverantören av ett socialt nätverk

228 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 243).

229 Jag är väl medveten om att det i skäl 66 tredje stycket i direktiv 2019/790 anges att i det fallet att ett skyddat verk olagligt har lagts ut på deras tjänster kan leverantörer av delningstjänster undantas från ansvar endast om de visar att de har ”gjort vad de kunnat” för att undvika denna situation. Detta är enligt min mening en olycklig formulering som inte kan påverka det som jag just har förklarat.

230 Se fotnot 249 nedan.

231 Se, däremot, Europadomstolen, Ahmet Yildirim mot Turkiet, § 66.

232 I avsnittet om det ”väsentliga innehållet” i yttrandefriheten har jag förklarat den grundläggande betydelse som förbudet mot en ”allmän övervakningsskyldighet” har för friheten att kommunicera online (punkt 98 och följande punkter i detta förslag till avgörande).

233 Se punkt 112 ovan.

genom ett domstolsföreläggande kunde åläggas en skyldighet att i den information som lades ut online på detta nätverk efterforska och blockera ”exakt information … vars innehåll har analyserats och bedömts av en behörig domstol … som, till följd av sin bedömning, har förklarat informationen olaglig”.[234] Domstolen i fråga kunde således kräva att tjänsteleverantören skulle blockera tillgången till all *information som var identisk* med denna information. Föreläggandet kunde även utsträckas till *information med motsvarande innehåll*, förutsatt att leverantören inte var skyldig att vidta en ”självständig bedömning” av informationens laglighet utan i stället kunde ”använda sig av automatiserade tekniker och sökmetoder”.[235]

197. Av detta framgår *allmänt* att även om tjänstelevererande mellanhänder tekniskt sett har goda förutsättningar att motverka förekomsten av viss olaglig information som sprids via deras tjänster,[236] kan de inte förväntas göra ”självständiga bedömningar” av den ifrågavarande informationens laglighet. Tjänstelevererande mellanhänder har i allmänhet inte den expertis och framför allt inte det *oberoende* som är nödvändigt för att göra detta – i synnerhet när ett tungt ansvar åvilar dem.[237] Det kan därför inte krävas att de ska agera skiljedomare för lagligheten online, med uppgift att avgöra komplicerade rättsliga frågor.[238]

198. För att minimera risken för ”överblockering” och således säkerställa respekten för rätten till yttrandefrihet kan en tjänstelevererande mellanhand följaktligen enligt min mening endast åläggas att filtrera och blockera information som av en domstol på förhand har konstaterats vara olaglig eller som vid första påseende är olaglig, det vill säga vars olaglighet är *uppenbar*, utan att det är nödvändigt att sätta den i sitt sammanhang.[239]

199. Det ska för övrigt påpekas att den övervakningsskyldighet som Europadomstolen i domen i målet Delfi A.S. mot Estland konstaterade var motiverad avsåg information som var *uppenbart olaglig*.[240] I senare praxis har Europadomstolen preciserat att när det gäller information vars olagliga karaktär inte omedelbart framgår och som kräver en analys av sammanhanget kan sådan övervakning inte krävas.[241] För sistnämnda typ av information krävs det för avlägsnande en vederbörligen motiverad anmälan, i vilken framgår de omständigheter som gör olagligheten uppenbar, eller, när en sådan anmälan inte är tillräcklig, ett domstolsföreläggande.

234 Domen i målet Glawischnig-Piesczek (punkt 35) (min kursivering).

235 Domen i målet Glawischnig-Piesczek (punkt 46) (min kursivering).

236 Se skäl 59 i direktiv 2001/29 där det anges att ”… [i] många fall är det … mellanhänder[na] som har de största möjligheterna att sätta stopp för … intrång [som begås med användning av deras tjänster] …”.

237 Se punkterna 142, 143 och 146 i detta förslag till avgörande.

238 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkterna 187 och 188).

239 Se, för ett liknande resonemang, kommissionens rekommendation 2018/334 (skäl 25: ”Det kan i synnerhet vara lämpligt att vidta sådana proaktiva åtgärder när *det redan har fastställts att innehållet är olagligt innehåll* eller om *innehållet är av en sådan typ att sammanhanget inte är viktigt*”), och rekommendation CM/Rec(2018)2 om internet-mellanhänders roller och ansvar (punkt 1.3.2 i bilagan: ”För att kräva att en mellanhand ska begränsa tillgången till innehåll, *måste* nationella myndigheter *erhålla ett beslut* av en rättslig myndighet, men att detta *oavsett sammanhang* inte gäller i fall av *olagligt innehåll*, exempelvis innehåll som rör sexuellt utnyttjande av barn, eller i fall där brådskande åtgärder är nödvändiga i enlighet med de villkor som föreskrivs i artikel 10 i Europakonventionen”) (min kursivering).

240 Europadomstolen insisterade på den omständigheten att det rörde sig om ”klart olagliga” uttalanden som vid första anblicken kunde bedömas utgöra en uppmaning till hat eller våld, vilket innebar att det inte krävdes någon språklig eller rättslig analys för att fastställa att de var olagliga (se bland annat § 110, 114, 115, 117, 140 och 155 i den domen).

241 Se Europadomstolen, 7 februari 2017, Pihl mot Sverige, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 25, Europadomstolen, 19 mars 2019, Hoiness mot Norge, CE:ECHR:2019:0319JUD004362414, § 68, Europadomstolen, 2 februari 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete och Index.hu Zrt mot Ungern, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 63 och 64, och Europadomstolen, 4 juni 2020, Jezior mot Polen, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 54 och 58.

200. Som jag förklarade i mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando [242] följer det *specifikt* av domen i målet Glawischnig-Piesczek, när den överförs på området för upphovsrätt, att även om en tjänsteleverererande mellanhand inte enligt artikel 15 i direktiv 2000/31 kan åläggas att genomföra en allmän filtrering av information som denna har lagrat, *för att efterforska vilket intrång som helst*, utgör denna bestämmelse i princip inte hinder för att denna tjänsteleverantör tvingas att blockera en *viss fil*, som enligt vad som på förhand blivit fastställt av domstol olagligen använder ett skyddat verk. Nämnda bestämmelse utgör i detta sammanhang inte hinder för att leverantören åläggs att upptäcka och blockera inte endast *identiska* kopior av denna fil, utan även andra *motsvarande* filer, det vill säga, enligt min mening, sådana som använder verket på samma sätt.

201. Denna tolkning kan enligt min mening i tillämpliga delar överföras på artikel 17.8 i direktiv 2019/790. Enligt det system som införs genom artikel 17 kan det endast, såvitt det inte på förhand fastställts av domstol att det innehåll som ska filtreras är olagligt, endast vara fråga om att i enlighet med vad som redogjorts för i punkt 198 i detta förslag till avgörande, eftersöka innehåll som, mot bakgrund av de uppgifter som lagts fram a rättsinnehavarna, framstår som *uppenbart intrång*. Enligt de angripna bestämmelserna, jämförda med nämnda artikel 17.8, är de filtreringsåtgärder som leverantörerna av delningstjänster enligt de angripna bestämmelserna måste vidta enligt min uppfattning begränsade till innehåll som är ”identiskt” med eller ”motsvarar” de verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna. [243]

202. Den första av de kategorier som nämns i ovanstående punkt omfattar rent konkret identiska återgivningar av de verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna, utan något ytterligare element eller tillfört värde. Den andra kategorin omfattar innehåll som återger dessa verk på samma sätt, men med obetydliga ändringar, så att allmänheten inte skiljer det från originalverken (till exempel i fall av enkla tekniska ändringar som gjorts i avsikt att kringgå filtreringssystemet, såsom en ändring av bildens format, en omkastning av bilden eller en ändring av bildens snabbhet etcetera). [244] För upptäckt av dessa båda kategorier av innehåll krävs inte att leverantörerna av delningstjänster gör en ”självständig bedömning” av lagligheten – intrånget är ”uppenbart” med hänsyn till ”relevant och nödvändig” information som har lagts fram av rättsinnehavarna – och upptäckten kan göras med användning av ”automatiserade tekniker och sökmetoder”. [245]

203. Däremot kan det inte krävas att leverantörerna av delningstjänster i förebyggande syfte även ska filtrera innehåll som, samtidigt som det återger verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna, märkbart skiljer sig från dessa, såsom är fallet med återanvändning av utdrag ur verk i andra sammanhang, transformativt innehåll etcetera, som kan omfattas av undantag och inskränkningar i upphovsrätten. För att identifiera de intrång som detta kan utgöra måste leverantörerna göra ”självständiga bedömningar”, eftersom de måste utvärdera sammanhanget för användningen. Som Republiken Polen har hävdat kan komplicerade upphovsrättsliga frågor

242 Se punkt 221 i det förslaget till avgörande.

243 Se, för ett liknande resonemang, Quintais, J., Frosio, G., van Gompel, S., m.fl., ”Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics”, JIPITEC, 2019, volym 10, nr 3, Lambrecht, M., anfört arbete, s. 88–90, Cabay, J., anfört arbete, s. 237–273, och Dusollier, S., anfört arbete, s. 1020. Denna tolkning framgår för övrigt naturligt av lydelsen i artikel 17.4 b och c i direktiv 2019/790, i vilken leverantörerna av delningstjänster åläggs att säkerställa att ”verk” och ”andra alster” inte är tillgängliga, och inte att förebygga exakt varje form av intrång som mer eller mindre involverar verken i fråga (se, för ett liknande resonemang, Lambrecht, M. anfört arbete, s. 89).

244 Jag avser med andra vad som ibland betecknas som ”identiska” eller ”kvasiidentiska” kopior. Det ska härvid påpekas att en del av innehållet på delningstjänsterna utgörs av just identiska eller kvasiidentiska kopior av skyddade verk eller andra alster, såsom filmverk eller fonogram, som helt eller delvis och utan tillfört värde lagts ut online av obestämbara användare.

245 Domen Glawischnig-Piesczek (punkt 46). Det ska preciseras att domstolen i den domen enligt min mening inte för avsikt att utesluta att viss mänsklig kontroll är nödvändig. Jag återkommer till detta i punkt 211 i detta förslag till avgörande.

avseende bland annat undantagens och inskränkningarnas exakta omfattning inte överlåtas på leverantörerna av delningstjänster. Det ankommer inte på leverantörerna att besluta om gränserna för kreativiteten online genom att själva granska till exempel om det innehåll som en användare planerar att ladda upp uppfyller kraven på parodi. En sådan delegering skulle medföra en oacceptabel risk för ”överblockering”. Sådana frågor måste överlåtas på domstolarna.

– *De konsekvenser som följer av det ovanstående*

204. Av de föregående avsnitten framgår enligt min mening att artikel 17 i direktiv 2019/790 innehåller tillräckliga skyddsåtgärder för att avgränsa omfattningen av den begränsning i utövandet av rätten till yttrandefrihet som följer av de angripna bestämmelserna.

205. *Dels* får leverantörerna av delningstjänster enligt artikel 17.7 inte i enlighet med de angripna bestämmelserna i förebyggande syfte blockera allt innehåll som återger verk och andra alster som har identifierats av rättsinnehavarna, inbegripet innehåll som kan vara lagligt. *Dels* kan leverantörerna enligt artikel 17.8 endast vara skyldiga att upptäcka och blockera innehåll som är ”identiskt med” och ”motsvarar” dessa alster, det vill säga innehåll vars olaglighet kan anses vara *uppenbar* med hänsyn till den ”relevanta och nödvändiga” information som rättsinnehavarna har tillhandahållit dem. Eftersom ett intrång i sådana fall är högst sannolikt, kan detta innehåll *presumeras vara olagligt*. Det är därför proportionerligt att blockera detta innehåll i förebyggande syfte och att ålägga de berörda användarna att inom ramen för klagomålsmekanismen visa att det är lagligt – till exempel på grund av att de innehar en licens eller att verket faktiskt inte är upphovsrättsskyddat.[246] Det krav som anges i de angripna bestämmelserna, att leverantörerna av delningstjänster ”har gjort vad de har kunnat”, innebär sammanfattningsvis att de ska blockera innehåll som utgör ett uppenbart intrång.[247]

206. I tvetydiga situationer – när korta utdrag ur verk återges i ett längre innehåll, transformativa verk etcetera – särskilt sådana i vilka tillämpning av undantag och inskränkningar i upphovsrätten rimligen kan förväntas, kan det berörda innehållet däremot inte vara föremål för förebyggande blockering.

207. Som parlamentet, rådet och kommissionen har betonat är den skyldighet att uppnå resultat som föreskrivs i artikel 17.7 första stycket i direktiv 2019/790, det vill säga att inte förhindra att legitimt innehåll läggs ut online, mer tvingande än den skyldighet för tjänsteleverantörerna att göra vad de kan som följer av de angripna bestämmelserna, vilken utgör en skyldighet att vidta åtgärder.[248] Detta betyder att unionslagstiftaren, enligt min mening helt korrekt, ville säkerställa att leverantörerna av delningstjänster i en sådan situation sätter yttrandefriheten främst.

246 Enligt min mening ska den ”relevanta och nödvändiga” information som tillhandahålls av rättsinnehavarna innefatta uppgifter som kan visa att de innehar rättigheterna till de verk eller andra alster som de begär ska blockeras, i syfte att begränsa risken för omotiverade anspråk (se punkt 148 ovan).

247 Denna tolkning kan inte påverkas av sökandens och den franska regeringens argument att ordet ”uppenbart” inte förekommer i texten till direktiv 2019/790. Det rör sig nämligen inte om ett materiellt begrepp, utan helt enkelt om den grad av kontroll som leverantörerna av delningstjänster ska utföra. Denna grad av kontroll kan man sluta sig till av artikel 17.8 och av att det är nödvändigt att genomföra de angripna bestämmelserna på ett sådant sätt att artikel 17.7 iakttas. I motsats till vad den franska regeringen har hävdat är det dessutom inte ett nytt tankesätt att det finns en skillnad mellan information vars olaglighet framgår vid första anblicken och information som kräver en närmare granskning. Härvid ska det endast erinras om enligt artikel 14 i direktiv 2000/31 ska en tjänstelevererande mellanhand avlägsna information om denne ”har kännedom” om att informationen är olaglig eller om det med beaktande av de uppgifter som denne innehar är ”uppenbart” att den är olaglig. Det rör sig i förevarande fall om samma tankesätt. Jag hänvisar även till Europadomstolens resonemang i domen i målet Delfi A.S. mot Estland. Slutligen är begreppet uppenbart intrång, inbegripet i form av en ”identisk” eller ”kvasiidentisk” kopia, redan känt.

248 Se punkt 52 ovan. Se, för ett liknande resonemang, Geiger, C., Jütte, B.-J., ”Platform liability under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match”, *SSRN Papers* (tillgänglig på adressen https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776267), s. 44.

Lagstiftaren ansåg med andra ord att ”felaktigt positiva resultat”, som innebär att lagligt innehåll blockeras, är allvarligare än ”felaktigt negativa resultat”, som innebär att visst olagligt innehåll får passera.

208. Såsom parlamentet, rådet och kommissionen har hävdat, ska det i situationer där det råder tveksamhet, *presumeras* att det aktuella innehållet är *lagligt* och utläggningen online av detta innehåll får inte hindras.

209. Svårigheten ligger i att utforma praktiska lösningar för att genomföra denna tudelning med hjälp av verktygen för automatisk innehållsigenkänning, som leverantörerna av delningstjänster måste använda i ett stort antal situationer. Sökanden har för övrigt gjort gällande att unionslagstiftaren i direktiv 2019/790 inte har föreskrivit någon konkret lösning i detta hänseende.

210. Under dessa omständigheter ankom det enligt min mening på unionslagstiftaren att, som jag angett ovan, föreskriva om innehållet i de skyddsåtgärder som är nödvändiga för att minimera den risk för yttrandefriheten som följer av de angripna bestämmelserna. Som rådet har gjort gällande ankommer det däremot på medlemsstaterna och kommissionen att fastställa de konkreta villkoren inom ett område som det som avses i förevarande mål, som innebär vidtagande av tekniska åtgärder, och med beaktande av den omständigheten att artikel 17 i direktiv 2019/790 är tillämplig på olika typer av leverantörer, tjänster och skyddade alster. [249]

211. I praktiken består dessa lösningar i att man i verktygen för innehållsigenkänning integrerar parametrar som kan hjälpa till att skilja det uppenbara från det tvetydiga. Vad som är uppenbart eller tvetydigt kan variera beroende på typerna av skyddade alster och undantagen i fråga. Det handlar till exempel om att beakta de nivåer av överensstämmelse som upptäcks av verktygen och att fastställa trösklar över vilka en automatisk blockering av ett innehåll är motiverad och under vilka tillämpning av ett undantag för exempelvis citat är rimligen tänkbart. [250] En sådan lösning kan kopplas samman med en mekanism som ger användarna möjlighet att flagga (*flagging*) innehåll när det läggs ut online eller omedelbart efter det att det har lagts ut, om de anser att det omfattas av ett undantag eller en inskränkning, vilket innebär att den berörda leverantören ska göra en manuell kontroll av innehållet i fråga för att verifiera om tillämpning av detta undantag eller inskränkning är uppenbart utesluten eller om tvärtom är rimligen tänkbar. [251]

[249] I allmänhet ankommer det på medlemsstaternas administrativa och rättsliga myndigheter att övervaka hur de angripna bestämmelserna tillämpas av leverantörerna av delningstjänster och att se till att användarna faktiskt kan göra gällande sin rätt till legitim användning i enlighet med artikel 17.7 i direktiv 2019/790. Republiken Polen har på denna punkt gjort gällande att detta direktiv inte innehåller någon bestämmelse om det ansvar som leverantörerna av delningstjänster har gentemot användarna i fall av ett åsidosättande av artikel 17.7. Vad gäller detta ansvar är bestämmelserna i medlemsstaternas nationella rätt enligt min mening tillämpliga i enlighet med principen om processuell autonomi. Andra effektiva, avskräckande och proportionella påföljder måste föreskrivas däri. Eftersom respekt för användarnas rättigheter ingår i kravet avseende att leverantörerna av delningstjänster ”har gjort vad de har kunnat”, följer av detta att en leverantör som inte respekterar rättigheterna i fråga *ska gå miste om den rätt till undantag som föreskrivs i artikel 17.4*.

[250] Verktyg för igenkänning via ”avtryck” förmår nämligen göra åtskillnad beroende på den mängd skyddat innehåll som återanvänds i ett innehåll som läggs ut online, bland annat när det gäller audio- och videoinnehåll. Som den franska regeringen har gjort gällande räcker det förvisso inte att till exempel ett utdrag ur ett musikverk är under en viss längd för att undantaget för citat ska vara tillämpligt, eftersom detta är beroende av användarens avsikt (se fotnot 178 ovan). Det handlar emellertid om att i konfigureringen av filtreringsverktyget helt enkelt skapa en marginal inom vilken det framstår inte som *säkert* – utan endast som *rimligen tänkbart* – att detta undantag är tillämpligt.

[251] Den metod som kommissionen har förklarat i sitt dokument ”Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market” utgör härvid enligt min mening ett bra tillvägagångssätt (se s. 15 och 16 i detta dokument). Se, för liknande synsätt, Quintais, J., Frosio G., van Gompel, S., m.fl., anfört arbete, Lambrecht, M., anfört arbete, s. 79–94, och Leitsner, M., anfört arbete, s. 193–208. Åtgärder för att bekämpa missbruk kan också föreskrivas av medlemsstaterna. I detta förslag till avgörande är det inte nödvändigt att närmare ta ställning till dessa olika synsätt.

212. När det gäller olika typer av leverantörer, tjänster och skyddade verk eller andra alster kan utformningen av dessa praktiska lösningar i allmänhet inte överlåtas på leverantörerna och, i motsats till vad den franska regeringen har gjort gällande, inte heller helt överlåtas på rättsinnehavarna.[252] Med hänsyn till de nämnda lösningarnas betydelse för användarnas yttrandefrihet, får de inte utformas på ett ogenomskinligt sätt av enbart dessa privata parter, utan de måste utformas på ett transparent sätt under offentliga myndigheters tillsyn.

213. Enligt min mening är det just däri som nyttan ligger med den dialog mellan berörda parter som unionslagstiftaren föreskriver i artikel 17.10 i direktiv 2019/790. I denna bestämmelse föreskrivs en skyldighet för kommissionen att i samarbete med medlemsstaterna anordna dialoger mellan leverantörer av delningstjänster, rättsinnehavare, användarorganisationer och andra relevanta berörda parter för att diskutera ”bästa praxis för samarbetet mellan leverantörerna av delningstjänster och rättsinnehavarna”. På denna grund ska kommissionen utfärda riktlinjer för tillämpningen av artikel 17, särskilt vad gäller det sätt på vilket de angripna bestämmelserna ska genomföras. I denna process ska ”särskild hänsyn” tas till ”behovet av en avvägning mellan grundläggande rättigheter och användningen av undantag och inskränkningar”. Med hjälp av de berörda parterna ska kommissionen således föreslå praktiska lösningar som gör det möjligt att genomföra de angripna bestämmelserna med iakttagande av artikel 17.7 och 17.8.[253]

214. Det ska slutligen preciseras att som kommissionen har hävdat och i enlighet med vad jag har angett i punkt 183 ovan betyder den skyldighet som föreskrivs i artikel 17.7 i direktiv 2019/790 inte att de mekanismer som leder till ett försumbart antal ”felaktigt positiva resultat” automatiskt strider mot denna bestämmelse. Andelen fel måste dock vara så liten som möjligt. Av detta följer att i situationer som till exempel avser vissa typer av skyddade verk och andra alster och där det med dagens teknik inte är möjligt att använda ett verktyg för automatisk filtrering utan att detta ger en icke försumbar andel ”felaktigt positiva resultat”, ska användningen av ett sådant verktyg enligt min mening vara utesluten enligt artikel 17.7.[254]

215. Den tolkning som jag har föreslagit ovan påverkas inte av den spanska och den franska regeringens argument att en förebyggande blockering av allt innehåll som helt eller delvis återger alster som har identifierats av rättsinnehavarna i syfte att eliminera risken för att olagligt innehåll sprids på en delningstjänst är absolut nödvändig, eftersom en sådan kan orsaka dem ”irreparabel” skada med beaktande av det snabba informationsutbytet på internet.

216. Även om den risk för allvarlig och omedelbar skada som föranleds av ett försök att online lägga ut innehåll som utgör ett uppenbart intrång kan motivera en förebyggande åtgärd för blockering av detta innehåll[255], kan rättsinnehavarna, såsom jag har förklarat i punkt 184 i detta förslag till avgörande, inte kräva ”nollrisk” för eventuella intrång i sina rättigheter. Det skulle vara

[252] Den franska regeringen har gjort gällande att användningen av igenkänningsverktyg vilar på hanteringsregler för vilka parametrarna har uppställts av rättsinnehavarna och att rättsinnehavarna inom till exempel området för film vanligen går med på att utdrag på flera minuter ur deras filmer läggs ut online mot att de får en del av intäkterna från monetariseringen av den berörda videon (se punkt 58 ovan). Tankesättet att respekten för undantag och inskränkningar kan säkerställas genom frivilliga åtgärder från rättsinnehavarnas sida är förvisso inte främmande för unionsrätten (se artikel 6.4 i direktiv 2001/29 avseende tekniska skyddsåtgärder). I ett sådant sammanhang med filtrering som följer av de angripna bestämmelserna anser jag dock, med hänsyn till de risker som jag har beskrivit, att skyddet av användarnas rättigheter inte enbart ska vila på rättsinnehavarnas vilja.

[253] Enligt min mening kommer dessa riktlinjer genom att ange ”bästa praxis” att bidra till att fastställa de ”höga branschstandarder för god yrkessed” som leverantörerna ska iaktta enligt de angripna bestämmelserna. De måste uppdateras vid behov, för att anpassa dem efter ”den ständiga utvecklingen”.

[254] Se, för ett liknande resonemang, Grisse, K., anfört arbete, s. 898.

[255] Jag tänker här till exempel på den situationen att en film som inte ännu eller helt nyligen har kommit ut på biograferna olagligt läggs ut online på en delningstjänst.

oproportionerligt att tillämpa sådana åtgärder i samtliga mer diskutabla fall av potentiell skada som kan orsakas av till exempel transformativt innehåll som eventuellt omfattas av undantag och inskränkningar i upphovsrätten och som inte står i direkt konkurrens med de skyddade originalverken. [256] Att i dessa situationer vidta sådana förebyggande åtgärder riskerar däremot att orsaka ”irreparabel” skada för yttrandefriheten och detta av de skäl som jag har förklarat i punkt 188 ovan.

217. Domstolen har dessutom upprepade gånger fastslagit att ”det inte framgår av artikel 17.2 i stadgan att rätten till immateriell egendom är absolut och således ska garanteras ett undantagslöst skydd”. [257]

218. Den tolkning som jag har föreslagit ovan lämnar för övrigt inte rättsinnehavarna skyddslösa när det gäller tvetydigt innehåll. Framför allt handlar det inte om att ändra omfattningen av rätten till överföring till allmänheten som sådan. [258] Den omständigheten att ett visst innehåll som på ett olagligt sätt återger rättsinnehavarnas verk och andra alster inte blockeras vid den tidpunkt då det läggs ut online hindrar nämligen inte, som jag har angett i punkt 218 ovan, rättsinnehavarna från att bland annat [259] kräva att innehållet i fråga ska dras tillbaka och permanent ska blockeras genom att inge en underrättelse i enlighet med artikel 17.4 c i direktiv 2019/790 [260] som innehåller rimliga förklaringar till varför till exempel tillämpning av ett undantag är utesluten. [261] Den berörda tjänsteleverantören ska, å sin sida, granska underrättelsen omsorgsfullt för att avgöra huruvida det mot bakgrund av de nya uppgifterna är uppenbart att innehållet är olagligt. [262] Om så är fallet ska den berörda tjänsteleverantören, för att inte ådra sig ansvar, snabbt blockera tillgången till innehållet eller avlägsna det från sin webbplats. Som kommissionen har betonat framgår det av skäl 66 andra stycket i direktiv 2019/790 [263] att unionslagstiftaren förutsåg att detta tillvägagångssätt i vissa fall är det enda möjliga för att säkerställa att ett givet innehåll inte är tillgängligt. För det fall olagligheten inte är uppenbar med utgångspunkt i dessa förklaringar, på grund av att det aktuella innehållet ger upphov till komplicerade och/eller nya juridiska frågeställningar på upphovsrättens område, är det i princip nödvändigt att en domstol ingriper, som är den enda instans som är behörig att avgöra sådana frågor. Det ankommer då på rättsinnehavarna att anhängiggöra saken vid en domstol, på grundval av bland annat artikel 8.3 i direktiv 2001/29 i syfte att domstolen prövar innehållet och förordnar att det ska blockeras, om det är olagligt.

256 Se, för ett liknande resonemang, Lambrecht, M., anfört arbete, s. 89 och 90.

257 Se, bland annat, dom av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkt 61 och där angiven praxis).

258 Framför allt handlar det inte om att föreskriva en lägsta tröskel under vilken rättsinnehavarna förlorar varje möjlighet att göra gällande sina rättigheter. Förekomsten av en sådan tröskel har alltid avvisats av domstolen. Se förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Pelham m.fl. (C-476/17, EU:C:2018:1002, punkterna 28–33).

259 Det påverkar inte heller rättsinnehavarnas möjlighet att få ett föreläggande utdömt av domstol (se skäl 66 första stycket i direktiv 2019/790) eller att till och med väcka talan mot den ansvariga användaren.

260 Se, för ett liknande resonemang, Cabay, J., anfört arbete, s. 221, och Lambrecht, M., anfört arbete, s. 90. En praktisk lösning skulle kunna bestå i att informera rättsinnehavarna så snart som ett innehåll som återger deras verk läggs ut online, så att de vid behov snabbt kan sammanställa en motiverad begäran om blockering (se artikel 17.9 andra stycket i direktiv 2019/790). På så sätt skulle det i vart fall inte ankomma på rättsinnehavarna att själva övervaka delningstjänsterna för att upptäcka och lokalisera innehållet i fråga, som upptäcks automatiskt av igenkänningsverktyget.

261 Det ska för övrigt påpekas att Europadomstolen med avseende på innehåll som inte kan anses vara uppenbart olagligt har konstaterat att systemet för ”anmälan och avlägsnande” är ett lämpligt medel för att upprätthålla en rimlig balans mellan de rättigheter och intressen som står på spel, just därför att i en sådan anmälan kan tjänsteleverantörerna ges de uppgifter om sammanhanget som är nödvändiga för att konstatera att innehållet är olagligt. Se, bland annat, Europadomstolen, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete och Index.hu Zrt mot Ungern, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 91.

262 Se, analogt, mitt förslag till avgörande i de förenade målen YouTube och Cyando (punkt 190). En leverantör av delningstjänster kan således inte inskränka sig till att bevilja alla begäranden om blockering som de erhåller från rättsinnehavarna utan att först kontrollera dem.

263 ” … det kan … inte uteslutas att tillgång till otillåtet innehåll i vissa fall bara kan undvikas genom en underrättelse från rättsinnehavarna.”

219. Som parlamentet har påpekat säkerställer detta en rimlig balans mellan de åtgärder som åläggs användarna – vilka i vissa fall måste lämna in ett klagomål för att få rätt att lägga ut sitt innehåll online – och de som avkrävs rättsinnehavarna – vilka ibland måste lämna in en motiverad begäran för att få innehåll avlägsnat. [264]

4. Slutsats angående den aktuella begränsningens förenlighet med stadgan

220. Av det ovan anförda följer att begränsningen i utövandet av rätten till yttrande- och informationsfrihet som följer av de angripna bestämmelserna, såsom de tolkats i detta förslag till avgörande, uppfyller alla de villkor som föreskrivs i artikel 52.1 i stadgan. Denna begränsning är således enligt min mening förenlig med detta instrument. Jag anser att Republiken Polens talan följaktligen ska ogillas. [265]

C. Post-scriptum

221. Efter upprättandet av detta förslag till avgörande har – under den tid som förslaget översatts – två viktiga dokument offentliggjorts.

222. *För det första* har domen YouTube och Cyando [266] meddelats. Jag kan inte här i detalj redogöra för domstolens resonemang i den domen beträffande direktiv 2000/31 och 2001/29, men enligt min uppfattning påverkar det inte övervägandena i detta förslag till avgörande. [267]

223. *För det andra* har kommissionen offentliggjort sin vägledning om tillämpning av artikel 17 i 2019/790 [268]. Vägledning återger i huvudsak vad kommissionen anfört i domstolen och återspeglar förklaringarna i punkterna 158–219 i detta förslag till avgörande. I vägledning anges *emellertid* även, för första gången, att rättsinnehavarna bör ha möjlighet att ”öronmärka” (*earmark*) de verk som skulle ”kunna medföra dem väsentlig ekonomisk skada” om de lades ut online utan tillstånd. Leverantörerna skulle vara skyldiga att visa särskild omsorg avseende dessa verk. Leverantörerna skulle inte uppfylla sin skyldighet avseende ”att göra vad de kan” om de gav möjlighet att lägga ut innehåll som återger dessa verk online, trots ”öronmärkningen”. Jag kan inte, utan att ompröva samtliga överväganden som jag har redogjort för ovan, dela denna uppfattning, om kommissionens vägledning ska förstås så, att leverantörerna skulle vara skyldiga att *ex ante* blockera innehåll med stöd av enbart ett påstående om väsentlig ekonomisk skada för

264 Och som jag har angett i punkt 178 ovan ska leverantörerna av delningstjänster granska dessa klagomål och underrättelser med samma snabbhet – och samma omsorg.

265 Jag vill betona en sista punkt. Svarandena och intervenienterna har anfört den omständigheten att det ”huvudsakliga” sättet för en leverantör av delningstjänster att undkomma allt ansvar för skyddade verk och andra alster som läggs ut online på deras tjänster är att erhålla ett tillstånd från rättsinnehavarna i enlighet med artikel 17.1 i direktiv 2019/790. Den mekanism för undantag från ansvar som i detta sammanhang föreskrivs i artikel 17.4 – och de filtreringsskyldigheter som följder av den – berör under alla omständigheter endast skyddade verk och andra alster för vilka ett sådant tillstånd inte har erhållits. Även om detta enligt min mening inte egentligen rör sig om en ”skyddsåtgärd” som avser filtreringen, är denna punkt viktig för yttrandefriheten för de som använder dessa tjänster, och detta särskilt som dessa tillstånd enligt artikel 17.2 i direktiv 2019/790 under vissa omständigheter även omfattar åtgärder för ”överföring till allmänheten” som dessa användare vidtar. Jag instämmer således i kommissionens uppfattning att medlemsstaterna i sin nationella rätt måste föreskriva mekanismer som syftar till att underlätta beviljandet av sådana tillstånd. Ju oftare leverantörerna av delningstjänster kan erhålla dessa tillstånd, i desto större utsträckning kommer rättsinnehavarna att få en lämplig ersättning för användningen av sina skyddade verk och desto mer sällan behöver användarna utsättas för att deras innehåll filtreras.

266 Dom av den 22 juni 2021 (C-682/18 och C-683/18, EU:C:2021:503).

267 Se dom av den 22 juni 2021, YouTube och Cyando (C-682/18 och C-683/18, EU:C:2021:503, punkt 59).

268 Se kommissionens meddelande, ”Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market”, särskilt s. 18–24.

rättsinnehavarna – vägledningen innehåller inte något kriterium som begränsar öronmärkningsmekanismen till specifika fall[269] – även om det inte är uppenbart att innehållet utgör intrång.

VI. Rättegångskostnader

224. Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Parlamentet och rådet har yrkat att Republiken Polen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Enligt min mening ska Republiken Polens talan ogillas och parlamentets och rådets yrkande ska således bifallas. Den spanska och den franska regeringen samt kommissionen, som har intervenerat i tvisten, ska bära sina rättegångskostnader i enlighet med artikel 140.1 i rättegångsreglerna.

VII. Förslag till avgörande

225. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

– ogilla Republiken Polens talan,

– förplikta Republiken Polen att bära sina rättegångskostnader och ersätta de kostnader som har uppkommit för parlamentet och rådet, och

– förplikta Konungariket Spanien, Republiken Frankrike och Europeiska kommissionen att bära sina rättegångskostnader.

[269] Kommissionen hänvisar till verk som har ett särskilt ekonomiskt värde under en särskild period. ”Öronmärkningsmekanismen” förefaller emellertid inte vara begränsad till dessa verk. I vägledningen definieras inte heller begreppet ”väsentlig ekonomisk skada”. Jag erinrar om att enligt den franska regeringen är innebär det alltid en ”irreparabel” skada om ett innehåll som utgör intrång läggs ut online.