

KULTURDEPARTEMENTET
Postmottak@kud.dep.no

Deres referanse

Vår referanse
20/04860-2

Dato
22.03.2021

Skriftlig innspill – gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet mv. i norsk rett

Vi viser til kulturdepartementets invitasjon til skriftlige innspill i forbindelse med Norges gjennomføring av europaparlamentets- og rådsdirektiv (EU) 2019/790 om opphavsrett og nærstående rettigheter i det digitale indre marked og om endring av direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (digitalmarkedsdirektivet). Digitalmarkedsdirektivet er sammen med nett- og videresendingsdirektivet del av en «opphavsrettspakke» som ble foreslått av Kommisjonen 14. september 2016, som en oppfølging av strategien for det digitale indre marked.

Kulturdepartementet har i denne anledning utarbeidet en rekke spørsmål som det ønskes innspill til vedrørende direktivenes innhold og utgangspunktet for gjennomføring i norsk rett. Departementet har imidlertid også bedt om eventuelle andre innspill i forbindelse med gjennomføringen, til tross for at disse ikke er direkte omfattet av de konkrete spørsmålene.

På bakgrunn av dette ønsker vi å benytte anledningen til å knytte noen kommentarer til digitalmarkedsdirektivets artikkel 17 nr. 4 bokstav b og c.

Oppsummert har vi identifisert flere personvernrettslige problemstillinger i forbindelse med gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet. På denne bakgrunn foreslår vi, blant annet, at lovgiver bør gjennomføre en vurdering av personvernkonsekvenser (DPIA) som en del av lovgivningsprosessen.

Artikkel 17 nr. 1 sier at tilbydere av nettbaserte innholdsdelingstjenester foretar en overføring til allmennheten eller tilgjengeliggjøring for allmennheten når de gir offentlig tilgang til opphavsrettslige beskyttede verk eller annet beskyttede arbeid som lastes opp av deres brukere. Dette er en utvidelse av eneretten sammenlignet med hvordan opphavsdirektivet artikkel 3 har blitt praktisert.

Tilbydere av nettbasert innholdsdelingstjenester er definert i artikkel 2 nr. 6 til å være en «(...) tilbyder av en informasjonssamfunnstjeneste der det viktigste eller ett av de viktigste formålene er å lagre og gi offentlig tilgang til en stor mengde opphavsrettslig beskyttede verker eller andre beskyttede arbeider som er lastet opp av dens brukere, som den

organiserer og fremmer med økonomisk vinning som formål (...)». Samtidig avskjærer artikkel 17 de samme tilbyderne fra å bruke ansvarsfritaket nedfelt i direktiv 2000/31/EF (e-handelsdirektivet) artikkel 14 nr. 1.

I henhold til artikkel 17 skal tilbyderen gjøre sitt ytterste for å innhente tillatelser fra rettighetshaver. Dersom det likevel skjer en uautorisert overføring av innhold via en tilbyder, er tilbydernes ansvarsfrihet i digitalmarkedsdirektivet betinget av artikkel 17 nr. 4.

Én av forpliktelsene som må etterleves for å bli ansvarsfri er å handle raskt etter å ha fått beskjed fra rettighetshaverne om å fjerne eller deaktivert tilgangen til verkene eller andre beskyttede arbeid. I tillegg må tilbyderne gjøre sitt ytterste for å hindre framtidig opplastning av det beskyttede materialet. Til forskjell fra e-handelsdirektivets *ex-post* system hvor tilbyderen er ansvarsfri så fremt innholdet blir fjernet etter at tilbyderen får kunnskap om at innholdet utgjør en opphavsrettslig krenkelse, pålegges altså tilbyderne i digitalmarkedsdirektivet artikkel 17 nr. 4 bokstav c i tillegg en *ex-ante* forpliktelse til å forhindre *framtidig* opplastning av det beskyttede materialet. Denne innsatsen skal gjøres i samsvar med høye bransjestandarder for yrkesmessig aktsomhet.

Det fremgår av artikkel 17 at direktivet ikke skal medføre noen form for identifikasjon av enkeltbrukere eller behandling av personopplysninger, unntatt i samsvar med, blant annet, forordning (EU) 2016/679 (personvernforordningen). I tillegg bemerker artikkel 28 i direktivet at behandling av personopplysninger også skal skje i samsvar med, blant annet, personvernforordningen. Det fremgår videre av artikkel 17 nr. 8 at bestemmelsen ikke skal innebære noen generell overvåkningsforpliktelse.

Til tross for dette er vi bekymret for hvilke konsekvenser en forpliktelse om å forhindre fremtidige opplastninger etter artikkel 17 nr. 4 bokstav c kan ha for personvernet til brukerne av disse nettbaserte innholdsdelingstjenestene.

Personvernforordningen kommer til anvendelse ved, blant annet, helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger. Personopplysninger er i personvernforordningen artikkel 4 nr. 1 definert som enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person. EU-domstolen har tolket dette bredt, jf. *Breyer (2016) (C-582/14)* og *Nowak v Data Protection Commissioner (2017) (C-434/16)*, hvor henholdsvis en dynamisk IP-adresse og en ikke-navngitt eksamensbesvarelse ble regnet som personopplysninger på bakgrunn av muligheten for indirekte identifisering. Dette innebærer at de opphavsrettslige verkene i seg selv, brukerinformasjoner, metadata og annet brukergenerert innhold vil kunne anses som personopplysninger.

Det fremgår ikke av direktivet hvilke tiltak og hjelpemidler man ser for seg at tilbyderne skal benytte for å hindre fremtidige opplastninger av det beskyttede materialet, og det er derfor opp til den enkelte tilbyder å selv vurdere hvilke kontrollmekanismer og metode som skal implementeres for å oppfylle kravene.

I direktivets opprinnelige versjon, i artikkel 13 (som tilsvarer dagens artikkel 17), fulgte det eksplisitt av ordlyden at et relevant og egnet tiltak vil være å implementere «content

recognition technologies».¹ Selv om denne henvisningen til filtreringsteknologi er fjernet i det endelige direktivet, og dermed at direktivet ikke formelt gir anvisning på at slike teknologiske tiltak er nødvendig, kan man likevel stille spørsmålsteget ved om tilbydernes forpliktelse til å aktivt fjerne og blokkere fremtidig opplastning av uautorisert innhold i praksis er mulig uten implementering av slik teknologi.

I den forbindelse viser vi til den enorme mengden innhold som blir lastet opp hvert eneste minutt på mange av disse tjenestene.² Det er sannsynligvis ingen vei utenom at tilbyderne må utvikle eller benytte kompleks og automatisert filtreringsteknologi for at de skal kunne oppfylle sine forpliktelser etter artikkel 17. nr. 4 bokstav b og c.

Det teknologiske systemet må være i stand til å gjøre en inngående analyse og behandling av materialet som forsøkes opplastet på tjenesten. For det første må systemet være i stand til å sammenligne det brukeren ønsker å laste opp med hva som tidligere har blitt meldt inn som beskyttet materiale. For det andre må systemet også ta i betraktning den bredere konteksten av hva brukerne laster opp. Årsaken til dette er at systemet må sørge for at brukere fortsatt får benytte unntakene knyttet til sitater, kritikker, anmeldelser, karikatur, parodi og pastisj, jf. artikkel 17 nr. 7.

Som nevnt vil denne inngående analysen kunne medføre behandling av et betydelig volum av personopplysninger. Det kan heller ikke utelukkes at systemet vil måtte benytte øvrig data, og da muligens personopplysninger, fra tredjeparter for blant annet å ta stilling til om det som ønskes opplastet faller innenfor unntaket for parodier.

For øvrig vil tilbyderne kunne argumentere med at de har behandlingsgrunnlag for å utføre denne behandlingen, og dermed innføre et slikt system, når loven som gjennomfører artikkel 17 blir implementert. Årsaken til dette er at loven som gjennomfører direktivet vil kunne utgjøre et supplerende rettsgrunnlag, jf. artikkel 6 nr. 1 bokstav c, for disse tilbyderne. Det fremgår av forarbeidene til personopplysningsloven, Prop. 56 LS (2017-2018), at det i utgangspunktet er tilstrekkelig at det supplerende rettsgrunnlaget pålegger den behandlingsansvarlige en rettslig forpliktelse som det er nødvendig å behandle personopplysninger for å oppfylle. Dette er i samsvar med hvordan Personvernemnda har praktisert kravet om supplerende rettsgrunnlag.³

Det fremstår nærliggende at tilbyderne vil være forpliktet til å gjennomføre en DPIA i henhold til artikkel 35 før de begynner å ta i bruk et slikt system.⁴ Siden alle disse tilbyderne i utgangspunktet må gjennomføre en individuell DPIA, mener vi at lovgiver bør vurdere muligheten for at det istedenfor gjennomføres en DPIA som en del av lovgivningsprosessen, til tross for at dette ikke er en forpliktelse som medlemsstatene har, jf. personvernforordningen artikkel 35 nr. 10. Dette poenget forsterkes ytterligere da det ikke er

¹ Proposal For A Directive Of The European Parliament And Of The Council On Copyright In The Digital Single Market, 14. September 2016

² <https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/>

³ PVN-2020-13

⁴ På grunn av at det, blant annet, fremstår sannsynlig at de må ta i bruk ny teknologi, samt at systemet vil behandle personopplysningene til mange mennesker, jf. artikkel 35 og fortalepunkt 91

noen utfyllende detaljer om hvordan tilbyderne skal oppfylle forpliktelsene pålagt dem etter artikkel 17 nr. 1 bokstav c.

I noen tilfeller vil innføringen av et slikt system også kunne tenkes å aktualisere personvernforordningen artikkel 22. I henhold til artikkel 22 har den registrerte rett til å ikke bli utsatt for en avgjørelse som er utelukkende basert på automatisert behandling som har rettsvirkninger for vedkommende eller som på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende. Dette inkluderer profilering, men er ikke begrenset til dette.

Systemet må være i stand til å foreta en vurdering før brukerne får lastet opp innholdet, og deretter fatte en avgjørelse av om brukeren skal få lov til å laste opp det aktuelle innholdet eller ikke. Denne avgjørelsen vil trolig i de fleste tilfeller utelukkende være basert på automatisert behandling, jf. artikkel 22 nr. 1. For mange individer er tilgang og mulighet for å laste opp innhold på de store nettbaserte innholdsdelingstjenestene helt avgjørende for deres inntekt, og utfallet av avgjørelsene som systemet tar vil derfor kunne være utslagsgivende for deres økonomiske situasjon. Det kan derfor tenkes at noen av avgjørelsene i betydelig grad vil kunne påvirke vedkommende som ønsker å laste opp innhold, jf. artikkel 22 nr. 1.⁵

Forbudet i artikkel 22 nr. 1 får imidlertid ikke anvendelse dersom avgjørelsen tillates i unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett. En forutsetning for dette er at unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett fastsetter egnede tiltak for å verne den registerets rettigheter, friheter og berettigede interesser.⁶ For øvrig vil heller ikke forbudet i artikkel 22 nr. 1 være aktuelt dersom avgjørelsen er nødvendig for å inngå eller oppfylle en avtale mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, samt dersom det er basert på den registrertes uttrykkelige samtykke.

At behandlingen muligens vil kunne aktualisere artikkel 22 underbygger videre behovet for å gjennomføre en DPIA i forbindelse med lovgivningsprosessen. Datatilsynet er tilgjengelig dersom det er ønskelig med ytterligere informasjon eller dersom det er behov for at vi bistår i prosessen for øvrig.

Med vennlig hilsen

Jørgen Skorstad
avdelingsdirektør, jus

Carl Emil Bull-Berg
juridisk rådgiver

Sindre Dyrhovden
juridisk rådgiver

⁵ I Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, side 22 gir 29-Working Party et eksempel på avgjørelser som kan falle innenfor denne kategorien: «decisions that affect someone's financial circumstances, such as their eligibility to credit»

⁶ Se personvernforordningens foralepunkt 71

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen håndskrevne signaturer