



INTERNATIONELLA  
HANDELSHÖGSKOLAN  
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

# Säkerställande av upphovsrättigheter:

Kan en Internetleverantör åläggas att blockera sina kunders tillgång till tjänster/webbsidor som används för att begå upphovsrättsintrång?

Kandidatuppsats inom affärsjuridik (Immaterialrätt)

Författare: Ellinor Sanderson

Handledare: Roger Sandberg

Framläggningsdatum 2012-05-14

Jönköping maj 2012

## Kandidatuppsats inom affärsjuridik (Immaterialrätt)

Titel: Säkerställande av upphovsrättigheter: Kan en Internetleverantör åläggas att blockera sina kunders tillgång till tjänster/webbsidor som används för att begå upphovsrättsintrång?

Författare: Ellinor Sanderson

Handledare: Roger Sandberg

Datum: 2012-05-14

Ämnesord **Upphovsrätt, immateriella rättigheter, censurförbudet, Internetleverantör, blockera, vitesförbud, interimistiskt vitesförbud.**

---

### Sammanfattning

Informationsplattformen Internet har blivit som en självklarhet för många. Dock har den tekniska utvecklingen medfört omfattande upphovsrättsintrång på Internet och utmaningen att komma till rätta med problemet utgör främst fall där Internetleverantörer eller så kallade mellanhänder av teknikens hjälp endast tillhandahåller uppkoppling till nätet. Med anledning av att Internetleverantörers tjänster utnyttjas av kunder för att begå intrång kan det diskuteras huruvida det är möjligt och eftersträvt att ålägga dessa leverantörer en blockeringskyldighet för att begränsa åtkomsten av Internet. Vitesförbudsbestämmelsen 53 b § i upphovsrättslagen och även annan reglering ger begränsat utrymme för att meddela förelägganden mot mellanhänder i den utsträckning som torde vara önskvärd utifrån den olagliga verksamhet som förekommer på Internet. Med stöd av 53 b § har Internetleverantörer förbjudits att tillhandahålla uppkoppling till tjänster som används på ett sätt som innebär upphovsrättsintrång. Domstolen är uppenbart medveten om att ”förbjuda uppkoppling” respektive ”blockera” endast innebär en hårfin skillnad. Även i den situation när tjänsten kommer ifrån ett land utanför EU och torde vara laglig i det landet verkar heller inte påverka svaret på frågan. Det *kan* anses att EU-rätten talar för en mer generös tolkning med hänsyn till exempelvis ett nyligen avgjort mål från Storbritannien. Dock framgår det av EU-rättspraxis att nationell domstol inte tillåts att i förebyggande syfte och utan utredning om intrång framtvunga blockering eller införande av filtreringssystem. En annan frågeställning som aktualiseras är om en möjlig censur av Internet kan anses förenlig med censurförbudet i grundlagarna och om ett åläggande kan anses förenligt med förbudet för medlemstaterna att ålägga en allmän övervakningsskyldighet för tjänsteleverantörer.

## Bachelor Thesis in Commercial and Tax law (Intellectual Property law)

Titel: Enforcement of copyrights: Can an ISP be imposed to block its customers' access to services/websites that are used to commit copyright infringement?

Författare: Ellinor Sanderson

Handledare: Roger Sandberg

Datum: 2012-05-14

Ämnesord **Copyright, intellectual property rights, censorship, ISP, block, injunction, interimistic injunction.**

---

### Abstract

Internet as a platform for information has become as obvious to many. However, technological developments have resulted in widespread copyright infringement on the Internet and the challenge to deal with the problem are mostly cases where Internet service providers (ISPs) or known as intermediaries by using technology only provides connectivity to the Internet. As a result of those ISPs whose services are utilized by customers to infringe, it may be arguable whether it is possible and pursued to impose these suppliers a blockage obligation to limit access of the Internet. The rule of injunction § 53 b of the copyright law and other regulations provide limited scope for injunctions against intermediaries to the extent as would be desirable from the illegal activities on the Internet. According to § 53 b, the ISPs are banned from providing access to services that are used in a way that constitutes copyright infringement. The Court is obviously aware of the subtle difference between “prohibit access” and “block”. Even in the situation when the service comes from a country outside the EU and could probably be legal there does not seem to affect the response to the question. It *may* be considered that EU law could points out a more generous interpretation regarding, for example, a recently determined case from the UK. However, it appears from the EU law that national courts are not allowed to force blocking or introduction of filtering system only in order to prevent a future infringe and without investigation of such an infringe. Another question that arises is whether a possible censorship *of* the Internet can be considered as consistent with the censorship ban in the constitutions and whether an injunction may be considered compatible with the prohibition for Member States to impose a general monitoring obligation on service providers.

# Innehåll

<b>1</b>	<b>Inledning .....</b>	<b>1</b>
1.1	Bakgrund.....	1
1.2	Syfte och avgränsning.....	2
1.3	Metod och material.....	3
1.4	Disposition.....	4
<b>2</b>	<b>EU-rätt .....</b>	<b>5</b>
2.1	Bakgrund.....	5
2.1.1	Upphovsrättsdirektivet .....	5
2.1.2	Sanktionsdirektivet/IPRED.....	6
2.2	Förelägganden mot mellanhänder.....	7
2.2.1	Upphovsrättsdirektivet .....	7
2.2.2	Sanktionsdirektivet/IPRED.....	7
2.3	Interimistiska åtgärder i sanktionsdirektivet/IPRED.....	8
2.4	E-handelsdirektivet.....	9
2.4.1	Allmänt.....	9
2.4.2	Ansvarsbegränsningar för mellanhänder .....	10
2.4.3	Avsaknad av allmän övervakningsskyldighet.....	12
<b>3</b>	<b>Svensk gällande rätt.....</b>	<b>14</b>
3.1	Upphovsrätt på Internet.....	14
3.2	Slutliga vitesförbud .....	16
3.3	Förelägganden mot mellanhänder.....	17
3.4	Interimistiska vitesförbud.....	20
3.5	Ansvarsfrihet i e-handelslagen .....	23
3.6	Skyldighet för bedrivandet av elektroniska anslagstavlor .....	25
3.7	Försök eller förberedelse till intrång .....	26
3.8	Censurförbudet.....	27
3.8.1	Allmänt.....	27
3.8.2	Tryckfrihetsförordningen .....	29
3.8.3	Yttrandefrihetsgrundlagen .....	29
3.8.4	Upphovsrätt och grundlagarna .....	30
<b>4</b>	<b>Analys .....</b>	<b>32</b>
4.1	Bakgrund till problemet.....	32
4.2	Kan förelägganden överhuvudtaget meddelas? .....	32
4.3	Tredje land .....	35
4.4	Finns det ett behov? .....	35
4.5	Förenligt? .....	36
4.5.1	Censurförbudet i TF och YGL.....	36
4.5.2	Förbud mot allmän övervakningsskyldighet i e-handelsdirektivet .....	37
4.6	Slutsats .....	38
	<b>Referenslista .....</b>	<b>41</b>

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Föreställningen om att Internet är ett ”laglöst land”, där inga rättsregler är tillämpliga, verkar vara främmande för de flesta idag enligt Justitiedepartementet. Att Internet ska omfattas av reglerna som gäller för samhället i övrigt verkar de flesta vara överens om. Då Internet inte kan sägas vara laglöst medför den nya tekniken att juridiska problem ökar i omfattning eller ställs på sin spets och att nya juridiska problem uppstår.<sup>1</sup> Upphovsrättsintrång på Internet har blivit en allt viktigare fråga. Upphovsrätten och de till upphovsrätten närstående rättigheterna har blivit mer gränsöverskridande genom informationssamhällets framväxt och med hjälp av dagens teknik går det enkelt och snabbt att åstadkomma perfekta kopior av immaterialrättsligt skyddade produkter och överföra dessa till hela världen.<sup>2</sup> Det har bidragit till olaglig verksamhet på Internet. Svåraste fallen att komma till rätta med problemet om olaglig fildelning är sådana som sker med en speciell teknik (”peer-to-peer”) där Internetleverantörerna använder sig av ren vidarebefordran, det vill säga tillhandahåller uppkoppling, som kan förhindra intrång.<sup>3</sup> Internetleverantörernas kunder får tillgång till det upphovsrättsligt skyddade materialet genom tillhandahållandet av nätet och begår intrång i upphovsmännens rättigheter. Enligt upphovsmännen behöver åtgärder vidtas för att säkerställa rättigheterna till verken och att Internetleverantörer ska ta sitt ansvar och blockera Internettillgången då den används för att begå intrång. På EU-nivå finns viss reglering avseende tillåtna åtgärder vid immaterialrättsintrång som begås på Internet. Bland annat möjliggör EU-rätten att rikta förelägganden mot intrångsgörare och mellanhänder (=de som överför eller lagrar information som lämnats av andra)<sup>4</sup> för att hindra att intrång begås, vilket följer av det så kallade upphovsrättsdirektivet<sup>5</sup> och det så kallade sanktionsdirektivet<sup>6</sup>. Av bland annat den anledningen har vissa medlemsstater regler som möjliggör att ålägga

---

<sup>1</sup> Ds 2001:13 s. 32.

<sup>2</sup> Prop. 2004/05:110 s. 352.

<sup>3</sup> Ds 2007:29 s. 352.

<sup>4</sup> Prop. 2001/02:150 s. 1.

<sup>5</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

<sup>6</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

Internetleverantörer att blockera sina kunders tillgång till tjänster/webbsidor som används för att begå intrång, vilket medför en inskränkning i kunders tillgång till Internet. På det här sättet har alltså Internetleverantörer begränsat åtkomsten av Internet. Men hur ser det ut i Sverige? Är det möjligt att ålägga en Internetleverantör att blockera sina kunders tillgång till tjänster/webbsidor som används för upphovsrättsintrång? Förefaller det annorlunda i den situation när tjänsten/webbsidan är uppkopplad till Internet från tredje land? Enligt den svenska regleringen i 53 b § i lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen) kan domstolen vid vite förbjuda den som vidtar eller medverkar till intrånget att fortsätta med det. Domstolen får även besluta ett så kallat interimistiskt vitesförbud som gäller för tiden intill dess att målet slutligen har avgjorts, om vissa förutsättningar är uppfyllda. Bestämmelsen om interimistiskt vitesförbud har bland annat tillämpats av Svea hovrätt i två beslut från 2010. En annan fråga är huruvida censur av Internet, att ålägga en Internetleverantör en blockeringskyldighet, är förenlig med bestämmelsen om ett förbud mot allmän övervakningsskyldighet i det så kallade e-handelsdirektivet<sup>7</sup> och censurförbudet i tryckfrihetsförordningen (1949:105) (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469) (YGL).

## 1.2 Syfte och avgränsning

Uppsatsen behandlar framförallt frågeställningen:

- Kan en Internetleverantör åläggas att blockera sina kunders tillgång till tjänster/webbsidor som används för att begå upphovsrättsintrång?

Frågeställningar som diskuteras mot bakgrund av den ovan anförda frågan är:

- Möjliggör den svenska regleringen förelägganden överhuvudtaget? Vad talar för respektive emot en blockering respektive en blockeringskyldighet? Och blir svaret på frågan annorlunda i den situation när tjänsten/webbsidan är uppkopplad till Internet från tredje land?
- Finns det ett behov av att kunna ålägga Internetleverantörer en skyldighet att blockera?

---

<sup>7</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel").

- Skulle det vara förenligt med artikel 15.1 i e-handelsdirektivet och censurförbudet i TF och YGL att ålägga en blockeringskyldighet för Internetleverantörer vars tjänster utnyttjas av kunder för att begå upphovsrättsintrång?

Uppsatsen avgränsas till upphovsrättsintrång och fokus ligger på vitesförbudet i 53 b § i upphovsrättslagen. Straffrättsligt medverksansvar och The Pirate Bay målet kommer inte att behandlas i uppsatsen såvida det inte är intressant för framställningen. Utgångspunkten löpande i uppsatsen är att utreda svensk gällande rätt när det kommer till upphovsrätt. De relevanta bestämmelserna i EU-direktiven utgör en grund för framställningen av den svenska gällande rätten. Kopplingen mellan den relevanta EU-rätten och den svenska rätten är i sig också en avgränsning. Andra internationella överenskommelser och konventioner tas inte heller upp. Avtalsrättsliga spörsmål, bland annat med anledning av lag (2003:389) om elektronisk kommunikation som framhålls i en artikel, kan också föras inom ramen för uppsatsen. Dock *kan* sådana diskussioner leda till att det inte finns något juridiskt problem, då avtalet på en fri marknad reglerar förhållandet mellan Internetleverantörer och dess användare och kan föreskriva en rättighet för Internetleverantören att ingripa vid upphovsrättsintrång,<sup>8</sup> varför det också avgränsas. Det utesluter dock inte att sådana inslag kan förekomma för att kunna föra analysen framåt.

### 1.3 Metod och material

EU-direktiv är en viktig utgångspunkt för uppsatsen då den svenska rätten på området i huvudsak motsvaras av dessa bestämmelser. Framför allt behandlas artikel 8 i upphovsrättsdirektivet, artiklarna 9 och 11 i sanktionsdirektivet och artiklarna 12-15 i e-handelsdirektivet. Avgöranden på EU-nivå kommer också att användas för att belysa tillämpningen av den aktuella EU-rätten. För att förstå bakgrunden till tillkomsten av direktiven och för att sätta de aktuella bestämmelserna i ett sammanhang används också ingressen till direktiven. För att den svenska regleringen ska få större utrymme, dels med hänsyn till frågorna som utgör uppsatsen och dels för att skapa en starkare koppling mellan EU-rätten och den svenska rätten, har förarbeten även används vid framställningen av EU-rätten. Vid behandlingen av EU-rätten ligger fokus på e-handelsdirektivet för att få en bättre utgångspunkt för analysen. För att få en allsidig belysning i analysen på problemet har ett mål från Storbritannien används, men *endast* i syfte att framhålla frågan ”varför kan andra medlems-

---

<sup>8</sup> Olsson R, Anders, Filtrering av Internet, JT 2006-07 s. 470 ff.

stater och inte Sverige”? När det gäller behandlingen av den svenska gällande rätten har framförallt lagstiftning och förarbeten används. Men även rättspraxis och ett beslut från Justitiekanslern har används. För att veta hur den aktuella vitesförbudsbestämmelsen i upphovsrättslagen ska tillämpas har två Svea hovrätts beslut fått större utrymme i uppsatsen. Med anledning av Svea hovrätts beslut tas även ett av tingsrättens avgöranden i frågan upp men bara för att belysa att argumentationen är avgörande för besluten. Utgångspunkten för uppsatsen är svensk gällande rätt på upphovsrättens område. Gemensamma bestämmelser för immateriella rättigheter och bestämmelser som berör generellt immateriella rättigheter tas endast upp i syfte att klargöra för upphovsrätten. Doktrin, litteratur och en artikel fyller bara en kompletterande och förklarande funktion i uppsatsen. Materialet analyseras sedan utifrån de frågeställningar som utgör uppsatsen. Analysen inleds med en slags introduktion för att belysa bakgrunden till problemet. Slutsatsen är en sammanfattning av analysen och en avslutande kommentar som innehåller tydliga och kortfattade svar på frågeställningarna.

## **1.4 Disposition**

För att få en djupare förståelse för den svenska regleringen är först en genomgång av relevant EU-rätt motiverad. Svensk gällande rätt utreds och analyseras sedan mot bakgrund av EU-rätten för att först besvara fråga om föreläggande överhuvudtaget kan meddelas och sedan om föreläggande kan meddelas i den situation när tjänsten/webbsidan är uppkopplad till Internet från tredje land. I detta sammanhang kommer även frågan om det finns ett behov av att kunna ålägga Internetleverantörer denna skyldighet diskuteras. Den fortsatta analysen får sedan avgöra och därmed besvara frågeställningen om att ålägga Internetleverantörer en blockeringskyldighet för sådana tjänster/webbsidor som används för att begå upphovsrättsintrång kan anses förenligt med artikel 15.1 i e-handelsdirektivet och censurförbudet i TF och YGL. Efter analysen följer en slutsats.



## 2 EU-rätt

### 2.1 Bakgrund

#### 2.1.1 Upphovsrättsdirektivet

Bakgrunden till upphovsrättsdirektivet är att utvecklingen av den digitala tekniken har, på ett helt annat sätt idag, medfört att upphovsrättsligt skyddade verk snabbt och enkelt kan kopieras och överföras mellan olika länder, exempelvis via nätverket Internet.<sup>9</sup> Det kan sägas att utvecklingen går mot gränsöverskridande utnyttjande av verk och även verksamheter över nationsgränserna.<sup>10</sup> Upphovsrättsdirektivet baserar sig på två internationella fördrag som antogs av FN:s organ för immaterialrätt, World Intellectual Property Organisation (WIPO) 1996.<sup>11</sup> Det framhålls av europeiska rådet vid sitt möte i Korfu 1994 att det finns behov av att på gemenskapsnivå skapa allmänna och flexibla rättsliga ramar för att främja utvecklingen avseende informationssamhället i Europa.<sup>12</sup> Skäl som framhålls i ingressen till direktivet är bland annat de rättsliga skillnader i skyddet av immaterialrättigheter och i inskränkningar av den fria rörligheten för varor och tjänster som blir en följd av att lagstiftningsarbete på nationell nivå har inletts för att svara mot de tekniska utmaningarna.<sup>13</sup> Det är även viktigt för att på ett tillfredställande sätt kunna svara mot den ekonomiska verkligheten, som exempelvis nya utnyttjandeformer, som den gällande lagstiftningen om upphovsrätt och närstående rättigheter bör anpassas och kompletteras.<sup>14</sup> På senare år har utvecklingen i EU och Sverige gått mot mer effektiva sanktioner mot immaterialrättsintrång. För att rättighetshavare ska tillförsäkras skydd för sina ensamrätter är ett effektivt sanktionssystem av stor betydelse för samhället.<sup>15</sup> Upphovsrättsdirektivet avser därför det rättsliga skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter, med betoning på informationssamhälle, vilket framgår av artikel 1.1 i samma direktiv. Direktivet ger också upp-

---

<sup>9</sup> Prop. 2004/05:110 s. 1.

<sup>10</sup> Jmf beaktandesats 31 i direktiv 2001/29/EG.

<sup>11</sup> Beaktandesats 15 i direktiv 2001/29/EG och prop. 2004/05:110 s. 1.

<sup>12</sup> Beaktandesats 2 i direktiv 2001/29/EG.

<sup>13</sup> Beaktandesats 6 i direktiv 2001/29/EG.

<sup>14</sup> Beaktandesats 5 i direktiv 2001/29/EG.

<sup>15</sup> Bernitz, Ulf, med flera, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, Jure förlag AB 2009 s. 384.

hovsmännen ensamrätt att överföra sina verk till allmänheten, vilket bör förstås i vid mening och således omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker. Enskilda kan på så sätt få tillgång till verken från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.<sup>16</sup>

### **2.1.2 Sanktionsdirektivet/IPRED**

Ett övergripande skäl till skapandet av sanktionsdirektivet är att säkerställa skyddet för immateriella rättigheter enligt artikel 1. Syftet är att närma medlemsstaternas lagstiftningar till varandra för att uppnå en hög, likvärdig och enhetlig skyddsnivå för immateriella rättigheter på den inre marknaden.<sup>17</sup> Det framhålls i skälen till sanktionsdirektivet att immaterialrättsintrång alltmer verkar vara kopplad till organiserad brottslighet. Den ökande användningen av Internet möjliggör spridning av piratkopior över hela världen bara på ett ögonblick.<sup>18</sup> Enligt artikel 2 ska sanktionsdirektivet tillämpas på alla intrång i immateriella rättigheter som skyddas av gemenskapsrätten och/eller den aktuella medlemsstatens nationella rätt. I artikel 1 kan hittas vägledning av vad som avses med ”immateriella rättigheter”. Det förskrivs där att uttrycket även omfattar det industriella rättsskyddet. EU-kommissionen har uttalat sig om vad som avses med ”immaterialrätt” i denna artikel efter begäran av vissa medlemsstater som hävdade att uttrycket på deras språk ofta användes som en synonym till upphovsrätt.<sup>19</sup> Det erinras i artikel 2.2 om att direktivet inte ska påverka tillämpningen av särskilda bestämmelser och undantag i gemenslagslagstiftningen om säkerställande av skyddet för upphovsrätt eller närstående rättigheter och i synnerhet inte artiklarna 2-6 och 8 i upphovsrättsdirektivet. Det framgår vidare i artikel 3 a) att direktivet inte heller ska påverka de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som reglerar den materiella delen av immaterialrätten och i synnerhet inte artiklarna 12-15 i e-handelsdirektivet.

---

<sup>16</sup> Beaktandesats nr 23 och 25 i direktiv 2001/29/EG och prop. 2004/05:110 s. 1.

<sup>17</sup> Beaktandesats 10 i direktiv 2004/48/EG och prop. 2008/09:67 s. 1.

<sup>18</sup> Beaktandesats 9 i direktiv 2004/48/EG och prop. 2008/09:67 s. 88.

<sup>19</sup> Prop. 2008/09:67 s. 88.

## 2.2 Förelägganden mot mellanhänder

### 2.2.1 Upphovsrättsdirektivet

I artikel 8 återfinns bestämmelser om sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder, som de enskilda medlemsstaterna ska se till att de finns. Enligt artikel 8.1 ska det finnas lämpliga sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder vid intrång i de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i upphovsrättsdirektivet och det ska även vidtas alla åtgärder som krävs för att säkerställa att sanktionerna och möjligheterna att vidta rättsliga åtgärder tillämpas. Effektivt, proportionellt och avskräckande är egenskaper hos lämpliga sanktioner som ska eftersträvas. I ökande grad har en tredje part kunnat utnyttja de tjänster som mellanhänder tillhandahåller i den digitala miljön för att begå intrång. I många fall har mellanhänder de största möjligheterna att stoppa intrång som begås av tredje parten. Rättighetshavaren som utsätts för intrång av sin rättighet bör därför ha möjlighet att begära ett föreläggande mot en mellanhand som i ett nät förmedlar intrång i ett skyddat verk eller alster för en tredje mans räkning i ett nät, utan att andra möjligheter att vidta rättsliga åtgärder påverkas.<sup>20</sup> Mot bakgrund av det nu anförda föreskriver artikel 8.3 att medlemsstaterna ska se till att rättighetshavare har möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet. Begreppet ”mellanhand” i den sistnämnda artikeln i upphovsrättsdirektivet ska även omfatta en accessleverantör som endast ger användare tillträde till Internet utan att erbjuda några andra tjänster, bland annat e-post, FTP eller en fildelningstjänst, och utan att utöva en rättslig eller faktisk kontroll över den använda tjänsten.<sup>21</sup>

### 2.2.2 Sanktionsdirektivet/IPRED

De behöriga rättsliga myndigheterna får utfärda ett föreläggande mot intrångsgöraren med förbud att fortsätta intrånget när de har fastställt att ett intrång har begåtts i en immateriell rättighet, vilket artikel 11 föreskriver. Om det enligt nationell lagstiftning föreskrivs så ska föreläggandet, där det förefaller lämpligt, förenas med vite för att säkerställa efterlevnad. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 8.3 i upphovsrättsdirektivet, ska medlemsstaterna även se till att rättighetshavaren har möjlighet att begära ett föreläggande mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång i en immateriell rättighet.

---

<sup>20</sup> Beaktandesats 59 i direktiv 2001/29/EG.

<sup>21</sup> Mål C-557/07 punkt 46.

Med andra ord uppställer artikel 11 en rätt för domstolen att kunna förbjuda fortsatt intrång om domstolen i sitt slutliga avgörande kommer fram till att det har begåtts ett intrång i en immateriell rättighet. Ett sådant förbud får även sanktioneras med vite.<sup>22</sup>

### 2.3 Interimistiska åtgärder i sanktionsdirektivet/IPRED

I artikel 9.1 finns det bestämmelser om interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder som medlemsstaterna ska rätta sig efter. Enligt artikel 9.1 a) får de behöriga rättsliga myndigheterna på sökandens begäran utfärda ett interimistiskt föreläggande mot den påstådda intrångsgöraren i syfte att hindra ett ”omedelbart förestående immaterialrättsintrång” eller tillfälligt förbjuda, vid behov förenat med vite om nationell lagstiftning reglerar det, en fortsättning av det påstådda intrånget eller göra en fortsättning avhängig av ställande av säkerhet för ersättning till rättighetshavaren. Det framgår inte närmare i direktivet om vad som avses med ”omedelbart förestående immaterialrättsintrång”.<sup>23</sup> Ett interimistiskt föreläggande får även utfärdas på samma villkor mot en mellanhand som förmedlar tjänster till en tredje man som i sin tur utnyttjar tjänsten för att begå intrång i en immaterialrättighet. Det erinras i bestämmelsen om att sådana förelägganden vid intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet omfattas av upphovsrättsdirektivet. Tillhandahållandet av interimistiska åtgärder anser EU nödvändigt för att göra det möjligt att omedelbart få stopp på ett intrång i en immaterialrättighet utan att invänta ett avgörande i sakfrågan. För att rätten till försvar ska iakttagas ska dessa åtgärder vara proportionerliga i förhållande till omständigheterna i det enskilda fallet och tillräcklig säkerhet ska ställas för att täcka svarandens kostnader och skada om ansökan senare skulle visa sig vara ogrundad.<sup>24</sup> Av samma artikel i punkt b) följer att för att förhindra att varor införs eller omsätts på marknaden som ligger bakom intrång i en immaterialrättighet, får de behöriga rättsliga myndigheter på sökandens begäran även besluta om beslag eller överlämnande av varor som misstänkts för att göra sådana intrång. Samtliga åtgärder enligt det ovan anförda ska kunna vidtas, där de förefaller lämpligt, utan att motparten hörts, särskilt i det fall där dröjsmål skulle orsaka rättighetshavaren irreparabel skada.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Prop. 2008/09:67 s. 90.

<sup>23</sup> Prop. 2008/09:67 s. 200.

<sup>24</sup> Beaktandesats 22 i direktiv 2004/48/EG.

<sup>25</sup> Beaktandesats 22 i direktiv 2004/48/EG och prop. 2008/09:67 s. 90.

Sammanfattningsvis kan sägas att artiklarna 9.1 och 11 i sanktionsdirektivet samt artikel 8.3 i upphovsrättsdirektivet framhåller bland annat möjligheten att rikta förelägganden mot in-trångsgörare och mellanhänder för att hindra att immaterialrättsintrång begås. Artikel 11 i sanktionsdirektivet är i princip identisk med artikel 8.3 i upphovsrättsdirektivet vad gäller möjligheten att begära förelägganden mot mellanhänder. Förelägganden mot mellanhänder på det industriella rättsskyddsområde regleras på samma sätt som på det upphovsrättsliga området, vilket är avsett med artikel 11 i sanktionsdirektivet.<sup>26</sup>

## **2.4 E-handelsdirektivet**

### **2.4.1 Allmänt**

Införandet av e-handelsdirektivet ska ses mot bakgrund av framfarten av elektronisk handel som har kommit att bli ett av de potentiellt mest betydelsefulla användningsområdena för den moderna informationstekniken. Nya affärsmöjligheter skapas genom handeln över Internet samtidigt som den elektroniska handeln bidrar till lägre administrationskostnader. Både företag och privatpersoner ges omedelbar tillgång till en stor del av världsmarknaden.<sup>27</sup> Ett huvudsakligt skäl till direktivet föreskrivs vara mer specifikt att utvecklingen av den elektroniska handeln inom informationssamhället erbjuder ökad sysselsättning, i synnerhet i små och medelstora företag, bidrar till ekonomisk tillväxt och kan även öka den europeiska industrins konkurrenskraft under förutsättning att Internet blir tillgängligt för alla. Direktivet kommer därför undanröja att utvecklingen hämmas av rättsliga hinder såsom skillnader i medlemsstaters lagstiftning och en rättslig osäkerhet av tillämpningen på informationssamhällets tjänster i den nationella lagstiftningen.<sup>28</sup> I artikel 1.1 framgår det övergripande syftet med e-handelsdirektivet, vilket är att säkerställa den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster mellan medlemsstaterna. Det framhålls vidare som ett skäl till direktivet att en viktig förutsättning är att gemenskapens medborgare och operatörer ska kunna utnyttja de möjligheter som informationssamhällets tjänster erbjuder till fullo.<sup>29</sup> Ett annat skäl till skapandet av direktivet är att gemenskapens medborgares tillgång till det europeiska kulturarv som tillhandahålls i en digital miljö ska säkerställas under alla omstän-

---

<sup>26</sup> Prop. 2008/09:67 s. 194.

<sup>27</sup> Prop. 2001/02:150 s. 18.

<sup>28</sup> Beaktandesats 1, 2 och 5 i direktiv 2000/31/EG och prop. 2001/02:150 s. 24.

<sup>29</sup> Beaktandesats 3 i direktiv 2000/31/EG och prop. 2001/02:150 s. 24.

digheter.<sup>30</sup> Den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster kan ses i gemenskapsrätten som ett uttryck för den allmänna principen yttrandefrihet. Nationella grundläggande regler och principer som rör yttrandefrihet är inte avsedda att påverkas av direktivet.<sup>31</sup> Påföljder för överträdelse av nationella regler, som antas med tillämpning av direktivet, överläts till medlemsstaterna att själva bestämma enligt artikel 20.

När det kommer till tillämpningen av e-handelsdirektivet för tjänsteleverantörer i tredje land och för förhållandet mellan olika medlemsstater gäller i huvudsak följande. Direktivet bör inte tillämpas på tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer vilka är etablerade i tredje land. Dock bör gemenskapsregler överensstämma med internationella regler med hänsyn till den världsomspännande karaktär som den elektroniska handeln står för.<sup>32</sup> Dels för att den europeiska industrins konkurrenskraft inte ska påverkas negativt och dels för att innovativ verksamhet inom området inte ska hämmas måste, för att besvara utvecklingen av den elektroniska handeln, den rättsliga ramen vara klar, förutsebar och förenlig med internationella bestämmelser.<sup>33</sup> Samarbetet med tredje länder bör också stärkas.<sup>34</sup> Om tjänsteleverantören riktar hela eller största delen av sin verksamhet till en annan medlemsstat än där etableringsorten finns, kan inte den andra medlemsstatens lagstiftning därigenom kringgå vilket framkommer av EU-rättspraxis.<sup>35</sup>

## **2.4.2 Ansvarsbegränsningar för mellanhänder**

Av skälen till direktivet går att utläsa att tjänsteleverantörer som agerar mellanhänder i vissa fall har skyldighet att förebygga eller stoppa olaglig verksamhet. Snabba och tillförlitliga förfaranden som har till ändamål att avlägsna olaglig information och göra den otillgänglig för allmänheten bör utgöra grund för direktivet. Medlemsstaterna bör uppmuntra till metoder som bygger på frivilliga överenskommelser mellan berörda parter.<sup>36</sup> Genom e-handelsdirektivet tillsammans med upphovsrättsdirektivet fastställs ett tydligt regelverk för mellanhanders ansvar när det gäller intrång i upphovsrätten och närstående rättigheter på

---

<sup>30</sup> Beaktandesats 63 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>31</sup> Beaktandesats 9 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>32</sup> Beaktandesats 58 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>33</sup> Beaktandesats 60 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>34</sup> Beaktandesats 62 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>35</sup> Beaktandesats 57 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>36</sup> Beaktandesats 40 i direktiv 2000/31/EG.

gemenskapsnivå.<sup>37</sup> I artiklarna 12-15 i e-handelsdirektivet regleras tjänstelevererande mellanhanders juridiska ansvar för sådan information som dessa överför eller lagrar. Ansvarsbegränsningar för sådana mellanhänder föreskrivs i artiklarna 12-14. Bestämmelserna innebär huvudsakligen att mellanhänder som bedriver viss typ av verksamhet av rent teknisk karaktär inte ska göras ansvariga för sådan information som de vidarebefordrar eller lagrar.<sup>38</sup> Internettjänster som består av att agera i egenskap av en slags mellanhand i förhållandet mellan de som tillhandahåller tjänster och de som använder dem, får betydelse i e-handelsdirektivet då direktivet tar sikte på några sådana relevanta mellanhänder.<sup>39</sup> I artikel 12 regleras tjänsteleverantörers ansvar för så kallad *mere conduit* (enbart vidarebefordran). Ansvar för viss information i samband med överföring av information så kallad *caching* bestäms i artikel 13 och ansvaret vid tillhandahållande av lagringsutrymme för information så kallade *värdtjänster* framgår av artikel 14.<sup>40</sup> I ingressen till direktivet ges dessa ansvarsbegränsningar en närmare innebörd.<sup>41</sup> Ansvarsbegränsningarna behandlas för svensk rätts del i lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen) och under ”Svensk gällande rätt” kommer dessa tjänster att behandlas mer ingående. Poängteras kan att upphovsrättsdirektivet inte ska påverka reglerna om ansvar i e-handelsdirektivet.<sup>42</sup> I en promemoria framhålls det att ansvarsfrihetsreglerna endast blir aktuella i situationer som inte omfattas av undantagsbestämmelsen i artikel 5.1 i upphovsrättsdirektivet.<sup>43</sup> 11 a § i upphovsrättslagen har införts med anledning av denna undantagsbestämmelse,<sup>44</sup> vilken kommer att behandlas under ”Svensk gällande rätt”. Begränsningar i mellanhanders ansvar i direktivet påverkar inte möjligheten av olika förelägganden. Att införa bestämmelser om viten mot mellanhänder som i ett nät förmedlar en tredje mans intrång i ett skyddat verk är således förenligt med ansvarsbegränsningarna för mellanhänder i e-handelsdirektivet.<sup>45</sup>

---

<sup>37</sup> Beaktandesats 50 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>38</sup> Prop. 2001/02:150 s. 31.

<sup>39</sup> Prop. 2001/02:150 s. 20.

<sup>40</sup> Prop. 2001/02:150 s. 20 f och 31.

<sup>41</sup> Beaktandesats 40-48 i direktiv 2000/31/EG och prop. 2001/02:150 s. 31.

<sup>42</sup> Beaktandesats 16 i direktiv 2001/29/EG.

<sup>43</sup> Ds 2007:29 s. 358.

<sup>44</sup> Prop. 2004/05:110 s. 46.

<sup>45</sup> Ds 2007:29 s. 358.

### 2.4.3 Avsaknad av allmän övervakningskyldighet

Ett förbud mot att ålägga tjänsteleverantörer en allmän skyldighet att, i samband med tillhandahållande av tjänster som *enbart vidarebefordran, cachning* och *värdtjänster*, övervaka eller efterforska viss information föreskrivs i artikel 15.<sup>46</sup> Artikel 15.1 fastslår en avsaknad för medlemsstater att ålägga tjänsteleverantörer en övervakningskyldighet av allmän natur, för tillhandahållande av tjänster som avses i artiklarna 12-14. Medlemsstaterna tillåts härigenom inte att förelägga en skyldighet att övervaka information som de i egenskap av tjänsteleverantörer överför eller lagrar och inte heller någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan indikera på olaglig verksamhet. Dock gäller inte övervakningskyldigheter i specifika fall och påverkar särskilt inte beslut från nationella myndigheter i enlighet med nationell lagstiftning.<sup>47</sup> Enligt artikel 15.2 kan medlemsstaterna fastställa skyldigheter för tjänsteleverantörer att omedelbart informera de behöriga myndigheterna om påstådda olagliga verksamheter som utförts eller olaglig information som tillhandahållits av mottagarna av deras tjänster eller att på begäran av de behöriga myndigheterna lämna information som möjliggör identifiering av de mottagare av deras tjänster som tjänsteleverantörerna ingått lagringsavtal med. Medlemsstaterna kan, för att upptäcka och förhindra vissa slag av olaglig verksamhet, kräva av tjänsteleverantörer som lagrar information från sina tjänstemottagare att visa omsorg som skäligen kan förväntas av dem.<sup>48</sup>

Med stöd av reglerna om förelägganden mot mellanhänder i artikel 8.3 i upphovsrättsdirektivet och artikel 11 i sanktionsdirektivet ger EU-rättspraxis nationella domstolar behörighet att vidta åtgärder som inte bara syftar till att få stopp på de intrång i en immaterialrättighet som skett med hjälp av deras it-tjänster utan även till att förhindra nya intrång.<sup>49</sup> Exempelvis vilka villkor som ska vara uppfyllda och vilket förfarande som ska följas ska regleras, med anledning av dessa bestämmelser, på nationell nivå.<sup>50</sup> Dessa regler och dess tillämpning i nationella domstolar ska inte desto mindre vara förenliga med de begränsningar som följer av upphovsrättsdirektivet och sanktionsdirektivet och av de rättskällor som direktivet

---

<sup>46</sup> Prop. 2001/02:150 s. 24 och 33 f.

<sup>47</sup> Beaktandesats 47 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>48</sup> Beaktandesats 48 i direktiv 2000/31/EG.

<sup>49</sup> Mål C-70/10 punkt 31 och mål C-360/10 punkt 29.

<sup>50</sup> Mål C-70/10 punkt 32 och mål C-360/10 punkt 30.



hänvisar till.<sup>51</sup> Av samma praxis framgår det att de ovan nämnda reglerna inte ska påverka bestämmelserna i e-handelsdirektivet och i synnerhet inte artiklarna 12-15, vilket även framkommer av skäl 16 i upphovsrättsdirektivet och artikel 2.3 a) i sanktionsdirektivet.<sup>52</sup> I Scarlet-målet, som redovisats för nu, hänvisar även domstolen till ett tidigare avgörande, L'Oréal-målet. Det fastställs att ett förbud, som innebär en skyldighet för en mellanhand, såsom en Internetleverantör, att aktivt övervaka samtliga uppgifter från varje kund för att förebygga all form av framtida intrång i immateriella rättigheter även omfattas av nationella åtgärder i den riktningen. Sådan allmän övervakningsskyldighet skulle förefalla oförenlig med att åtgärder ska vara rättvisa, proportionella och inte onödigt kostsamma enligt artikel 3 i sanktionsdirektivet.<sup>53</sup> Filtreringssystemet som diskuteras i målet, som också skulle strida mot artikel 15.1 i e-handelsdirektivet eftersom det skulle innebära en skyldighet för tjänsteleverantören att aktivt övervaka samtliga uppgifter med avseende på samtliga kunder för att förebygga all form av framtida immaterialrättsintrång, går ut på att Internetleverantören föreläggs att i förebyggande syfte och på egen bekostnad införa ett filtreringssystem. Filtreringssystemet är av all elektronisk kommunikation som passerar via Internetleverantörens tjänster, framför allt med hjälp av ”peer-to-peer” program, vilket är tillämpligt utan åtskillnad i förhållande till samtliga kunder och utan begränsningar i tiden och vilket kan upptäcka överföring inom leverantörens nät av filer som innehåller musikaliska eller audiovisuella verk samt filmverk, till vilka den som har yrkat föreläggande gör anspråk på att ha rättigheterna till verken, i syfte att blockera överföring av filer vars utväxling innebär upphovsrättsintrång.<sup>54</sup> Filtreringssystem, liknande det ovan, för värdtjänsteleverantörer har också ansetts strida mot artikel 15.1.<sup>55</sup>

Sammantaget kan sägas att en allmän övervakningsskyldighet för tjänsteleverantörer inte får åläggas av medlemsstaterna i nationell rätt, dock tillåts det att ålägga tjänsteleverantörer, som lagrar information från tjänstemottagare, att omedelbart informera behöriga myndigheter för att kunna upptäcka eller förhindra olaglig verksamhet. Ansvarsbegränsningarna för vissa specifika mellanhänder återfinns i artiklarna 12-14, vilka i huvudsak riktar sig till tjänsteleverantörer av ren teknisk karaktär.

---

<sup>51</sup> Mål C-70/10 punkt 33 och mål C-360/10 punkt 31.

<sup>52</sup> Mål C-70/10 punkt 34 och mål C-360/10 punkt 32.

<sup>53</sup> Mål C-70/10 punkt 36 och mål C-324/09 punkt 139.

<sup>54</sup> Mål C-70/10 punkt 29 och 40.

<sup>55</sup> Mål C-360/10 punkt 38.

## 3 Svensk gällande rätt

### 3.1 Upphovsrätt på Internet

Upphovsrätten som är en del av immaterialrätten finns reglerad för svensk rätts del i lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslagen). Immaterialrätten är i sin tur en del av civilrätten som behandlar det rättsliga skyddet för intellektuella prestationer och kännetecken. Regleringen av immaterialrätten ger ett skydd mot olika former av kopiering eller efterbildning och mot annat obehörigt utnyttjande. Varje medlemsstat reglerar vilket skydd som ska gälla deras territorium.<sup>56</sup> Därmed är huvudregeln enligt upphovsrättslagen att skyddet gäller för svenska upphovsmän eller för verk som först givits ut i Sverige.<sup>57</sup> Dock finns det på immaterialrättens område internationella konventioner och avtal samt omfattande EU-rättsliga regleringar att ta hänsyn till för de olika medlemsstaterna. Framför allt för att innehavare av de immateriella rättigheterna behöver ett internationellt skydd för sina verk respektive uppfinningar och för att internationell handel kan hindras om skillnaderna i skyddet är allt för stora i de olika medlemsstaterna, regleras detta på internationell nivå. Som redan har framkommit av den tidigare framställningen av den relevanta EU-rätten i fråga, finns det regler som harmoniserar de materiella förutsättningarna för immaterialrättsligt skyddat material och i förekommande fall även det immaterialrättsliga sanktionssystemet.<sup>58</sup> Skälen till det upphovsrättsliga skyddet ska ses mot bakgrund av att upphovsmannen har investerat tid och pengar i verket.<sup>59</sup> Upphovsrättens system bygger på en intresseavvägning mellan å ena sidan rättighetshavarnas intressen och å andra sidan enskildas och allmännas intressen.<sup>60</sup>

Ensamrättskonstruktionen för upphovsrätt bygger på att upphovsmannen erhåller en viss ensamrätt att förfoga över sitt verk som han eller hon har skapat. Åtgärder som vidtas utan rättighetshavarens samtycke som omfattas av ensamrätten begår intrång i rättigheten. Vid intrång kan straff- och civilrättsliga sanktioner aktualiseras. Domstolen kan också besluta

---

<sup>56</sup> Prop. 2008/09:67 s. 72 f.

<sup>57</sup> Prop. 2001/02:150 s. 45.

<sup>58</sup> Prop. 2008/09:67 s. 72 f.

<sup>59</sup> Ds 2007:29 s. 228.

<sup>60</sup> Ds 2007:29 s. 240.

om skydds- och säkerhetsåtgärder.<sup>61</sup> Rättigheterna till verken består av den ekonomiska rätten och den ideella rätten. Den ekonomiska rätten är uppdelad i två delar, rätten att framställa exemplar och rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten enligt 2 § i upphovsrättslagen.<sup>62</sup> Tillgängliggörande för allmänheten är uppdelat i underkategorier i 2 § tredje stycket samma lag, nämligen överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning till allmänheten. Vad gäller musik på Internet framkommer det av rättspraxis att tillgängliggörande på en webbplats på så sätt att mottagaren själv kan välja tid och plats för att ta del av verket är att bedöma som offentligt framförande eller medverkan därtill.<sup>63</sup> Det kan poängteras att fildelning i sig inte är olagligt, däremot är tillgängliggörande av upphovsrättsligt skyddat material till allmänheten (dela ut) utan samtycke av rättighetshavaren eller framställning av exemplar (ladda ned) otillåtet, då ingen inskränkning i rättighetshavarens ensamrätt görs gällande.<sup>64</sup>

Hur rättighetshavarna ska kunna skydda sina verk i en sådan miljö som nätverket Internet är en fråga som är lika central på EU-nivå och internationell nivå som nationell nivå. En av frågeställningarna är vilket ansvar mellanhänder som levererar olika former av Internet-tjänster ska ha.<sup>65</sup> Vad gäller mellanhänders ansvar finns en inskränkingsbestämmelse i upphovsrätten i 11 a § i upphovsrättslagen. Inskränkningen innebär att tillfälliga kopior som uppkommer med anledning av överföring i nätverk då intrångsmaterial läggs ut på exempelvis Internet ofta kommer att falla under denna inskränkingsbestämmelse. I sig utgör inte de tillfälliga kopiorna intrångsmaterial som mellanhänder omedelbart kan göras ansvariga för. Vilket även torde gälla mer permanenta exemplar som lagras på mellanhänders serverutrymme av någon annan som enligt avtal med mellanhanden har rätt att utnyttja serverutrymme, om mellanhanden inte alls har kunnat påverka exemplarframställningen när den skedde. Även här görs ju intrångsmaterialet tillgängligt för allmänheten, eller överföring till allmänheten. I den så kallade BBS-domen<sup>66</sup> krävs det enligt Högsta domstolen ett aktivt handlande för att straffrättsligt omedelbart ansvar för upphovsrättsintrång ska kunna aktualiseras för en person som drivit en datornätverksamhet och inte själv laddat upp eller laddat

---

<sup>61</sup> Prop. 2008/09:67 s. 73.

<sup>62</sup> Prop. 2004/05:110 s. 38.

<sup>63</sup> NJA 2000 s. 292.

<sup>64</sup> Ds 2007:29 s. 337.

<sup>65</sup> Prop. 2001/02:150 s. 47.

<sup>66</sup> NJA 1996 s. 79.

ned det upphovsrättsligt skyddade materialet.<sup>67</sup> Framställning av exemplar är endast tillåtet om det enda syftet med framställningen är att möjliggöra överföring i nät eller laglig användning, enligt 11 a § 2 st. Med laglig användning avses användning som sker med tillstånd från rättighetshavaren eller annan användning som inte är otillåten enligt upphovsrättslagen i övrigt.

### **3.2 Slutliga vitesförbud**

Bestämmelser om vitesförbud (som sanktionsform<sup>68</sup>) vid intrång i immateriella rättigheter återfinns i alla immaterialrättsliga lagar och innebär att en domstol får vid vite förbjuda intrångsgöraren att fortsätta intrånget.<sup>69</sup> Avsikten med bestämmelserna om vitesförbud är att kunna förhindra, på ett tidigt stadium, sådana åtgärder som utgör intrång i immaterialrättsligt skyddat material, exempelvis olovlig kopiering av skyddat material.<sup>70</sup> Vitesförbud när de infördes på hela immaterialrättsliga området motiverades med att det ligger ett primärt intresse hos rättighetshavaren att snabbt få stopp på intrånget när intrång sker i ensamrätten.<sup>71</sup> Dessa bestämmelser har ansetts uppfylla kravet i artikel 11 i sanktionsdirektivet vad avser möjligheten att meddela förbud mot själva intrångsgöraren att fortsätta med intrånget.<sup>72</sup> Att det i objektiv mening föreligger ett intrång i en immateriell ensamrätt räcker för att en rättighetshavare ska kunna yrka på vite. Käranden behöver alltså inte styrka varken uppsåt eller oaktsamhet hos den som begår intrånget. Det krävs heller inte någon bevisföring av käranden.<sup>73</sup> Intrånget behöver således inte vara pågående för att kunna meddela vitesförbud, men det krävs att ett intrång har begåtts.<sup>74</sup> Förbudet måste riktas mot en intrångsgörare, vilket medför att Internetleverantören åtminstone måste medverka, i objektiv mening, till en intrångshandling för att sanktionen ska kunna tillgripas.<sup>75</sup> För att hitta mer allmänna bestämmelser om vitesförelägganden som får meddelas av myndigheter hänvisas

---

<sup>67</sup> Prop. 2004/05:110 s. 338 f.

<sup>68</sup> Prop. 1993/94:122 s. 44.

<sup>69</sup> Prop. 2008/09:67 s. 186.

<sup>70</sup> Prop. 2008/09:67 s. 192.

<sup>71</sup> Prop. 1993/94:122 s. 1 och 45.

<sup>72</sup> Prop. 2008/09:67 s. 188.

<sup>73</sup> Prop. 1985/86:86 s. 27 och prop. 1993/94:122 s. 45 f.

<sup>74</sup> NJA 2007 s. 431.

<sup>75</sup> Prop. 2004/05:110 s. 338.

man till lag (1985:206) om viten. Enligt lagens 2 § ska vitesföreläggande vara riktat till en eller flera adressater, det vill säga namngivna fysiska eller juridiska personer. Den som föreläggandet riktar sig mot ska ha faktisk och rättslig möjlighet att efterkomma föreläggandet, vilket är en grundläggande princip när det gäller viten.<sup>76</sup> Det har i det här sammanhanget även anförts att tredje mans agerande måste vara av den karaktären att det i sig verkligen orsakar, eller kan komma att orsaka, en skada för kâranden.<sup>77</sup> Förbudet måste vara klart avgränsat i den mening att den som förbudet riktar sig mot vet vad han eller hon inte får göra, vilket förutsätter ett klart preciserat yrkande och som står i relation till det påstådda intrånget. Domstolen ska, inom ramen för yrkandet, utforma förbudet så att det uppfyller kravet på entydighet och konkretisering. Dock bör inte förbudet gå längre än som är motiverat i det enskilda fallet.<sup>78</sup>

I sjunde kapitlet i upphovsrättslagen regleras bland annat ansvarsfrågan för de som begår intrång i en upphovsrätt. 53 § 1 st i upphovsrättslagen reglerar straffrättsligt ansvar för den som vidtar åtgärder som innebär intrång i upphovsrätten om det sker uppsåtligt eller av grov oaktsamhet. Staffrättsligt ansvar gäller även när exemplarframställning gjorts i utlandet till Sverige för spridning till allmänheten enligt tredje stycket samma lag. Vidare stadgas ett undantag i andra stycket om bland annat datorprogram och exemplar i digital form som kopieras i syfte för enskilt bruk. För upphovsrätt återfinns bestämmelserna avseende vitesförbud i 53 b § i upphovsrättslagen. Första stycket stadgar att domstolen får vid vite förbjuda den som vidtar eller medverkar till en åtgärd som innebär intrång eller överträdelse som avses i 53 § att fortsätta med åtgärden, då yrkande har framställts av upphovsmannen eller upphovsmannens rättighetshavare eller av den som har rätt att utnyttja verket på grund av upplåtelse. De till upphovsrätten närstående rättigheterna är också tillämpliga på bestämmelser om vitesförbud enligt 57 § i upphovsrättslagen. Bestämmelsen 53 b § i upphovsrättslagen kommer att redogöras för i den följande framställningen.

### **3.3 Förelägganden mot mellanhänder**

I den utsträckning Internetleverantörer kan hållas ansvariga i upphovsrättsligt hänseende för det skyddade materialet finns naturligtvis samtliga möjligheter som upphovsrättslagen

---

<sup>76</sup> Prop. 1984/85:96 s. 48.

<sup>77</sup> Ds 2007:29 s. 352.

<sup>78</sup> Prop. 1993/94:122 s. 67 och 73.

ger inbegripet möjligheten till vitesförbud mot fortsatt intrång.<sup>79</sup> I den följande framställningen kommer även andra möjligheter att behandlas. Först kan sägas att av skäl till artikel 11 i sanktionsdirektivet och skäl till artikel 8.3 i upphovsrättsdirektivet kan utläsas ett utrymme för medlemsstater att själva bestämma förutsättningar för att kunna besluta om föreläggande mot en mellanhand.<sup>80</sup> Möjligheten för rättighetshavaren att alltid kunna få till stånd ett föreläggande mot en mellanhand vars tjänster utnyttjas av en tredje man för att begå intrång i rättigheten anses dock inte krävas.<sup>81</sup> Vid implementeringen av upphovsrättsdirektivet fanns en ovilja att införa direktivet i nationell rätt inom den föreskrivna tidsfristen. För Sveriges del implementerades inte direktivet i tid och EU-kommissionen beslutade sig för att föra talan om fördragsbrott mot Sverige.<sup>82</sup> Men efter den första juli 2005 finns det en uttrycklig bestämmelse i 53 b § i upphovsrättslagen om att ett föreläggande även kan meddelas mot en som medverkar till ett upphovsrättsintrång.<sup>83</sup> Denna bestämmelse infördes med anledning av artikel 8.3 i upphovsrättsdirektivet.<sup>84</sup> Även om medverkansansvaret i svensk rätt är tämligen långtgående,<sup>85</sup> vilket konstaterades vid genomförandet av upphovsrättsdirektivet, ansåg lagrådet det vara önskvärt att rättsläget angående möjligheten att ingripa med förelägganden mot mellanhänder förtydligades genom en uttrycklig reglering i upphovsrättslagen. Med stöd av 53 b § i upphovsrättslagen kan förbudsföreläggande meddelas mot mellanhänder som medverkar till upphovsrättsintrång i objektiv mening.<sup>86</sup> Men normalt torde inte själva bedrivandet av en leverantörsverksamhet vara tillräckligt för att en mellanhand ska kunna hållas ansvarig, inte ens i objektivt hänseende, för att ha främjat olovlig överföring av upphovsrättsligt skyddat material till allmänheten eller olovlig exemplarframställning. Då det heller inte torde finnas någon generell skyldighet att undersöka informationens innehåll för den som vidarebefordrar den, bör omständigheten att mellanhanden underlåter att kontrollera om det förekommer intrångsmaterial i verk-

---

<sup>79</sup> Prop. 2004/05:110 s. 338.

<sup>80</sup> Beaktandesats 23 i direktiv 2001/29/EG och beaktandesats 59 i direktiv 2004/48/EG och prop. 2008/09:67 s. 194.

<sup>81</sup> Prop. 2004/05:110 s. 341.

<sup>82</sup> Schollin, Kristoffer, *Virtuell upphovsrätt*, JT 2004-05 nr 1 s. 63 f.

<sup>83</sup> Prop. 2008/09:67 s. 194 och 196.

<sup>84</sup> Mål nr T 17127-09 s. 7 och prop. 2008/09:67 s. 194.

<sup>85</sup> Prop. 2004/05:110 s. 341.

<sup>86</sup> Prop. 2008/09:67 s. 194.

samheten inte heller anses utgöra ett främjande i det avseendet. Det torde med andra ord krävas något mer än själva tillhandahållandet och bedrivandet av leverantörsverksamheten för att medverkansansvar i objektiv mening ska anses föreligga. Ett exempel på fall där medverkansansvar kan föreligga, i vart fall i objektiv mening, är när intrångsgöraren har träffat ett avtal med mellanhanden om rätt att använda dennes serverutrymme och mellanhanden därefter har fått konkreta indikationer på att användningen av serverutrymmet innebär upphovsrättsintrång. Sådana exempel på situationer blir aktuella när mellanhanden genom främjande, i vart fall i objektivt hänseende, kan anses som medverkande till överföring till allmänheten. Följaktligen utgör det exempel på möjliga ingripanden mot mellanhänder när deras tjänster utnyttjas av tredje man för att begå upphovsrättsintrång med stöd av vitesförbud eller korrigeringsåtgärder i upphovsrättslagen. Det ovan anförda visar på möjligheter att kunna ingripa mot mellanhänder när subjektiva rekvisit ( uppsåt eller grov oaktsamhet) för straffrättsligt ansvar inte kan aktualiseras eller när ansvarfrihetsreglerna (16-19 §§) i lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster är tillämpliga. Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen) möjliggör också ingripanden mot mellanhänder, men bara mot vissa mellanhänder. BBS-lagen kommer att behandlas under rubriken ”Skyldighet för bedrivandet av elektroniska anslagstavlor”. Verkställande av beslut om korrigeringsåtgärder, såsom förstöring, enligt 55 § upphovsrättslagen som riktas mot intrångsgöraren i fråga kan även riktas mot Internetleverantörer om denne är i ond tro. Det ovan sagda kan sammanfatta redan möjliga ingripanden enligt svensk rätt mot en mellanhand när tjänsten utnyttjas av en tredje man för att begå intrång i upphovsrätt eller närstående rättigheter.<sup>87</sup> En fråga som uppkommer är om det finns anledning att införa ytterligare möjligheter att ingripa med vitesförbud mot mellanhänder som *inte* ens kan anses medverka till ett intrång i objektiv mening men vars tjänster ändå används på något sätt i anslutning till ett intrång. En situation som då blir aktuell är om det ska kunna riktas föreläggande mot en Internetleverantör när intrång begås i dennes nät. I en promemoria på området har frågan belysts och ett förslag har getts. Förslaget går ut på att Internetleverantörer under vissa förutsättningar skulle ha en rätt och en skyldighet att stänga av abonnenter från Internetuppkoppling. Först då skyldigheten inte uppfylls av Internetleverantören skulle frågan, på talan av rättighetsinnehavaren, kunna prövas i domstol.

---

<sup>87</sup> Prop. 2004/05:110 s. 339 f.

Regeringen har valt att inte gå vidare med förslaget, då det har fått omfattande kritik under remissbehandlingen.<sup>88</sup> Angående kritiken uttalas följande i förarbeten:

*”Avstängning av ett Internetabonnemang är en ingripande åtgärd som kan få allvarliga följder för ett samhälle som vårt, där tillgången till Internet är en välfärdsfråga.”<sup>89</sup>*

### 3.4 Interimistiska vitesförbud

Svensk rätt innehåller möjligheter för domstolen att vid vite förbjuda den som begår intrång att fortsätta med åtgärden, som framgår av den tidigare framställningen. Detta gäller även interimistiskt.<sup>90</sup> Att vitesförbud även kan utfärdas interimistiskt kommer till uttryck i 53 b § andra stycket upphovsrättslagen: ”för tiden intill dess att målet slutligt har avgjorts eller annat har beslutats”. En förutsättning för att kunna meddela interimistiskt vitesförbud är att käranden har väckt talan om ett slutligt vitesförbud.<sup>91</sup> Med stöd av 15 kap. 3 § rättegångsbalk (1942:740) kan också interimistiska vitesförbud utfärdas.<sup>92</sup> I andra stycket i 53 b § i upphovsrättslagen uppställs rekvisit som måste vara uppfyllda för att domstolen ska kunna meddela ett interimistiskt vitesförbud för tiden intill dess att målet slutligt har avgjorts eller annat har beslutats. För att domstolen ska kunna meddela sådant förbud krävs att käranden visar *sannolika skäl* för att det förekommer en åtgärd som innebär intrång eller överträdelse som avses i 53 § eller medverkan till åtgärden och om det *skäligen kan befaras* att svaranden genom att fortsätta med åtgärden eller medverkan till den *förringar värdet* av ensamrätten som upphovsrätten medför. Av fjärde stycket framgår vidare att käranden även måste *ställa säkerhet* hos domstolen för den skada som kan tillfogas svaranden för att vitesförbud enligt andra stycket ska kunna meddelas. Om käranden saknar förmåga att ställa säkerhet får domstolen befria käranden från det. Om säkerheten inte har godkänts av svaranden, ska den prövas av domstolen. Det är även viktigt att tillägga att svaranden ska få tillfälle att yttra sig innan ett förbud meddelas, om inte dröjsmål skulle medföra risk för skada. Om förbud har meddelats enligt andra stycket ska domstolen när målet avgörs pröva om förbudet fortfarande ska bestå, vilket framgår av femte stycket. I 53 § fjärde stycket fö-

---

<sup>88</sup> Prop. 2008/09:67 s. 195 jmf Ds 2007:29.

<sup>89</sup> Prop. 2008/09:67 s. 195.

<sup>90</sup> Prop. 2008/09:67 s. 200.

<sup>91</sup> Prop. 2008/09:67 s. 196.

<sup>92</sup> Prop. 2008/09:67 s. 197.



reskrivs att den som överträtt ett vitesförbud enligt 53 b § får inte dömas till ansvar för intrång som omfattas av förbudet, för att undvika att samma gärning föranleder dubbla sanktioner.<sup>93</sup>

Medverkan till upphovsrättsintrång på Internet, som redan prövats i straffrättsligt hänseende i The Pirate Bay målet, har även prövats av Svea hovrätt i två mål om interimistiskt beslut om förbud. Avgörandena behandlar frågan om Internetleverantörers ansvar när det kommer till sina kunders eventuella upphovsrättsintrång på Internet. Svea hovrätt anser i sina beslut att förutsättningarna för medverkan i objektiv mening var uppfyllda och dömde tillhandahållarna, via vilkas användare olovligen tillgängliggjorde upphovsrättsligt skyddat material till allmänheten, som medverkande till upphovsrättsintrång. Om mellanhanden har möjlighet att hindra spridningen av skyddat material ”utan orimliga uppoffringar”, men underlåter att göra det med den kännedomen att olagligt material förekommer, kan medverkansansvar komma ifråga även om det torde krävas någonting mer än själva tillhandahållandet och bedrivandet av verksamheten.<sup>94</sup> Motiveringen baserar sig huvudsakligen på svarandens kännedom om brottmålsdomen The Pirate Bay och om intrång som förmedlades, vilket ändå inte har fått svaranden att upphöra med sitt tillhandahållande.<sup>95</sup> Vid bedömningen av om det skäligen kan befaras att medverkandet till det olovliga tillgängliggörandet förringar värdet av kändebolagens upphovsrättigheter anser domstolen att risken att medverkan kan ske framöver är avgörande.<sup>96</sup> Det förutsätts heller inte att förbudet i sig hindrar att intrång kan begås med hjälp av andra för att meddela förbud mot medverkan.<sup>97</sup> Svea hovrätt anser dessutom i Portlane målet att omständigheten som svaranden anfört att trackern kan finnas i ett annat land där dess verksamhet är laglig och att svaranden gjort detta i villfarelse med hänsyn till dess tillåtlighet, inte ger anledning till någon annan bedömning i frågan.<sup>98</sup> Domstolen resonerar även om åtgärden skulle anses proportionerligt och kom fram till att vitesförbud avseende medverkan är en proportionerlig åtgärd för att kändebolagens intresse att få stopp på upphovsrättsintrången väger över de nackdelar som ett vitesförbud kan innebära för svaranden. Det ska heller inte anses som oproportio-

---

<sup>93</sup> Prop. 1993/94:122 s. 72.

<sup>94</sup> Mål nr Ö 7131-09 och Ö 8773-09 s. 11 samt Ö 10146-09 s. 5.

<sup>95</sup> Mål nr Ö 7131-09 och Ö 8773-09 s. 12 samt Ö 10146-09 s. 10.

<sup>96</sup> Mål nr Ö 7131-09 och Ö 8773-09 s. 13.

<sup>97</sup> Mål nr Ö 7131-09 och Ö 8773-09 s. 13 samt Ö 10146-09 s. 11.

<sup>98</sup> Mål nr Ö 10146-09 s. 10.

nerligt att ett förbud kan leda till att även visst lagligt material inte kan spridas via The Pirate Bay eller via trackern.<sup>99</sup> Tekniskt sätt kan alltså blockering, om tjänsten/webbsidan är delad med någon annan, innebära att även lagliga tjänster/webbsidor blockeras.<sup>100</sup> Förbudet som meddelas finner domstolen heller inte inskränka yttrandefriheten eller andra grundläggande rättigheter genom att strida mot regeringsformen (1974:152) (RF), Europakonventionen eller andra bestämmelser.<sup>101</sup> Förbudet står inte heller i strid med EG-rättsliga krav på att förbud ska vara rättvisa, skäligen och inte onödigt komplicerade eller kostsamma.<sup>102</sup> Sammanfattningsvis visar dessa beslut att Internetleverantörer, med stöd av den svenska reglering, förbudits att tillhandahålla uppkoppling till Internet till vissa fildelningstjänster som används för intrång. I Storbritannien har nyligen avgjorts ett mål om blockering av ”peer-to-peer” fildelningssidan, The Pirate Bay, som är intressant för denna framställning. Domstolen använde i huvudsak tre argument för beslut om blockering. För det första kan Internetleverantörerna anses såsom tjänsteleverantörer i enlighet med EU-rätten. För det andra kan användarna eller operatörerna av The Pirate Bay anses begå intrång i svarandenas rättigheter. För det tredje kan anses att svarandena har haft vetskap om intrånget. Enligt domstolen kan beslutet inte heller anses strida mot bland annat EU-rättspraxis.<sup>103</sup> Uttrycket ”blocking” eller ”block” är förekommande i beslutet.<sup>104</sup> Brittisk rätt möjliggör alltså att rikta föreläggande mot en mellanhand som har kännedom om att tredje man begår intrång i upphovsrätt eller närstående rättighet. Det kan tilläggas att brittisk rätt inte upp-

---

<sup>99</sup> Mål nr Ö 7131-09 och Ö 8773-09 s. 13 f samt Ö 10146-09 s. 10 f.

<sup>100</sup> Mål nr: HC11C04518, Dramatico Entertainment Limited, Emi Records Limited, Mercury Records Limited, Polydor Limited, Rough Trade Records Limited, Sony Music Entertainment UK Limited, Virgin Records Limited, 679 Recordings Limited mot British Sky Broadcasting Limited, British Telecommunications PLC, Everything Everywhere Limited, TalkTalk Telecom Group PLC, Telefónica UK Limited, Virgin Media Limited, [2012] EWHC 1152 (Ch), p. 13.

<sup>101</sup> Mål nr Ö 7131-09 och Ö 8773-09 s. 13 f samt Ö 10146-09 s. 10 f.

<sup>102</sup> Mål nr Ö 10146-09 s. 11.

<sup>103</sup> Mål nr: HC11C04518, Dramatico Entertainment Limited, Emi Records Limited, Mercury Records Limited, Polydor Limited, Rough Trade Records Limited, Sony Music Entertainment UK Limited, Virgin Records Limited, 679 Recordings Limited mot British Sky Broadcasting Limited, British Telecommunications PLC, Everything Everywhere Limited, TalkTalk Telecom Group PLC, Telefónica UK Limited, Virgin Media Limited, [2012] EWHC 1152 (Ch), p. 4-8.

<sup>104</sup> Mål nr: HC11C04518, Dramatico Entertainment Limited, Emi Records Limited, Mercury Records Limited, Polydor Limited, Rough Trade Records Limited, Sony Music Entertainment UK Limited, Virgin Records Limited, 679 Recordings Limited mot British Sky Broadcasting Limited, British Telecommunications PLC, Everything Everywhere Limited, TalkTalk Telecom Group PLC, Telefónica UK Limited, Virgin Media Limited, [2012] EWHC 1152 (Ch).

ställer krav på lovlig förlaga för tillämpning av inskränkning till förmån för tillfälliga kopior.<sup>105</sup>

### 3.5 Ansvarsfrihet i e-handelslagen

Tekniken som används vid digital användning av verk på bland annat Internet ger upphov till kopior för att tekniken ska kunna möjliggöra användning. Ansvarsbegränsningar för mellanhänder har därför ansetts nödvändiga för att säkra tillhandahållandet av bastjänster som garanterar ett fritt informationsflöde i nätverken och ge möjlighet för Internet och e-handeln, som förekommer där, utrymme att utvecklas.<sup>106</sup> Vissa förseningar när det gäller införlivandet av e-handelsdirektivet har förekommit.<sup>107</sup> För svensk rätts del trädde den svenska lagen, lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen), som skulle svara mot EU-rättens krav den första juli 2002 medan direktivet skulle införlivas senast den 17 januari 2002 enligt artikel 22 i direktivet. Större delen av genomförandet av e-handeldirektivet i svensk lagstiftning skulle alltså göras genom e-handelslagen. Lagen innehåller ansvarsfrihetsregler för tjänsteleverantörer som agerar mellanhänder. Mellanhänder ska förstås som sådana leverantörer som bara överför eller lagrar information som lämnats av andra. I vissa fall ska mellanhänder kunna åläggas att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, men inte på grund av innehållet i informationen.<sup>108</sup> E-handelslagen skiljer på tre olika former av tjänster som mellanhänder tillhandahåller på Internet, precis som e-handeldirektivet gör. Dessa tjänster är *ren vidarebefordran*, *cachning* och *värdtjänster* (lagring), vilket har framkommit tidigare i framställningen under "EU-rätt". Mellanhänderna undantas härmed från ansvar som annars skulle förekomma i upphovsrättslagen.<sup>109</sup> Ansvarsfrihetsreglerna följer av 16-19 §§ i samma lag. I 16-18 §§ uppställs rekvisit för att tjänsteleverantörer inte ska vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift på grund av innehållet i informationen som överförs eller tillhandahålls, eller lagras. Förutsättningarna för *mere conduit* (enbart vidarebefordran) i 16 § första stycket är att (1) leverantören inte initierar överföringen, (2) väljer ut mottagaren av informationen eller (3) väljer ut eller ändrar informationen. Denna överföring och tillhandahållande omfattar också sådan

---

<sup>105</sup> Ds 2007:29 s. 334.

<sup>106</sup> Ds 2007:29 s. 324.

<sup>107</sup> Faktapromemoria 2003/04:FPM58, Tillämpningen av e-handelsdirektivet av näringsdepartementet s. 2.

<sup>108</sup> Prop. 2001/02:150 s. 1 f.

<sup>109</sup> Ds 2007:29 s. 324.

automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring av information som sker endast för att utföra överföringen, men bara under förutsättning att informationen inte lagras längre än vad som rimligen krävs för överföringen, enligt andra stycket samma lag. När det gäller sådan automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring som endast sker för att effektivisera vidare överföring till andra mottagare, vilket kallas *cachning*, är förutsättningarna för ansvarsfrihet enligt 17 § att (1) leverantören inte ändrar informationen, (2) uppfyller gällande villkor för tillgång till informationen, (3) följer inom branschen vedertagna regler för uppdatering av informationen, (4) inte ingriper i sådan inom branschen vedertagen teknik som används för att få uppgifter om användningen av informationen och (5) utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen, så snart tjänsteleverantören får kännedom om att information som ursprungligen överfördes avlägsnats eller gjorts oåtkomlig, eller om att en domstol eller myndighet har beslutat att så ska ske. En leverantör som lagrar information som lämnats av mottagaren, så kallade *värdtjänster*, är ansvarsfri enligt 18 § första stycket (1) om leverantören inte känner till att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer och när det gäller skyldighet att ersätta skadan, inte är medveten om omständigheter eller fakta som förefaller uppenbara att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer, eller (2) så snart leverantören får sådan kännedom eller medvetenhet utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen. 18 § första stycket gäller inte om den tjänstemottagaren som lämnat informationen handlar under tjänsteleverantörens ledning eller överinseende. Dessa bestämmelser om ansvarsfrihet omfattar tjänsteleverantörer, såväl fysiska som juridiska personer, som agerar som mellanhand och tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster. Tjänster som avses är tjänster mot ersättning, tillhandahålls på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av tjänstemottagaren. Det ska poängteras att viten inte omfattas av ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen. Mellanhänders ansvarsbegränsningar som föreskrivs i direktivet påverkar inte möjligheten av olika förelägganden, vilket kan utläsas av artiklarna 12.3, 13.2, 14.3 och skäl 45 till e-handelsdirektivet. Förelägganden kan bestå av avgöranden från domstolar eller administrativa myndigheter om att överträdelser ska upphöra eller förhindras.<sup>110</sup> Vitet ska inte ses som en sanktion som indikerar på ansvar för tidigare handlingar, utan mer som ett påtryckningsmedel för att driva fram ett framtida beteende.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Ds 2007:29 s. 324.

<sup>111</sup> Prop. 2001/02:150 s. 96.

Rätten en tjänsteleverantör med en annan etableringsstat än Sverige inom EES har att tillhandahålla tjänstemottagare i Sverige informationssamhällets tjänster ska inte hindras av svenska regler inom det samordnade informationssamhällets tjänster enligt 3 § 1 st i e-handelslagen. Av bestämmelsen framgår vidare att domstol eller myndighet får inskränka denna rätt med stöd av lag om det kan anses nödvändigt för att skydda allmän ordning, säkerhet, folkhälsan eller konsumenter. Åtgärden måste vara riktad mot en bestämd tjänst som skadar eller allvarligt riskerar att skada något av de intressen som ska skyddas och dessutom proportionerlig för att skydda det aktuella intresset.

### **3.6 Skyldighet för bedrivandet av elektroniska anslagstavlor**

Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen) gäller bland annat för den som äger eller administrerar elektroniska anslagstavlor att hålla uppsikt över tjänsten ”som skäligen kan krävas med hänsyn till omfattningen och inriktningen av verksamheten” enligt 4 §.<sup>112</sup> Enligt 1 § i BBS-lagen avses en elektronisk anslagstavla som en tjänst för elektronisk förmedling av meddelanden. Avgörande är om tjänster är så kallade interaktiva, det vill säga om den som använder tjänsten kan ta del av andras meddelanden och sända egna meddelanden till andra. Det som inte omfattas av lagen är sådana tjänster som inte syftar till att användarna ska kunna kommunicera. En hemsida som enbart tillhandahåller information omfattas i normalfallet inte av lagen.<sup>113</sup> Så kallade webbhotell omfattas således av bestämmelserna i lagen.<sup>114</sup> Lagen gäller inte heller tjänster som har ett grundlagsskydd i TF och YGL, vilket framkommer av 2 § 1 st. 3p i BBS-lagen. Tillhandahållaren av tjänsten är skyldig att avlägsna meddelanden eller på annat sätt förhindra spridning av meddelanden som bland annat uppenbart innehåller intrång i upphovsrätt eller närstående rättigheter, enligt 5 § 1 st. 2 p. BBS-lagen har inte ansetts strida mot artikel 15.1 i e-handelsdirektivet om förbud mot att ålägga allmän övervakningsskyldighet för tjänsteleverantörer. Motiveringen har bland annat varit att det kan anses skäligt för att förhindra vissa former av olaglig verksamhet som det framhålls i skälen till direktivet.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> Prop. 2001/02:150 s. 100.

<sup>113</sup> Prop. 1997/98:15 s. 9 och prop. 2004/05:110 s. 336.

<sup>114</sup> Prop. 1997/98:15 s. 10 och prop. 2004/05:110 s. 336.

<sup>115</sup> Prop. 2001/02:150 s. 100.

### 3.7 Försök eller förberedelse till intrång

Genomförandet i Sverige av sanktionsdirektivet blev tre år försenat.<sup>116</sup> Även om svensk rätt redan uppfyllde sanktionsdirektivets krav i flera avseenden, behövdes de svenska bestämmelserna kompletteras i de fall där motsvarigheten till direktivets krav saknades.<sup>117</sup> Det infördes med anledning av bland annat detta uttryckliga bestämmelser om möjligheten att kunna meddela vitesförbud när ett försök eller förberedelse till intrång föreligger.<sup>118</sup> Artikel 9.1 a) i sanktionsdirektivet överlämnar till nationell rätt att, med beaktande av att åtgärderna ska vara proportionerliga, utforma regler för att tillgodose behovet för ingrepp mot ett ”omedelbart förestående immaterialrättsintrång”. Bestämmelser av den karaktären har därför införlivats i svensk rätt i 53 b § i upphovsrättslagen.<sup>119</sup> I samband med det betonas att förhållandet till grundlagarna TF och YGL ska uppmärksammas.<sup>120</sup> Genom att möjliggöra att vitesförbud även gäller vid försök eller förberedelse till intrång kan ingripanden ske mot grundlagsskyddade medier som ännu inte är utgivna eller vars innehåll ännu inte offentliggjorts.<sup>121</sup> Vissa remissinstanser ifrågasätter att kunna meddela vitesförbud redan på ett försöks- och förberedelsestadium och ser att en utredning är nödvändig hur detta skulle förhålla sig till det så kallade censurförbudet i TF och YGL.<sup>122</sup> Vidare framhålls det att en åtgärd som kan förhindra att upphovsrättsintrång fullbordas kan vara ett värdefullt verktyg för bland annat piratkopiering.<sup>123</sup> Det värdefulla verktyget kan te sig än mer gällande i ett interimistiskt skede, då åtgärden i högre grad kan användas mot att intrång fullbordas.<sup>124</sup> Vid införandet av bestämmelser som redan innan denna åtgärd gällde vid försök eller förberedelse till intrång togs aldrig frågan upp om hur en eventuell konflikt med TF och YGL ska behandlas.<sup>125</sup> Men vid införandet av regleringen om vitesförbud vid fullbordade imma-

---

<sup>116</sup> Bernitz, Ulf, med flera, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, Jure förlag AB 2009 s. 384.

<sup>117</sup> Prop. 2008/09:67 s. 1.

<sup>118</sup> Prop. 2008/09:67 s. 187.

<sup>119</sup> Prop. 2008/09:67 s. 188 f.

<sup>120</sup> Prop. 2008/09:67 s. 190.

<sup>121</sup> Prop. 2008/09:67 s. 191.

<sup>122</sup> Prop. 2008/09:67 s. 187.

<sup>123</sup> Prop. 2008/09:67 s. 189 ff.

<sup>124</sup> Prop. 2008/09:67 s. 200.

<sup>125</sup> Prop. 2008/09:67 s. 192.

terialrättsintrång uppmärksammades denna fråga. Det konstateras att reglerna om tryckfrihet och yttrandefrihet inte skulle utgöra problem vad gäller möjligheten att kunna meddela vitesförbud enligt immaterialrättslig lagstiftning.<sup>126</sup>

## 3.8 Censurförbudet

### 3.8.1 Allmänt

En redogörelse för censurförbudet och andra relevanta bestämmelser följer nedan. Men först ges en förenklad bild av Internet och utvecklingen av Internet. Tillgången till Internet har blivit vanlig bland privatpersoner och Internet används i större uträkning av företag, myndigheter och organisationer genom att de kan erbjuda sina tjänster där. Spridningen av Internetanvändningen anses i huvudsakligen bero på den tekniska uppbyggnaden av nätet vilket är så kallat icke-hierarkisk, det vill säga nätet saknar en central styrning. Rent tekniskt är Internet ett ”nät av nät” förenade genom användandet av gemensamma kommunikationsprotokoll, det vill säga kommunikation mellan datorer på ett standardiserat sätt vilka vissa utgör grunden för det som kallas webben eller www (World Wide Web). Internet bör inte betraktas som ett eget medium, utan som en plattform för tillhandahållande av olika tjänster.<sup>127</sup>

I andra kapitlet i RF regleras de grundläggande fri- och rättigheterna för Sveriges medborgare. I 2 kap. 1 § i RF fastställs ett antal friheter som varje medborgare gentemot det allmänna är tillförsäkrad. Vad som är relevant i det här sammanhanget är yttrandefriheten och informationsfriheten, men kanske framför allt informationsfriheten. Yttrandefriheten består i att fritt i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor. Informationsfriheten är en frihet att kunna inhämta och erhålla upplysningar samt att i övrigt ta del av andras yttranden. I bestämmelsen görs även en hänvisning till de relevanta grundlagarna, TF och YGL. Huruvida begränsningar får göras i de nu två anförda friheterna föreskrivs i 2 kap. 13 § i RF. Med beaktande av bland annat allmän ordning, enskildas anseende, förebyggandet och beivrandet av brott och endast vid särskilt viktiga skäl. Begränsningar i friheten att yttra sig i näringsverksamhet får också göras. Vid bedömningen av om det ska anses falla under en begränsningsgrund ska särskilt tas hänsyn

---

<sup>126</sup> Prop. 1993/94:122 s. 47.

<sup>127</sup> Prop. 2001/02:74 s. 33.

till vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet bland annat politiska, vetenskapliga och kulturella angelägenheter.

Grundlagarna, TF och YGL, ger ett särskilt grundlagsskydd för friheten att yttra sig genom fysiska databärare eller genom överföringar som sker med hjälp av elektromagnetiska vågor. För att få en mycket förenklad bild över vad dessa två grundlagar innebär kan sägas att TF innehåller bestämmelser om yttrandefriheten i skrifter medan YGL innehåller regler för yttrandefriheten i radio, television och vissa överföringar via datornät samt filmer, videogram, ljudupptagningar och andra tekniska upptagningar. En av de grundläggande principer som de båda bygger på är just förbud mot censur.<sup>128</sup> En annan viktig grundpelare i de båda grundlagarna är att det endast är en person som kan göras ansvarig för innehållet i en grundlagsskyddad framställning. I grundlagarna stadgas vem som kan hållas ansvarig. Ansvariet kallas därför exklusivt. Ansvariet är också successivt genom att det följer av en ansvarskedja. Om ansvariet inte kan utkrävas av den som kan sägas stå närmast brottet, övergår ansvariet till en annan i ansvarskedjan. Det exklusiva ansvariet är formellt genom att den föreskrivna ansvarige i grundlagarna ansvarar oavsett hur denne bidragit till framställningens tillkomst och oavsett hur denne känt till dess innehåll. Det får till följd att andra som också medverkar vid tillkomsten av framställningen kan inte heller ställas till svars för innehållet. Yttrandefriheten gagnas av detta ensamansvar och medger även effektiva ingripanden när yttrandefriheten missbrukas.<sup>129</sup> Det finns en så kallad databasregel i 1 kap. 9 § YGL som ger grundlagsskydd för vissa databasaktörer. Högsta domstolen har slagit fast att för att tillämpa regeln saknar det självständig betydelse att en server är belägen utomlands, utanför EU, men att det ändå krävs en slags anknytning till Sverige. Avgörandet innebär att traditionella massmedieföretags överföringar ofta kan anses falla under regeln då de kan anses utgå ifrån Sverige som är ett kriterium för tillämpningen.<sup>130</sup> En annan förutsättning för att regeln ska kunna tillämpas är att informationen i databasen inte kan ändras av mottagaren.<sup>131</sup> Sändningarna ska också vara riktade till allmänheten. Att webbsändningarna kan tillhandahållas

---

<sup>128</sup> Prop. 2001/02:74 s. 30.

<sup>129</sup> Prop. 2001/02:74 s. 32.

<sup>130</sup> Prop. 2001/02:74 s. 52 och NJA 2001 s. 445.

<sup>131</sup> Prop. 2001/02:74 s. 42.



exempelvis mot abonnemang innebär inte att sändningarna inte är riktade till allmänheten under förutsättning att vem som helst kan teckna abonnemang.<sup>132</sup>

### **3.8.2 Tryckfrihetsförordningen**

Hur tryckfriheten ska förstås framgår av 1 kap. 1 § 1 st. i TF. Där förskrivs det att var och en fritt ska få utge skrifter utan i förväg lagda hinder av några myndigheter eller annat allmänt organ. Censurförbudet definieras sedan i 1 kap. 2 § i TF som stadgar att föregående granskning av skrift eller något förbud mot tryckning inte får förekomma. Av andra stycket samma paragraf framgår det vidare att åtgärder såsom att hindra tryckning eller utgivning av skriften eller skriftens spridning bland allmänheten inte heller är tillåtet för myndigheter eller annat allmänt organ att vidta på grund av skriftens innehåll, som inte är förenligt med TF.

### **3.8.3 Yttrandefrihetsgrundlagen**

TF var en förebild för YGL när den tillkom år 1991, vilket betyder att den bygger på väsentligen samma principer och systematik.<sup>133</sup> Av 1 kap. 1 § 2 st. YGL framgår det att syftet med yttrandefriheten enligt YGL är att säkerställa fritt meningsutbyte, en fri och allsidig upplysning och ett fritt konstnärligt skapande. Rätten som varje svensk medborgare erhåller gentemot det allmänna omfattas av att i ljudradio, television och vissa liknande överföringar samt filmer, videogram, ljudupptagningar och andra tekniska upptagningar offentligen uttrycka tankar, åsikter och känslor och i övrigt lämna information i vilket ämne som helst, vilket föreskrivs i första stycket samma paragraf. Censurförbudet återfinns i 1 kap. 3 § YGL. Granskning av en myndighet eller annat allmänt organ av sådant som är avsett att framföras i ett radioprogram eller en teknisk upptagning får inte förekomma enligt första stycket. Vidare föreskrivs att det inte är tillåtet för myndighet eller annat allmänt organ att, utan stöd i YGL, förbjuda eller hindra offentliggörande eller spridning bland allmänheten på grund av kännedom om eller väntat innehåll i ett radioprogram eller en teknisk upptagning. Det finns ingen motsvarande självsaneringsverksamhet eller särskilt inrättat granskningsorgan som finns i pressbranschen när det gäller publiceringar på Internet. Det existerar inte heller något sådant genom lag inrättat granskningsorgan såsom Granskningsnäm-

---

<sup>132</sup> Prop. 2001/02:74 s. 41.

<sup>133</sup> Bernitz, Hedvig och Warnling-Nerep, En orientering i tryckfrihet och yttrandefrihet, Jure förlag AB 2009 s. 111.

den för radio- och TV.<sup>134</sup> Tredje stycket samma lag stadgar att det inte heller är tillåtet, utan stöd i YGL, att det allmänna förbjuder eller hindrar innehav eller användning av tekniska hjälpmedel som är nödvändiga för att kunna ta emot radioprogram eller för att tillgå innehåll i tekniska upptagningar.

Justitiekanslern skriver i ett beslut att censurförbudet bland annat innebär att det är förbjudet för myndigheter och andra allmänna organ att utan stöd i YGL på grund av det kända eller väntade innehållet på exempelvis en grundlagsskyddad hemsida förbjuda eller hindra dess offentliggörande eller spridning till allmänheten. Det strider mot förbudet att en företrädare för det offentliga fysiskt eller genom hot ser till att en hemsida stängs och i vissa fall även påtryckningar från det offentliga som leder till stängning.<sup>135</sup> Myndigheter måste tvingas att avstå från att försöka påverka grundlagsskyddade mediers publiceringsbeslut för att ta i beaktande de ändamål som censurförbudet uppbar. Sådana försök får endast förekomma när det finns mycket starka skäl och får endast göras med stor försiktighet.<sup>136</sup>

### **3.8.4 Upphovsrätt och grundlagarna**

Rätten som författare, konstnärer och fotografer erhålls till sina verk föreskrivs i lag enligt 2 kap. 19 § RF. De andra grundlagarna som har redovisats för ovan, TF och YGL, reglerar inte all användning av grundlagsskyddade medier och när det gäller upphovsrätt finns det dessutom ett uttryckligt undantag.<sup>137</sup> I 1 kap. 12 § YGL görs en hänvisning till 1 kap. 8 § TF. Denna delegationsbestämmelse i TF föreskriver att om ”den andliga odlingens intresse” kränks, om den rätt som tillkommer upphovsman till litterärt eller konstnärligt verk eller framställare av fotografisk bild, om upphovsrättens närstående rättigheter och om förbud mot att återge litterärt eller konstnärligt verk, ska vanlig lag gälla. Unikt för upphovsrättslagen är att den innehåller motsvarande bestämmelser som avses i undantagsbestämmelsen i TF. Detta innebär att när det gäller upphovsrätt finns det undantag från dessa grundlagars tillämpningsområde. Att TFs bestämmelser inte ska gripa in i privaträttsliga regler och rättsgrundsatser anförs i flera sammanhang. Det råder dock en viss tvekan om hur långtgående delegationsbestämmelsen i TF ska anses vara.<sup>138</sup> I förarbeten och rättsprax-

---

<sup>134</sup> SOU 2006:96 s. 84 f.

<sup>135</sup> JK beslut 2006-03-24, nr 1319-06-21 s. 7.

<sup>136</sup> JK beslut 2006-03-24, nr 1319-06-21 s. 8.

<sup>137</sup> Prop. 2008/09:67 s. 192.

<sup>138</sup> Prop. 2008/09:67 s. 191.

is framhålls det att ”rätten att i tryckt skrift yttra sina tankar och åsikter eller meddela uppgifter och underrättelser innebär således icke att någon rätt att kränka annans författarrätt”.<sup>139</sup> I det här sammanhanget kan tilläggas att vid införandet av vitesförbud i samtliga immaterialrättsliga lagar framhålls det att avsikten inte har varit att rätten att i tryckt skrift yttra sina tankar och åsikter eller meddela uppgifter och underrättelser ska kunna kränka exempelvis annans författarrätt, varför det gör det möjligt att i den upphovsrättsliga regleringen föreskriva om sanktioner mot intrång i sådana rättigheter fastän intrånget sker genom tryckt skrift. Det framhålls att utgångspunkten för upphovsrätten är delvis en annan än vad gäller det industriella rättsskyddets område, då det vid upphovsrättsligt intrång torde vara fråga om sådant som faller inom TFs räckvidd.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> SOU 1947:60 s. 218 och NJA 1985 s. 893.

<sup>140</sup> Prop. 1993/94:122 s. 46 f.

## 4 Analys

### 4.1 Bakgrund till problemet

Anpassningen efter de tre aktuella direktiven har i svensk rätt inte gjorts i tid vilket bara visar på ett komplext område att reglera. Varken EU eller de enskilda medlemsstaterna vet ännu om åtgärderna kommer vara tillräckliga för att komma till rätta med de problem som den tekniska utvecklingen i informationssamhället medför *löpande* i nätverket Internet. Direktiven har kommit till mot bakgrund av de problem som föranleder intrång i en immaterialrätt och för att på en högre nivå kunna reglera det moderna informationssamhället, i synnerhet på Internet, som har visat sig vara så fritt och öppet att det främjar olaglig verksamhet. Direktiven och därefter lagstiftningen på nationell nivå har formats utifrån vad som anses vara oönskat beteende för rättighetshavarna. Efter att nätverket har utnyttjats på ett sätt som har stridit mot gamla principer har nya former av brottslighet uppkommit och varit utgångspunkt för en ny reglering. Regleringen har med andra ord gjorts i efterhand för att komma till rätta med de problem som har uppstått i och med utvecklingen av Internet. Att reglera ett nätverk som Internet, som ifrån början just var tänkt att vara fritt och öppet för alla, kan inte alltid förefalla som enkelt. Det krävs en noggrann översyn och en välmotiverad avvägning mellan olika intressen för att kunna upprätthålla ett önskvärt informationssamhälle för alla. Frågan präglas av en avvägning mellan å ena sidan tillfredsställelse för rättighetshavarna att säkerställa skyddet för sina verk, å andra sidan Internetanvändarna och allmänheten. All reglering på området kan sägas eftersträva, under i princip alla omständigheter, att avlägsna och förebygga olaglig verksamhet i alla tänkbara former. Genom att ålägga Internetleverantörer en allmän skyldighet att kunna blockera sina kunders tillgång till, en för idag ovärderlig och självklar rättighet – Internet, då användandet av tjänster innebär upphovsrättsintrång, föranleder en ytterligare gränsdragning huruvida censur av Internet ska tillåtas.

### 4.2 Kan förelägganden överhuvudtaget meddelas?

Av två Svea hovrätts beslut framgår det att den svenska regleringen om interimistiska vitesförbud kan användas mot att förbjuda tillhandahållandet av uppkoppling till Internet för sådana tjänster/webbsidor som används av en tredje part för att begå upphovsrättsintrång då Internetleverantörerna har ansetts medverka till upphovsrättsintrång på Internet. Kan det genom detta åläggas ett mer långtgående ansvar och en skyldighet för Internetleveran-

törer att blockera sina Internetanvändares tillgång till intrångsmaterial på Internet? I beslutet har ingående prövats huruvida intrången har skett och i vilken omfattning tjänsten har möjliggjort intrång. Samtidigt framhålls det att ett vitesförbud också kan medföra att visst lagligt material kommer att filtreras. Hovrätten talar dock aldrig om en skyldighet för mellanhanden att ”blockera” sina kunders tillgång till tjänsten. Sådana förelägganden som är aktuella i besluten begränsas till ett *faktiskt* intrång som i objektivt hänseende har förekommit men behöver inte vara pågående, dock framhålls det av domstolen att risken för framtida intrång inte ska vara utesluten. Medvetenheten från domstolens sida att skillnaden nästan är obefintlig mellan å ena sidan att ålägga Internetleverantörer att blockera tjänster och å andra sidan att förbjuda tillhandahålla uppkoppling till vissa tjänster kommer bland annat till uttryck i att det anses som en åtgärd som *måste* kunna vidtas utan ”orimliga uppoffringar”. Dessa avgöranden torde inte kunna likställas med att blockera sina kunders tillgång även om det trots allt är en slags blockering. Det får antas att hovrätten avsiktligt underlåtit att använda begreppet ”blockering”. Det kan också framhållas en avsaknad av användandet av begreppet ”blockering” i svenska rättskällor i övrigt vilket i sig kan indikera en försiktighet. Det kan anses att ett åläggande för Internetleverantör att blockera alla sina kunders tillgång till en viss tjänst innefattar en mer ingripande och långtgående åtgärd än den som uttryckligen framgår av hovrättens beslut. Slutsatsen blir att tillämpningen av vitesförbudsbestämmelsen enligt Svea hovrätt visar på en snävare tolkning. Också den omständigheten att vitesförbudet ska ses som ett slags ”påtryckningsmedel” att förhindra handling som innebär intrång och ingen sanktion *i sig*, kan också tala för en försiktig tolkning av vitesbestämmelsen i upphovsrättslagen när det gäller möjligheten att ålägga en blockeringskyldighet. Det ska skiljas på utdömmande av vite som ju faktiskt blir en sanktion. Andra bestämmelser såsom ansvarsfrihetsreglerna som har införlivats i svensk rätt med anledning av e-handelsdirektivet kan också peka mot samma ståndpunkt att en skyldighet för Internetleverantörer att blockera sina kunder skulle medföra ett alltför långtgående ansvar. I vart fall gäller det sådana typer av leverantörer som faller under lagens och direktivets tillämpningsområde. Frågan är bara hur långtgående denna frihet kan anses motiverad, då de flesta relevanta Internetleverantörer borde falla under dessa bestämmelser. Skyldigheten att avlägsna meddelanden på elektroniska anslagstavlor föranleder inte heller annan bedömning i det nu aktuella avseendet. Regleringen av sådana skyldigheter förefaller naturligt då ansvar på sådana webbplatser är av betydelse för samhället i övrigt och för att bringa någon form av ordning på Internet. Det kan anses att skyldigheten att ta ansvar för meddelanden och skyldigheten att ta ansvar över kunders faktiska tillgång till Internet utgör två skilda sa-

ker som torde behandlas därefter. Argumentationen kan även föras på det sätt att båda frågorna innebär i huvudsak ingripande konsekvenser för mottagaren eller Internetanvändaren att de kan likställas. I det sammanhanget kan det hävdas att informationsfriheten som utgör en grundläggande rättighet för alla medborgare i Sverige talar för rättsliga hinder för en blockering. Redan placeringen av bestämmelsen, i RF, talar för att en sådan inskränkning bör vara strikt reglerad. Men utövandet av denna informationsfrihet kan ändå förutsätta skyldigheter och ansvar. Informationsplattformen Internet som numera faktiskt betraktas som en *rättighet* för alla i samhället. Men kontrollen över informationsflödet i nätverket Internet kan dock inte anses ankomma på privata aktörer som tillhandahåller Internet till sina kunder. Då de svenska bestämmelserna ska tolkas mot bakgrund av direktiven bör hänsyn tas till att det ska vara eftersträvt att värna såväl mellanhänders frihet att leverera Internettjänster som den viktiga proportionalitetsprincipen som ju också finns införd i den svenska rätten. Tjänster som Internetleverantörerna levererar till sina kunder ska behandlas som vilka tjänster som helst. Kunderna förutsätter att tjänsterna finns tillgängliga vid vilken tidpunkt och vid vilken plats som helst. Är det inte motiverat att tjänsteleverantörerna ställer mer krav på sina kunder att inte utnyttja tjänsterna så att tjänsterna inte bli en plattform för olaglig verksamhet? Med hänsyn till rent praktiska skäl förefaller det också enklast, eller i vart fall enkelt, för mellanhänder att själva ingripa mot upphovsrättsintrång i deras nät vilket kan ses som ett starkt argument för möjligheten att ålägga Internetleverantörer en skyldighet. Det kan vara så att EU-rätten inte har tillämpats så som den var tänkt ifrån början med tanke på att vissa medlemsstater har ansetts ha stöd i EU-rätten för beslut om blockering. Ett exempel är en domstol i Storbritannien som nyligen anser sig ha stöd i EU-rätten för blockeringsbeslutet. Enligt det målet ansåg domstolen att Internetleverantören hade vetskap om intrånget och att blockering bland annat därför skulle vara möjlig. I målet används även ordet ”blocking”, vilket dock eventuellt kan motiveras av det engelska språket. Det kan spekuleras i om det kan finnas vilja från politiskt håll att kunna blockera sådana tjänster/webbsidor som används av tredje man för att begå intrång i upphovsrätten. Med tanke på vad upphovsrätten står för kan det utgöra en omständighet i sig som talar starkt för att skydda verken och upprätthålla det gamla upphovsrättsliga systemet. Internet utmanar ekonomiskt starka intressen som är baserade på upphovsrättsligt skyddat material.

### 4.3 Tredje land

Ska det ha någon betydelse varifrån tjänsten/webbsidan kommer ifrån? Blir svaret på frågan, om man överhuvudtaget kan ålägga en Internetleverantör, annorlunda i den situation när tjänsten/webbsidan kommer ifrån en plats utanför EU? Först kan konstateras att det är kunden som gör intrång i upphovsrätten med hjälp av Internetleverantörernas uppkoppling, vilket hela uppsatsen bygger på. Vilket kan göra att skada kan uppkomma någon annanstans än där kunden befinner sig och begår intrånget. Det kan också konstateras att kunden inte alls behöver befinna sig där exempelvis trackern finns. Det kan inte vara tänkt att göra en åtskillnad mellan EU och tredje land, då det framhålls i bland annat skälen till direktiven om samarbete mellan EU och tredje land för att komma till rätta med de gränsöverskridande utnyttjande av Internetleverantörernas tjänsteleverans. Det kan heller inte vara tänkt att göra det möjligt att kringgå reglerna av den anledningen att tjänster/webbsidor placeras i tredje land. Enligt författarens tolkning av bestämmelsen, om att e-handelsdirektivet inte bör tillämpas på tjänster som tillhandahålls av leverantörer som är etablerade i tredje land, torde inte innebära hinder mot att tillämpa EU-rättsliga och nationella regler som syftar till att motverka upphovsrättsliga intrång. Skulle exempelvis en placering av en tracker utanför EU omöjliggöra eller förhindra att ingripa mot ett intrång enligt EU:s reglering, skulle det uppenbarligen bli allt för lätt att kringgå samma reglering. Hovrättens uttalande om att tjänsten eller trackern kan finnas i ett tredje land där verksamheten är laglig inte ”föranleder någon annan bedömning” för medverksansansvaret, talar starkt mot någon annan bedömning av frågan. Det faktum att en nationell lagstiftning i princip endast berör det egna landet kan sägas också försvaga skyddet mot intrång i den ständigt utvecklande gränsöverskridande informationstillgången.

### 4.4 Finns det ett behov?

En fråga som bör ställas i detta sammanhang är om det verkligen finns ett behov av att ålägga Internetleverantörer att blockera tjänster som används för att begå upphovsrättsintrång. Vad som hittills har kunnat skådas är att ett faktiskt behov funnits ända sedan det upphovsrättsliga systemets tillkomst, något som i vart fall har hävdats av rättighetshavarna. Avsaknaden av ett effektivt skydd i nätmiljön anses av många som baksidan med Internet, medan andra förespråkar ett fritt informationsflöde. Frågan är om tekniken verkligen ska få styra de successiva problem som har ansetts uppstå och som har varit en utgångspunkt för en alltmer detaljerad reglering på området. Eller kan tekniken leda oss framåt och istället

bevara verken på en helt annan nivå för eftervärlden. Kanske gör den omfattande regleringen genom direktiv att Internet framstår som något mer negativt än vad som är nödvändigt. Större delen, om inte största delen, av Internet främjar utvecklingen av ett informationssamhälle som vi i dagens samhälle har skapat ett behov för. Alla användare begår *inte* intrång i upphovsrättigheter även om de skulle kunna. Om nu efterfrågan är stor från Internetanvändarna att kunna dra nytta av Internet, bör rättighetshavarna i större utsträckning själva erbjuda lagliga alternativ för att få stopp på oönskat beteende hos användarna. Också Internetleverantörerna måste ha något slags egenintresse av att få stopp på olaglig verksamhet som begås i deras nät och under deras ansvar, samtidigt som leverantörerna måste tillfredsställa sina kunder och på så sätt upprätthålla det fria informationsflödet. Ett utökat ansvar för Internetleverantörer eller så kallade mellanhänder kan vara en enkel lösning på ett stort problem.

## **4.5 Förenligt?**

### **4.5.1 Censurförbudet i TF och YGL**

Skyldigheter och rättigheter kan sägas vara olika sidor av ett och samma mynt. Det har diskuterats (bland annat i Ds 2007:29) huruvida enskilda Internetleverantörer ska erhålla rätt och en skyldighet att, efter egen bedömning, blockera kunders tillgång till tjänster/webbsidor som används för upphovsrättsintrång. Frågan är om ett sådant åläggande skulle vara juridiskt förenligt med både förbudet om allmän övervakningsskyldighet i artikel 15.1 i e-handelsdirektivet och censurförbudet i TF och YGL. Först kommer Sveriges grundlagars censurförbud att diskuteras. Genom att förbjuda tillhandahållandet av uppkoppling till Internet i enlighet med Svea hovrätts beslut kan såväl otillåtna som tillåtna tjänster/webbsidor blockeras. Frågan är om en blockering av kunders tillgång skulle föranleda annan bedömning när det gäller förenligheten med censurförbudet i grundlagarna. För att statliga beslut ska kunna filtrera eller blockera Internet krävs att det inte strider mot grundlagarna och är förenligt med censurförbudet. Censurförbudet i detta sammanhang går ut på att det allmänna inte får hindra publicering på Internet på grund av innehållet, vilket utgör en grundläggande princip i Sveriges demokratiska statskick. Det har dock framkommit att förbudet kan te sig svårtillämpad i nya media. Men med tanke på uttalanden i förarbeten om att Internet inte ska ses som ett slags medium utan en plattform för tillhandahållande av tjänster kan tala för en tolerans av det ”nya” och en möjlig öppning för en vidare tolkning. Vid stiftandet av detta förbud har säkerligen inte lagstiftaren tänkt på frå-



gan om censur av Internet ska anses falla under förbudsbestämmelserna, även om förbudet är tänkt att undanröja det som faller under förhandsgranskning. Problemet ligger helt enkelt i tillämpningen av censurförbudet. Att blockera kunders tillgång till Internet kan anses som en ingripande åtgärd och av den anledningen kan tyckas att censurförbudet bör aktualiseras. Men att ålägga vid behov och med det faktum att det finns en risk att även lagligt material avlägsnas från Internet kan inte sägas vara klarlagt förenligt med censurförbudet. Om man nu skulle anse att det inte skulle strida mot censurförbudet i grundlagarna att ålägga Internetleverantörer att blockera sina användares Internettillgång av en annan anledning än bestämmelsen i 1 kap. 8 § TF kan en fråga om tillämpningen av den delegationsbestämmelsen för upphovsrättigheter anses överflödig. Men vid den situation när censurförbudet kan anses tillämplig är undantagsbestämmelsen av vikt för den fortsatta bedömningen. Eftersom det råder viss tvekan om huruvida vanlig lag ska gälla om ”andliga odlingens intresse” kränks om exempelvis rätten som tillkommer en upphovsrättsman torde bestämmelsen tillämpas försiktigt och i särskilda fall som skulle motivera det. Dock tycks bestämmelsen vara en möjlig väg för att inte åtgärden ska anses stå i strid med grundlagarnas censurförbud.

#### **4.5.2 Förbud mot allmän övervakningsskyldighet i e-handelsdirektivet**

Kan man ålägga en skyldighet för tjänsteleverantörer att leta efter sådant material som ska censureras? Först kan konstateras att BBS-lagen inte har ansetts stå i strid med förbudet mot övervakningsskyldighet för att få bukt med den olagliga verksamheten, vilket kan i det avseendet tyckas vara välmotiverat. Om hänsyn ska tas till EU-domstolens praxis kan det verka som att det finns olika synsätt på denna förbudsregel, eftersom exempelvis värdtjänsteleverantörers filtreringssystem förutsätter sådan övervakningsskyldighet i den omfattning som strider mot förbudet. En tolkning enligt ordalydelsen föranleder egentligen att bestämmelsen inte föreskriver förbud mot övervakning *i sig* utan mot att ålägga en sådan skyldighet att övervaka. Dock kan en sådan diskussion leda till att censurförbudet istället aktualiseras. Frågan, om det är förenligt med förbudet mot att ålägga Internetleverantörer allmän övervakningsskyldighet att kunna ålägga Internetleverantörer att blockera sina kunders tillgång till Internet, aktualiserar egentligen *metoden* att upptäcka intrånget. En systematisk kontroll skulle inte vara förenlig med förbudet i artikeln 15.1 i e-handelsdirektivet, som också kan ses som ett slags skydd mot att inte medlemsstater ska kunna inskränka enskildas grundläggande fri- och rättigheter. Då det inte finns någon föreskriven lagstiftning i svensk rätt som kan sägas stödja att ålägga en Internetleverantör en blockeringskyldighet förefal-

ler det föreskrivna undantaget från förbudet i skälen till direktivet svårtillämpat. Den centrala frågan blir om Internetleverantörer kan åläggas att filtrera eller blockera utan att det innefattar en övervakningsskyldighet? Utan att ta hänsyn till den tekniska biten som EU-domstolen gör torde information om eventuellt intrångsmaterial kunna fås genom andra vägar, exempelvis genom rapportering som också kan fås på frivillig väg. Dock kan medverkansansvar ändå bli aktuellt om mellanhanden har vetskap om att det förekommer upphovsrättsintrång i tillhandahållande av nätet. Att ålägga vid behov att avstänga sina kunder torde inte anses förenligt med artikel 15.1 i e-handelsdirektivet. Inte heller den omständigheten att en risk kan finnas att även lagliga sidor blir föremål för blockering torde anses förenligt med den aktuella artikeln.

## 4.6 Slutsats

Som framgår av analysen kan det finnas ett behov av att ålägga en Internetleverantör en skyldighet att blockera sina kunders tillgång till tjänster/webbsidor som används för att begå upphovsrättsintrång. Detta kan tänkas ske antingen genom att skyldigheten åläggs direkt genom lagstiftning eller genom att nuvarande bestämmelser i 53 b § tolkas innefatta en sådan skyldighet eller lagstiftningsvägen förtydligas i samma syfte. Att mellanhanden redan genom sitt straffrättsliga ansvar har en skyldighet att vid vetskap om intrång vidta åtgärder för att stoppa sin verksamhet, till exempel medverkan i form av Internetuppkoppling, faller i princip utanför ramen för denna uppsats. En genom lagstiftning ålagd blockeringsskyldighet utöver de fall som omfattas av det straffrättsliga ansvaret skulle uppenbarligen också innefatta en skyldighet att övervaka *hur* kunderna använder sina Internetuppkopplingar. Detta skulle emellertid klart stå i motsats till EU-regleringen på området och dessutom kunna komma i konflikt med censurförbudet i grundlagarna. Av samma skäl kan 53 b § i upphovsrättslagen inte heller tolkas innefatta en sådan skyldighet för mellanhanden att självmant blockera sina tjänster.

Med den redovisade bedömningen återstår frågorna om blockeringsskyldighet kan åläggas genom tillämpning av 53 b § i upphovsrättslagen, alternativt – dock inte i svensk praxis – genom direkt tillämpning av EU-rätten. Det har framkommit att EU-rätten kan ge en vidare tolkning som skulle kunna möjliggöra förelägganden, i vart fall i fallet om tjänsten/webbsidan kommer ifrån en annan medlemsstat. Såsom anförts har man exempelvis i Storbritannien ansett sig ha stöd i EU-rätten för blockering. För tydlighetens skull kan påpekas att vitesförbudsbestämmelsen enbart medger förbud att fortsätta viss verksamhet,

något som innebär att leverantören själv har att välja metoden för att få stopp på intrång. Den svenska domstolen torde således redan av formella skäl inte kunna ålägga leverantören att blockera sina tjänster, i vart fall inte utan ett förtydligande av bestämmelserna. Såsom framgår av Svea hovrätts redovisade beslut står det dock klart att vitesförbudet att fortsätta viss verksamhet ("tillhandahålla uppkoppling till Internet" för vissa fildelningstjänster) endast innefattar en hårfin skillnad mot att "ålägga blockeringsskyldighet", något som domstolen har varit väl medveten om. Att vidta åtgärder i form av förbud mot tillhandahållande av tjänster kan vidtas före intrång då det finns en potentiell risk, under pågående intrång och efter att ett intrång skett visar ändå Svea hovrätts beslut på. Det kan tilläggas i det här sammanhanget att bedömningen inte torde utfalla annorlunda i den situation när tjänsten/webbsidan kommer ifrån tredje land och torde vara laglig där med framför allt beaktande av Svea hovrätts uttalande.

Det behövs klagoranden från lagstiftarens sida om vad som kan förenas med de aktuella förbuden. Det ska poängteras att det straffrättsliga medverkansansvaret alltid kan aktualiseras. För tillämpningen av 53 b § krävs – förutom bevisning av intrånget – bland annat utredning om intrångets omfattning och om en blockering skulle omfatta även lagliga webbsidor. Det torde inte räcka med en "lös" risk att även lagliga sidor utsätts för blockering, något som skulle kunna anses oförenligt med förbudet i artikel 15.1 i e-handelsdirektivet och eventuellt också med censurförbudet i Sveriges grundlag. Dessutom krävs utredning om eventuella hinder i annan lagstiftning mot att meddela vitesförbud. Censurförbudet kan ändå anses mer svårtillämpat i fall som rör någonting "nytt" för grundlagarna, även om det har gjorts en del anpassning för att lagstiftningen ska hänga med i den tekniska utvecklingen. Lagstiftaren kan dock inte ha förutsett problemet med censur av Internet. Det kan konstateras att hänvisningarna som förekommer exempelvis mellan grundlagarna och upphovsrättslagen minst sagt försvårar för rättstillämparen att hänga med, vilket egentligen inte kan ha varit tänkt ifrån början. Vad gäller förbudet om övervakningsskyldighet för tjänstleverantörer av allmän natur som föreskrivs i artikel 15.1 i e-handelsdirektivet kan även framhållas att en övervakning *i sig* är tillåten, dock tillåter inte EU-rätten att medlemsstater ålägger Internetleverantörer sådan skyldighet. Trots avsaknaden av uttryckliga uttalanden och trots vad som nyss sagts om den formella utformningen av vitesförbudsbestämmelsen kan det möjligen hävdas att domstolen kan ålägga en blockeringsskyldighet på talan av rättighetshavarna. Besluten kan ju i praktiken i sista hand innefatta en sådan skyldighet under förutsättning att dessa inte går att efterleva på annat sätt. Dock framgår det av EU-

rättspraxis att EU-rätten inte tillåter nationell domstol att enbart i förebyggande syfte besluta om blockering eller tvinga leverantörerna att ha sådant filtreringssystem som erfordras för att förhindra eventuellt olagligt material på Internet.

Författaren skulle gärna se ett tydligt ställningstagande från lagstiftarens sida i den ena eller den andra riktningen för att förtydliga rättsläget i de nu aktuella frågeställningarna. Lagstiftningen har helt klart en utmaning framför sig. Framtiden får helt enkelt utvisa hur den säkerligen kommande lagstiftningen ska svara mot det ständigt utvecklade informationsområdet som till stor del består av Internet och troligen fortsättningsvis kommer att bestå av Internet.

## Referenslista

### EU-rätt

#### *Direktiv*

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel").

#### *EU-domstolens avgöranden*

Mål C-360/10. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) mot Netlog NV, REG 2012, s. 00000.

Mål C-557/07. LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH mot Tele2 Telecommunication GmbH, REG 2009, s. I-01227.

Mål C-70/10. Scarlet Extended SA mot Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), REG 2011, s. 00000.

Mål C-324/09. L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd mot eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi, REG 2011, s. 00000.

### Svensk rätt

#### *Lagstiftning*

Rättegångsbalk (1942:740).

Tryckfrihetsförordningen (1949:105).

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

Regeringsformen (1974:152).

Lag (1985:206) om viten.

Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469).

Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor.

Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

## Referenslista

### *Rättspraxis*

NJA 1996 s. 79.

NJA 2000 s. 292.

NJA 2001 s. 445.

NJA 2007 s. 431.

Mål nr Ö 7131-09 och Ö 8773-09.

Mål nr Ö 10146-09.

Mål nr T 17127-09.

### *Beslut*

JK beslut 2006-03-24, nr 1319-06-21.

### *Offentligt tryck*

Prop. 1981/82:152 om skärpta åtgärder mot upphovsrättsintrång.

Prop. 1984/85:96 med förslag till lag om viten m. m.

Prop. 1985/86:86 om ändring i patentlagen (1967 :837) m. m.

Prop. 1993/94:122. Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång.

Prop. 1997/98:15. Ansvar för elektroniska anslagstavlor.

Prop. 2001/02:74. Yttrandefrihetsgrundlagen och Internet.

Prop. 2001/02:150. Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m. m.

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

Prop. 2008/09:67. Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG.

SOU 1947:60. Förslag till tryckfrihetsförordning.

SOU 2006:96. Ett nytt grundlagsskydd för tryck- och yttrandefriheten?

Ds 2001:13. E-handelsdirektivet – genomförande av direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster.

Ds 2007:29. Musik och film på Internet – hot eller möjlighet?

Faktapromemoria 2003/04:FPM58. Tillämpningen av e-handelsdirektivet.

## Referenslista

### *Litteratur*

Bernitz, Hedvig och Warnling-Nerep, En orientering i tryckfrihet och yttrandefrihet, Jure förlag AB 2009.

Bernitz, Ulf, med flera, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, Jure förlag AB 2009.

### *Artiklar*

Schollin, Kristoffer, Virtuellt upphovsrätt, JT 2004-05 nr 1.

### **Brittisk rätt**

Mål nr: HC11C04518, Dramatico Entertainment Limited, Emi Records Limited, Mercury Records Limited, Polydor Limited, Rough Trade Records Limited, Sony Music Entertainment UK Limited, Virgin Records Limited, 679 Recordings Limited mot British Sky Broadcasting Limited, British Telecommunications PLC, Everything Everywhere Limited, TalkTalk Telecom Group PLC, Telefónica UK Limited, Virgin Media Limited, [2012] EWHC 1152 (Ch).