



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marzia Kristensson

Upphovsrätten

– och ansvarsfritetsregleringen för internet-
tjänsteleverantörer

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Ulf Maunsbach

Ämnesområde
Upphovsrätt, IT-rätt, E-handel

Termin
VT 2011

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	7
1.1 Presentation av ämnet	7
1.2 Syfte och frågeställning	8
1.3 Metod och material	9
1.4 Disposition och avgränsningar	10
2 TEKNISK BAKGRUND	12
2.1 Internet och upphovsrätten	12
2.2 Internettjänsteleverantör	13
2.3 Använda tekniker	14
2.3.1 Caching	14
2.3.2 Hosting	16
2.3.3 BBS och värdtjänster	16
2.3.4 Länkning	17
2.4 Sammanfattande kommentar	18
3 UPPHOVSRÄTTEN	20
3.1 Allmänt	20
3.2 Internationellt	21
3.2.1 Särskilt om Bernkonventionen	22
3.2.2 Tillgängliggörande för allmänheten	24
3.2.3 Exemplarframställning	25
3.2.4 Trestegstestet och återgivningsrätten	27
3.3 Europa	27
3.4 Infosocdirektivet	28
3.5 Sammanfattande kommentar	31

4	E-HANDELSDIREKTIVET	32
4.1	Bakgrund	32
4.2	Tillämpningsområde	33
4.3	Ansvarsfrihetsreglerna	34
4.3.1	Mere Conduit	34
4.3.2	Caching	35
4.3.3	Värdtjänster	36
4.3.4	Google v. Louis Vuitton	37
4.3.5	Förbudet mot övervakningsskyldighet	38
4.4	USA och DMCA	39
4.5	Utvecklingen efter E-handelsdirektivet	40
4.6	Sammanfattande kommentar	42
5	ANSVARET OCH ANSVARSFRIHETEN	43
5.1	Allmänt	43
5.2	Ansvar enligt upphovsrättslagen	43
5.3	Medverkan till intrång	46
5.4	Ansvar enligt BBS-lagen	47
5.5	Skadeståndsrättsligt ansvar	48
5.6	Skyldighet att avlägsna material	49
5.7	Ansvarsfrihetsreglerna	50
5.8	Sammanfattande kommentar	53
6	ANALYS	55
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	62

Summary

Internet Service Providers (ISP:s) have been widely discussed in the ambit of copyright law. This group of service providers is namely, from many points of view, more interesting to pursue, when it comes to illicit material posted on the internet, than the actual source of the content. The increased difficulty to find the actual perpetrator is a contributory reason for why copyright owners choose to sue the ISP, since ISP:s normally are easier to locate and, most importantly, are seen as more lucrative targets for litigation.

This, and the diverging laws in the Member States of the European Union regarding liability for ISP:s, lead to the adoption of the so called E-commerce directive. The directive is to some extent inspired by similar rules in the US Copyright Act which were inserted by the adoption of the Digital Millennium and Copyright Act in 1998. The so called safe harbours in the directive means that internet service providers under certain conditions cannot be subject to liability when it comes to, among others, copyright infringements.

The E-commerce directive is, from many points of view, far from clear and precise when it comes to its application and interpretation. This regards, not least, the rules concerning the freedom from liability with respect to ISP:s. This is apparent from both diverging statements in the literature, but also from various travaux préparatoires. A contributory reason could be the absence of case law. The aim with this paper is therefore to illustrate and explain the scope of application of the so called safe harbours in the E-commerce directive and the corresponding Swedish law, E-handelslagen.

The wide amount of illicit copies on the internet has furthermore engaged several states to try to negotiate a new intellectual property enforcement agreement, the so called ACTA-agreement. The European Union is a negotiating party to the agreement. One could therefore ask oneself how the ACTA-agreement will impact on future regulation of ISP-liability. The agreement has not been ratified yet by the European Union.

Sammanfattning

Internettjänsteleverantörer är en grupp aktörer som har ägnats stor uppmärksamhet inom ramen för upphovsrätten. Dessa aktörer är nämligen, av flera anledningar, intressanta att rikta såväl civilrättsliga som straffrättsliga krav mot med anledning av upphovsrättsintrång som begås på internet. Den ökade svårigheten att komma åt ursprungskällan vid brott på internet är en bidragande faktor till varför man i många fall väljer att rikta krav mot internet-tjänsteleverantörer, istället för t.ex. privatpersonerna som i de flesta fall är upphovet till piratkopian, eftersom de oftast är lättare att identifiera samt har de ekonomiska förutsättningarna för att tillgodose de skadeståndsrättsliga krav som ofta framställs av rättighetsinnehavare med anledning av upphovsrättsintrång. Med anledning av detta, samt den divergerande lagstiftning och praxis som utvecklats i några av medlemsländerna inom EU i förhållande till det upphovsrättsliga ansvaret för internet-tjänsteleverantörer, antog det Europeiska rådet den 8 juni 2000 det s.k. E-handelsdirektivet. Direktivet är inspirerat av liknande regler som återfinns i den amerikanska US Copyright Act och som antogs genom den s.k. Digital Millennium Copyright Act 1998. Ansvarsfrihetsregleringen innebär att de tjänsteleverantörer som faller inom tillämpningsområdet för direktivet i vissa fall undviker ansvar i förhållande till ageranden som betraktats som nödvändiga för att de ska kunna utöva sin verksamhet.

E-handelsdirektivet kan sägas vara en lagstiftningsprodukt som bygger på många överväganden och kompromisser och som i många hänseenden inte är att betrakta som en färdig lagstiftningsprodukt. Detta gäller inte minst reglerna om ansvarsfrihet för internet-tjänsteleverantörer. I många fall är det inte riktigt klart hur reglerna ska tolkas vilket bl.a. framgår av divergerande uttalanden i doktrin och förarbeten. En bidragande faktor är även den bristande tillgången på praxis. Syftet med denna uppsats är således att försöka belysa samt förklara ansvarsfrihetsreglerna i E-handelsdirektivet samt den motsvarande svenska implementeringen av direktivet i E-handelslagen. Ansvarsfrihetsreglerna i E-handelsdirektivet kommer bl.a. att belysas utifrån det ganska nyligen meddelade förhandsavgörandet från Europeiska Unionens domstol i det s.k. *Google vs. Louis Vuitton* - målet. Reglerna kommer även betraktas utifrån det ansvar som idag kan göras gällande gentemot s.k. internet-tjänsteleverantörer.

Den omfattande piratkopieringen av verk på internet har dessutom engagerat de globala handelsparterna till att försöka anta ett nytt internationellt avtal, det s.k. ACTA-avtalet, som tar sikte på att komma till rätta med problem som bl.a. piratkopiering samt upphovsrättsbrott på internet. Ett utkast till avtalet presenterades av avtalsparterna redan i april 2010. En anledning till varför ACTA antagits utanför ramen för redan etablerade samarbeten är de misslyckade försök man gjort om att få till stånd en liknande överenskommelse inom WIPO. Detta är även något som kritiserats med ACTA då man menar att vissa länder medvetet uteslutits från förhandlingarna. I avtalets

femte avdelning har man antagit regler som tar sikte på internetjänsteleverantörer. Regleringen, som bygger på ett frivilligt samarbete mellan nätoperatörer och upphovsrättsorganisationer eller rättighetsinnehavare, har blivit starkt kritiserad av såväl svenska politiker som EU-parlamentariker.¹ Frågan är hur regleringen av internetjänsteleverantörers ansvar kommer att se ut i framtiden och om EU:s eventuella ratificering av ACTA-avtalet kommer att innebära en vidareutveckling eller förändring av de ansvarsfrihetsregler som idag återfinns i E-handelsdirektivet.

¹ Tidskrift Advokaten, *Acta-avtalet väcker oro*, nr 2 (2011), s.7

Förord

Intresset för immaterialrätten väcktes vid deltagande i fördjupningskursen *European Intellectual Property Law* vid Lunds juridiska fakultet under vårterminen 2010. Ett tack riktas därför till de undervisande lärarna, Ulf Maunsbach, Peter Gottschalk och Anna Nawrot. Ett särskilt tack riktas till Ulf som under denna termin varit min handledare.

Ett stort tack riktas även till min familj som alltid stöttat mig under mina studier samt till min arbetsgivare och mentor advokat Christina Cederskär.

Lund i juni 2011

Marzia Kristensson

Förkortningar

ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
BBS-lagen	Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor
Bernkonventionen	The Berne Convention for the protection of Literary and Artistic Work eller Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
DMCA	Digital Millennium and Copyright Act
Ds.	Departementsserie
E-handelsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EC av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden
E-handelslagen	Lag (2002:562) om elektronisk handel
EIPR	European Intellectual Property Review
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade System
HD	Högsta domstolen
Infosocdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
ISP	Internet Service Provider
Prop.	Proposition
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära eller konstnärliga verk
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Presentation av ämnet

Framväxten av nya tekniker är och förblir en central del av utvecklingen inom de immateriella rättigheterna och inte minst inom upphovsrätten. Orsaken till reformer inom detta område är främst uppkomsten av ny teknik vilket så småningom har lett till en anpassning samt, framförallt, en förstärkning av rättighetsinnehavarnas ställning. Under 1990-talet började man till och med tala om upphovsrättens undergången på bekostnad av den tekniska utvecklingen. Att så inte blev fallet kan vi med säkerhet säga idag.²

Upphovsrättens natur har kanske inte förändrats nämnvärt genom historien, men i dagens informationssamhälle har denna skyddsform fått anpassa sig för att kunna motstå allt större påfrestningar från ett samhälle som numera är beroende av att snabbt och enkelt kunna inhämta information från alla möjliga tänkbara källor. En återkommande diskussion inom det immaterialrättsliga området är huruvida skyddsomfånget för immaterialrätterna är tillräckligt omfattande med hänsyn särskilt till den tekniska utvecklingen som går allt snabbare. Givetvis finns det även de som hävdar att utvecklingen av ny teknik underlättat för rättighetsinnehavare att skydda sina verk och som därför menar att en försvagning av det immaterialrättsliga skyddet borde ske.³

Med inträdet av internet har många nya frågor aktualiserats. Framförallt beror dessa nya frågeställningar på svårigheterna detta medium orsakar när det kommer till brott som begås på internet. En vanlig ståndpunkt är att internet har underlättat genomförandet av traditionella brott samtidigt som upptäckten av dem har försvårats, men även att det gett upphov till nya brottstyper. Andra vanliga frågor som aktualiseras i samband med brott begångna på internet är jurisdiktions-, verkställighets- samt ansvarsfrågor. I debatten kan även mer allmänt hållna frågor skönjas där diskussionen tar sikte på breda frågor som t.ex. om det överhuvudtaget är möjligt att reglera ett globalt medium som internet.⁴

Detta ökande flöde av information ställer höga krav på upphovsrätten, men även på de aktörer som dagligen hanterar och behandlar mängder av information och data. En särskilt omdiskuterad fråga är hur man ska hantera det kontinuerliga informationsflöde av upphovsrättsligt skyddade verk som varje dag görs tillgängliga för allmänheten på internet. Vem ska ansvara för informationen som görs tillgänglig på nätet? Några hävdar att lösningen

² U., Kindhult, *Internet Access Providers and Aspects on Cache Copying and Liability from a Copyright Perspective*, 2001, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet, Gröna Serien nr 110, s.12 f.

³ W., Cornish & D., Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, London 2007, s.843

⁴ D., Rowland & E., Macdonald, *Information Technology Law*, Routledge-Cavendish (2005), s.420 och s.458

med skyddet av upphovsrätten på internet är att lägga ansvaret på de som möjliggör samt underlättar för personer att begå upphovsrättsliga brott på internet, d.v.s. internetjänsteleverantörerna. Internetjänsteleverantörerna har givetvis försökt att framföra motargument till stöd för ett sådant ansvar.⁵ En vanlig anledning för stämning av internetjänsteleverantörer är för brott mot upphovsrätten. Varför så är fallet antas vara p.g.a. att dessa aktörer är lättare att lokalisera samt att de har möjlighet att, till skillnad från privatpersoner, tillgodose de skadeståndskrav som ofta framställs i samband med mål om upphovsrättsintrång.⁶ Något som har diskuterats i litteraturen är huruvida internetjänsteleverantörer kan hållas ansvariga för brott mot upphovsrätten av tredjemansgenererat material på internet och särskilt hur ansvarsfrihetsreglerna enligt E-handelsdirektivet ska tolkas.⁷ Det är dessa frågor denna uppsats framförallt har till syfte att behandla.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är således att försöka beskriva de ansvarsfrihetsregler som antagits i förhållande till internetjänsteleverantörer genom implementeringen av E-handelsdirektivet i svensk rätt genom E-handelslagen.⁸ Ansvarsfrihetsreglerna kommer att beskrivas mot bakgrund av det ansvar som internetjänsteleverantörer har i förhållande till upphovsrättsligt skyddat material som görs tillgängligt på internet.

I litteraturen har ett antal problem rörande s.k. internetjänsteleverantörer samt deras ansvar för upphovsrättsligt skyddat material på internet uppmärksamats. De flesta frågor behandlar de olika lösningar samt tolkningar man gett, runt om i världen men även i olika Europeiska länder, av internetjänsteleverantörers ansvar i förhållande till upphovsrättsligt skyddat material. Problemet med att reglera dessa ansvarsfrågor på nationell eller regional nivå är att internet ses som ett globalt medium som inte har några gränser och som därmed inte är passande att reglera på nationell nivå.⁹ Som exempel på ett mer specifikt problem kan nämnas det skydd man ger internetjänsteleverantörer i USA genom det undantag man stadgat i DMCA i förhållande till hyperlänkar samt sökord. Ett sådant undantag saknas nämligen för närvarande i Europa.¹⁰ Trots detta har man inte riktigt, inom ramen för

⁵ W., Wei, EIPR 2006, 28 (10), *The Liability of Internet Service Providers for Copyright Infringement and Defamation Actions in the United Kingdom and China: A Comparative Study*, s.528

⁶ R., Julià-Barceló, EIPR 2000, 22 (3), *On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks*, s.105. Se även C., Reed & J., Angel, *Computer Law. The law and Regulation of information*, Oxford University Press 2007, s.240

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EC av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden, framöver E-handelsdirektivet

⁸ lag (2002:562) om elektronisk handel, framöver E-handelslagen

⁹ D., Rowland & E., McDonald (2005), s.458

¹⁰ V., McEvedy, EIPR 2002, 24 (2), *The DMCA and the E-commerce Directive*, s.70 se även R., Julià-Barceló (2000), s. 106

något internationellt traktat, kunnat enas om en gemensam reglering av dessa frågor på internationell nivå.¹¹

Andra problem som uppmärksammats av akademiker är den upphovsrättsliga ansvarsreglering som man i flera länder antagit i förhållande till internet-tjänsteleverantörer. Exempelvis så identifierar Kindhult ett flertal problem med den teknik som många internet-tjänsteleverantörer använder sig utav, nämligen *caching*, som underlättar den tekniska process som gör att användare snabbare kan motta begärd information på internet. Kindhult menar att denna teknik, som man dessutom undantagit från internet-tjänsteleverantörers ansvarsområde i E-handelsdirektivet samt Infosocdirektivet, i vissa fall ändå skulle kunna utgöra en otillåten reproduktion av upphovsrättsligt skyddat material.¹² Det är emellertid i vissa fall fortfarande oklart hur dessa regler ska tillämpas i praktiken. Andra problem som identifierats är hur denna undantagsreglering ska tolkas särskilt när man inte riktigt är på det klara med hur huvudansvaret ser ut eller kanske snarare hur det *borde* se ut.

För att uppnå syftet med uppsatsen kommer följande frågor att besvaras:

1. Hur ser den underliggande tekniska process ut som gör det möjligt för internetanvändare att ta del av information på nätet,
2. Vilka aktörer möjliggör denna process och vilken roll spelar de vid möjliggörandet av den,
3. Vilka problem aktualiseras i samband med denna/dessa teknik/er,
4. Vilka ansvarsgrunder kan göras gällande gentemot internet-tjänsteleverantörer vid otillåten publicering samt spridning av upphovsrättsligt skyddat material på internet utifrån gällande lagstiftning,
5. Hur ska ansvarsfrihetsreglerna i det s.k. E-handelsdirektivet och E-handelslagen tolkas mot bakgrund av den förra frågan samt
6. Hur förhåller sig dessa regler, och särskilt artikel 13 i E-handelsdirektivet, till det s.k. Infosocdirektivet?

1.3 Metod och material

Den metod som kommer att användas för att besvara frågeställningen utgörs i huvudsak av rättsvetenskaplig metod.¹³ Materialet består av svenska men även internationella rättskällor eftersom den upphovsrättsliga regleringen till stor del har sin grund i internationella konventioner och avtal. Annat materi-

¹¹ Se t.ex. H., Olsson, *Den internationella immaterialrättsliga utvecklingen andra halvåret 2010. En splittrad bild*, NIR 2011(4)

¹² U., Kindhult (2001), s.70

¹³ Om den juridiska metoden se t.ex. C., Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, andra upplagan, Norstedts Juridik (2007), s.35-39

al som har använts är doktrin och särskilt rättsvetenskapliga artiklar, vägledande domstolspraxis för att kunna diskutera tolkningen av E-handelsdirektivet och Infosocdirektivet samt förarbeten. Materialet består till stor del av doktrin och rättsvetenskapliga artiklar eftersom det än så länge inte finns mycket rättspraxis att tillgå ifråga om tillämpningen av ansvarsfrihetsreglerna i E-handelsdirektivet respektive E-handelslagen.

1.4 Disposition och avgränsningar

Denna uppsats avser att främst behandla de ansvarsfrihetsregler som antagits i E-handelsdirektivet i förhållande till internetjänsteleverantörer samt den svenska motsvarigheten till direktivet som implementerats i lag (2002:562) om elektronisk handel.

Inledningsvis, i uppsatsens andra kapitel, kommer en mer teknisk framställning att ges med syfte att underlätta förståelsen av uppsatsens frågeställning samt senare kapitel, som kommer att vara mer juridiskt inriktade. I det andra kapitlet kommer de tekniska termer som framförallt behandlas i E-handelsdirektivet, som exempelvis caching och hosting, att förklaras. Denna del tar även sikte på att utröna hur den underliggande tekniska process ser ut, som gör det möjligt för oss, vanliga internetanvändare, att ta del av, men även sprida, information på internet. Detta är nödvändigt för att i uppsatsens senare delar kunna förstå samt diskutera hur och varför ansvarsförhållandena för internetjänsteleverantörer ser ut som det gör samt de frågor jag valt att besvara.

I uppsatsens tredje kapitel kommer en genomgång av bakgrunden till det aktuella rättsläget att ges. Utgångspunkten för uppsatsen är upphovsrätten. Därför kommer en kort redogörelse för de mest centrala delar inom upphovsrätten att redogöras för, främst för att ge läsaren en kort introduktion till ämnet. För att inte frångå syftet kommer denna framställning även att ta sikte på den betydelse som den tekniska utvecklingen haft för utvecklingen av upphovsrätten. Detta kapitel kommer därför att ge en bakgrund till det rättsläge som finns idag till skillnad från den juridiska framställning som kommer att göras i uppsatsens fjärde och femte kapitel som är inriktad på att redogöra för gällande rätt.

I uppsatsens fjärde kapitel och femte kapitel kommer de juridiska aspekterna som berör internetjänsteleverantörers ansvar att behandlas. Uppsatsen tar sikte på de ansvarsfrihetsregler som återfinns i E-handelsdirektivet samt i E-handelslagen, som är den svenska implementeringen av direktivet. För att kunna förstå ansvarsfrihetsreglerna kommer inledningsvis en kort redogörelse att göras för det ansvar som, i olika situationer, kan bli aktuellt för internetjänsteleverantörer. Framställningen kommer att ta sikte på ett *de lege lata* perspektiv d.v.s. en redogörelse av det aktuella rättsläget på området. I uppsatsens femte kapitel kommer de svenska ansvarsförhållanden som kan bli aktuella i förhållande till internetjänsteleverantörer att redogöras för. I samband med detta kommer E-handelslagen att beskrivas mot bakgrund av

de slutsatser om tolkningen av E-handelsdirektivet som behandlas i kapitel fyra. I uppsatsens sjätte kapitel kommer en diskussion att föras utifrån framställning av det aktuella rättsläget med utgångspunkt i den debatt som pågår inom ämnet.

Ett kronologiskt perspektiv har upprätthållits i uppsatsen. Detta har kanske lyckats mer eller mindre bra och är kanske mest tydligt i uppsatsens andra del, som rör utvecklingen av upphovsrätten i förhållande till digitaliseringen. En sådan framställning har givetvis sina för- och nackdelar. Exempelvis så sker utvecklingen inom upphovsrätten samt immaterialrätten på internationell, Europeisk samt nationell nivå oftast parallellt. Utvecklingen på nationell nivå är dessutom ofta utlöst av reformer på internationell och regional nivå, men så behöver inte alltid vara fallet. Detta gör det ibland svårt att dela upp frågorna vilket medför stor risk för upprepning. Jag har emellertid valt att dela upp kapitlen så som redogjorts för ovan eftersom strukturen blir tydligare trots att reglerna i många avseenden liknar varandra.

2 Teknisk bakgrund

2.1 Internet och upphovsrätten

Vad som är så speciellt med förhållandet mellan internet och upphovsrätten är att en av grundpelarna inom upphovsrätten är den exklusiva rätten för upphovsmannen att göra kopior av sitt verk. Upphovsmannen har en ensamrätt till exemplarframställningen av verket. Samtidigt bygger existensen av internet på möjligheten att göra kopior.¹⁴ Internet brukar i litteraturen ibland liknas vid en stor kopiator. I den långa kedja av mellanhänder varigenom vidarebefordran av information sker på internet uppstår en rad kopior som är mer eller mindre nödvändiga för att den tekniska process, som möjliggör informationsspridning på internet, ska kunna genomföras.¹⁵

Ett vanligt misstag som görs när man diskuterar bl.a. upphovsrättsliga frågor med anledning av att material görs tillgängligt på internet är att man just tror att materialet befinner sig på en plats kallad internet. En vanlig uppfattning är att internet består av en enda stor server där all information lagras. Så är emellertid inte fallet. Det är således ingen särskild auktoritet som kontrollerar internet, vilket i flera avseenden kan få det att verka som en oreglerad domän. Detta är emellertid inte helt korrekt. Internet är ett världsomspännande nätverk som består av ett flertal *noder* eller oberoende nätverk. Våra datorer utgör noder i detta nätverk, precis som noderna i det mänskliga nervsystemet vilka sammankopplar nervtrådarna varigenom de elektriska impulserna leds. Internet är det medium som kopplar samman våra datorer till ett enda stort nätverk.¹⁶ Ett nätverk är således en fysisk sammankoppling eller sammanlänkning av datorer. Det krävs sedan vissa gemensamma nämnanare, som särskilda mjukvaruprogram, för att dessa datorer ska kunna samverka och kommunicera i ett nätverk.¹⁷ WWW är det, fritt översatt, världsomspännande nätet (the world wide web) som tillåter användarna att kommunicera på internet. Medan internet är själva kommunikationsmediet, precis som telefonen, så är webben eller www det gemensamma språket eller diskussionsämnet.¹⁸ Det finns det inte någon ägare till internet. Olika aktörer möjliggör existensen av internet. Någon, oftast telekommunikationsbolag, äger kablarna och den fysiska utrustningen som gör det möjligt att länka samman våra datorer. Andra aktörer äger och upplåter det utrymme, servrar, där information lagras och vidare tillgängliggörs till andra samtidigt som en tredje grupp aktörer äger själva rättigheterna till det material som lagras i dessa servrar.

¹⁴ J., Angel & C., Reed (2007), s.247

¹⁵ U., Kindhult (2001), s.12

¹⁶ Information hämtad på: <http://itord.pagina.se/default.asp?val=s%F6k&q=Internet> (senast besökt 2011-04-09)

¹⁷ L., Edwards & C., Waelde (Ed.), *Law & the Internet/ a framework for electronic commerce*, Hart publishing (2000), kap.1 s.2

¹⁸ Information hämtad på: <http://itord.pagina.se/default.asp?id=304> (senast besökt 2011-04-09)

Samtidigt har digitaliseringen ökat tillgängligheten av material bestående av alla typer av verk så som film, musik, litteratur och foton. Man kan dessutom snabbt och enkelt ladda upp, överföra samt ladda ner material på internet i digital form, d.v.s. i form av *filer*, utan att materialet förlorar sin kvalitet.¹⁹ Denna ökade tillgänglighet är en bidragande orsak till att största delen av det material som finns att tillgå på internet består av olagliga kopior.²⁰

2.2 Internettjänsteleverantör

En av svårigheterna med ansvarsförhållanden på internet är att informationen som görs tillgänglig samt tas emot passerar flera led av mellanhänder innan den når slutdestinatären. Dessa mellanhänder brukar i litteraturen, med en generell term, omnämnas för internettjänsteleverantörer. Med denna term brukar man emellertid åsyfta flera olika sorters aktörer. Eftersom det är samma term som används i lagstiftningen, nämligen internettjänsteleverantör, är det viktigt att skilja på begreppen samt att ha klart för sig innebörden av dem. I litteraturen brukar man i vissa fall även göra delvis olika indelningar av de aktörer som avses med begreppet internettjänsteleverantör. För att undvika missförstånd kommer de engelska termerna, som även används i litteraturen, att användas i den fortsatta framställningen. Vissa menar att det endast finns två sorters internettjänsteleverantörer, nämligen: *access providers* och *internet service providers*.²¹ På samma sätt är indelningen av internettjänsteleverantörer i olika undergrupper svår att göra då utvecklingen av den teknik som används samt verksamhetsområdet hela tiden förändras.²²

För enkelhetens skull har den indelning som Urban Kindhult gör valts för den fortsatta framställningen. Enligt Kindhult kan man nämligen göra ytterligare indelningar mellan de olika aktörerna på internet. För det första har vi att beakta den som gör material tillgängligt på internet (*the content provider*) som i och för sig inte är någon internettjänsteleverantör, men som är själva upphovet till förekomsten av otillåtet material på internet i det enskilda fallet.²³ Vidare kan man skilja mellan den som gör det möjligt för användarna att ha internet (*the network provider*) d.v.s. den som levererar själva anslutningen eller kabeln och den som erbjuder själva uppkoppling till internet (*the access provider*) såsom exempelvis Telia, Comhem och Bredbandsbolaget. Slutligen har vi de som upplåter serverplats (*the hosting service provider*). Skillnaden mellan access provider och network provider är

¹⁹ H., Olsson, *Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt*, Norstedts Juridik (2009), s.26, P., Pedley, *Digital Copyright*, andra upplagan, Facet Publishing (2007), s.3

²⁰ H., Olsson (2009), s.27

²¹ J., Angel & C., Reed (2007), s.233

²² J., Angel & C., Reed (2007), s.233f.

²³ Givetvis är denna indelning endast av betydelse ifall man talar om ett upphovsrättsintrång begånget av tredje man i förhållande till internettjänsteleverantörer. För de fall vi talar om upphovsrättsintrång begånget av internettjänsteleverantören själv, exempelvis vid det omdiskuterade fenomenet caching, är denna indelning överflödigt, se nedan avsnitt 2.3.1.

att det i det första faller finns ett avtal mellan användaren och tjänsteleverantören.²⁴

Kindhult gör i sin framställning en uppräknig av samtliga aktörer som är relevanta i diskussionen av det upphovsrättsliga skyddet på internet. Kindhults indelning är mycket tydlig och underlättar för förståelsen för de bakomliggande tekniska processer och därmed för diskussionen av ansvarsförhållandet samt ansvarsfrihetsreglerna för internetjänsteleverantörer. Man måste emellertid hålla i minnet att Kindhults redogörelse har några år på nacken och att utvecklingen sedan dess gått avsevärt framåt. En annan sak man bör tänka på är att den uppdelning Kindhult gör inte alltid är möjlig eftersom internetjänsteleverantörerna ibland erbjuder tjänster som sträcker sig över flera av begreppen, d.v.s. de kan ofta vara både network providers och access providers. I nästa avsnitt kommer därför de olika begreppen bakom de tekniker som internetjänsteleverantörerna använder sig av, och som har gett upphov till den indelningen som beskrivits ovan, att redogöras för.

2.3 Använda tekniker

2.3.1 Caching

Med *caching* förstås normalt den automatiska och tillfälliga lagring av data som sker i ett led av processer när information vidarebefordras på internet.²⁵ Man kan likna processen vid en muntlig vidarebefordran av information mellan ett antal personer. När informationen, som så småningom ska nå slutdestinatären, överförs kommer innehållet i meddelandet att ”sparas” i minnet av den person som, i ett senare skede, ska återberätta meddelandet till nästa person i informationskedjan. Denna lagring är i vissa fall nödvändig för att en vidarebefordran ska kunna ske.

Caching är vare sig ett strikt definierat tekniskt eller juridiskt begrepp och kan därför orsaka en del problem när ansvarsfrågan för internetjänsteleverantörer diskuteras i förhållande till denna tekniska process. Vad som förstås med caching kan vidare delas in i ytterligare underkategorier. Man kan skilja access provider caching, som består av proxy caching och mirror caching, från client caching.²⁶ De olika typerna av caching skiljer sig åt beroende på var materialet lagras och av vem.

Client caching: är den form av temporär mellanlagring av data som sker på användarnas RAM-minne d.v.s. det minne som finns inbyggt i datorn. Ifall användaren vill återvända till samma hemsida igen så går processen snabba-

²⁴ U., Kindhult (2001), s.10

²⁵ J., De Beer & C., Clemmer, *Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?* Artikeln är hämtad från SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1529722 (senast besökt 2011-04-07)

²⁶ U., Kindhult (2001), s.13

re andra gången eftersom datorn automatiskt kommer att utnyttja den lagrade information som finns i datorns RAM-minne.²⁷

Mirror caching: är en lagring av en hel hemsida på internetaccessgivarens server och skiljer sig från proxycaching på så sätt att lagringen inte är vare sig temporär eller automatisk.

Proxy caching: är en form av mellanlagring av information som sker på mellanhändernas proxy eller server. Denna teknik brukar därför även kallas för server caching. Alla webbförfrågningar passerar en s.k. proxyserver. Då webbförfrågningen sker från användaren kopieras den förfrågade websidans innehåll till ett temporärt minne i servern. Denna temporära kopia kallas för proxy caching och lagras i internetaccessgivarens server d.v.s. den som levererar själva internetuppkopplingen.²⁸

Syftet med proxycaching är att spara resurser. Vad som sker vid proxycaching är att internetaccessgivarna vid en förfrågan kan leverera den information som finns lagrad i deras proxyserver istället för att behöva skicka en ny begäran till värden av hemsidan om att få ta del av den aktuella sidan. På detta sätt kan internetleverantören snabbare leverera den begärda informationen till användaren samtidigt som internetleverantören reducerar sina egna kostnader genom att begränsa antalet förfrågningar till värden, i nätverket som utgör internet.²⁹ Denna teknik gör så att kommunikationen på internet i många fall upplevs som snabbare.

Man kan således urskilja två syften med caching, dels utgör det en nödvändig process för att en vidarebefordran av information på nätet överhuvudtaget ska vara möjlig och dels är det i vissa fall en effektivisering av samma process.

Den cacheteknik som anses vara mest problematiskt ur ett upphovsrättsligt perspektiv är just proxy caching. Kindhult identifierar ett antal möjliga problem som kan bli aktuella vid proxy caching varav några av de viktigaste är följande:

- Reklam som visas på hemsidan följer inte med i cache-kopian eller snarare att uppdateringar av reklam inte uppdateras i internetaccessleverantörernas cache eftersom en icke uppdaterad kopia används.
- Problem kan uppstå i förhållande till ansvarsfrågor rörande material på en viss hemsida. En viktig uppdatering av innehållet på en hemsida kanske inte levereras eftersom en cache-kopia utan nämnda uppdatering skickas till användaren.
- I vissa fall kan kanske användare som inte betalt för en tjänst få del av samma tjänst eftersom informationen levereras från cache-kopior.

²⁷ U., Kindhult (2001), s.14

²⁸ U., Kindhult (2001), s.15

²⁹ U., Kindhult (2001), s.16

Några av dessa problem, särskilt det första, är kanske inte av direkt upphovsrättslig natur utan mer något som faller inom ramen för avtalsrelationen mellan ägaren av hemsidan och annonsören.

Generellt sett kan man säga, vilket även kommer att visas nedan, att caching är undantaget från upphovsmannens exklusiva rätt att framställa exemplar av sitt verk.³⁰ Detta innebär att caching, trots att det kanske utgör en kopia i upphovsrättsligt hänseende, inte medför något upphovsrättsligt ansvar eftersom man valt att undanta just sådana kopior från ansvarsområdet.³¹ Omfattningen av dessa undantag är emellertid föremål för diskussion och utgör delvis utgångspunkten för denna uppsats.

2.3.2 Hosting

När man talar om hosting i förhållande till internetjänsteleverantörer brukar man avse en lagring av information på värdens server på uppdrag av tredje man. Web-hosting är således en tjänst där företaget upplåter web-utrymme till personer som inte själva har en webserver.

Enligt paginas IT-ordbok är en host inte en ISP eftersom de inte säljer anslutningar till internet, men alla ISP är normalt också webbhotell eller web-host.³²

2.3.3 BBS och värdtjänster

BBS står för Bulletin Board System och kallas ibland även för elektronisk anslagstavla eller billboard. First Class är ett exempel på en elektronisk anslagstavla. Numera är det ovanligt att tala om BBS i detta avseende eftersom all kommunikation istället sker genom nätverk, på internet.³³

Vanligare är däremot s.k. värdtjänster som exempelvis Facebook, The Pirate Bay³⁴ eller Youtube. Värderna till sådana tjänster har i vissa fall ganska långtgående skyldigheter i förhållande till det material som tredje män väljer att publicera på hemsidan. I vissa fall kan nämligen värderna bli ansvariga för upphovsrättsbrott enligt reglerna om medhjälp. Regeln om ansvar för medverkan återfinns i brottsbalken kap 23 § 4. Huruvida medverkansansvar blir aktuellt beror i princip på vad för sorts tjänst som värderna erbjuder. Skillnaden mellan värdtjänster och BBS är att det i det första fallet inte sker någon

³⁰ Se t.ex. nedan avsnitt 3.3.1., 5.7. och 5.8.

³¹ Huruvida caching är att betrakta som en kopia i upphovsrättsligt hänseende är omdiskuterat. Diskussionen präglas av både ett de lege ferenda och ett de lege lata perspektiv d.v.s. hur man anser att rätten bör vara i vissa fall präglar framställningen av hur rätten faktiskt är.

³² Information hämtad på <http://itord.pagina.se/default.asp?Id=4146> (senast besökt 2011-04-12)

³³ Information hämtad på <http://itord.pagina.se/default.asp?val=s%F6k&q=BBS> (senast besökt 2011-04-12)

³⁴ På hemsidan till The Pirate Bay, www.thepiratebay.org framgår att det i nätverket sammanlagt finns 26.487.139 noder (senast besökt 2011-05-02)

lagring av information på värdens server utan informationen utbyts direkt mellan användarna själv (s.k. peer-to-peer nätverk).³⁵ Detta var exempelvis en av de mest omdiskuterade frågorna i målet om The Pirate Bay³⁶ där man försökte argumentera för att något ansvar inte kunde föreligga för det otil-låtna materialet eftersom det inte var inom värdens kontroll, eller på värdens server, samt att bittorrenttjänsten ifråga kunde användas för både lagliga och olagliga verksamheter.³⁷ Ett annat känt exempel på peer-to-peer nätverk är Napster som ansågs vara ansvarigt för medhjälp till upphovsrättsbrott efter-som deras tjänst främjat huvudbrottet.³⁸

Hosting, BBS och värdtjänster används oftast synonymt. Här har de emel-lertid separerats eftersom de trots allt, från början, möjliggjordes av olika tekniker. Detta kan vara lite förvirrande eftersom samma termer används i lagstiftningen. I den fortsatta framställningen kommer det därför att hänvi-sas till de processer som redogjorts för i detta kapitel. Skulle något annat avses kommer detta uttryckligen att framgå.

2.3.4 Länkning

Med länkning avses i detta sammanhang, något förenklat, en hänvisning från en hemsida till en annan. När man talar om länkar i ett upphovsrättsligt sammanhang avses för det mesta vad som även brukar kallas för djuplänk-ning med vilket avses en länk som för användaren till en annan websida utan att denne märker detta. Skillnaden mellan en vanlig länk och en djup-länk brukar även sägas vara att djuplänken är en länk till något specifikt på en annan hemsida, exempelvis ett fotografi, istället för en vanlig länk som för användaren till hemsidans startsida. De upphovsrättsliga förfoganderätter som kan komma i fråga vid länkning är dels exemplarframställningsrätten men även rätten till överföring till allmänheten.³⁹ Det har även diskuterats huruvida vanliga länkar till en hemsida, oavsett innehållet på hemsidan, kan utgöra en ny överföring till allmänheten vilket är en rätt som är exklusivt förbehållen rättighetsinnehavaren av verket, där verket i det här fallet utgörs av den länkade hemsidan. En annan fråga man kan ställa sig är vad som gäller vid länkning till otillåtet material. Dessa två senaste frågorna aktuali-seras särskilt i förhållande till aktörer som tillhandahåller sökmotorer och andra sökfunktioner på internet.⁴⁰ I vissa sammanhang har även skyddet för databaser diskuterats i samband med länkning.⁴¹

³⁵ H., Olsson (2009), s.92

³⁶ HovR B 4041-09 från 2010-11-26 (The Pirate Bay-målet)

³⁷ För en djupare diskussion om internettjänsteleverantörers medverkansansvar se J., Cron-holm, *Upphovsrätt på internet – en analys av tjänsteleverantörers medverkansansvar*.

³⁸ J., Angel & C., Reed (2007), s.849 f.

³⁹ J., Angel & C., Reed (2007), s.93. Se även nedan avsnitt 3.1.2.1. och

http://en.wikipedia.org/wiki/Deep_linking (senast besökt 2011-04-13)

⁴⁰ Julià-Barceló. R. (2000), s.111 se även L., Bently & B., Sherman, *Intellectual Property Law*, tredje upplagan, Oxford University Press 2009, s-150-151

⁴¹ J., Strachan, *The Internet of Tomorrow: The New-Old Communication Tools of Control*, EIPR 2004, 26 (3), s.130

2.4 Sammanfattande kommentar

De tekniker som redogjorts för ovan har alla det gemensamt att de på något sätt knyter an till internetjänsteleverantörers verksamhetsområden. Skillnaden mellan dem ligger i den problematisering som gjort av dem i den upphovsrättsliga debatten.⁴² De anses således på något sätt utgöra ett problem inom upphovsrätten.

Sammantaget kan sägas att tre, eller i vissa fall fyra, former av ansvar skulle kunna aktualiseras när man talar om ansvar för internetjänsteleverantörer i allmänhet, nämligen:

- Direkt upphovsrättsligt intrång,
- Medverkan till upphovsrättsligt intrång,
- Strikt ansvar i vissa fall samt
- Intrång i närstående rättighet, främst skyddet för databaser

Med direkt upphovsrättsligt intrång avses de fall som inte omfattas av vare sig medverkan eller det strikta ansvaret. I dessa fall rör det sig antingen om en exemplarframställning eller om en överföring till allmänheten som gjorts utan upphovsrättsmannens godkännande. Skillnaden mellan den första och sista punkten, i förhållande till de andra två, är att internetjänsteleverantören i de första fallen själv begår huvudbrottet. De tekniker eller handlingar som kan komma att omfattas i dessa fall är främst djuplänkning och caching. Det är viktigt att notera att några av dessa ansvarsgrunder inte prövats i svensk rätt, exempelvis frågan om skyddet för databaser.⁴³ I uppsatsens femte kapitel kommer denna uppställning att tjäna som utgångspunkt för redogörelsen av, i första hand, internetjänsteleverantörers ansvar för upphovsrättsligt skyddad material på internet

Vad gäller medverkan till upphovsrättsligt intrång aktualiseras här många intressanta frågeställningar. I det ganska nyligen avgjorda målet *The Pirate Bay*⁴⁴, besvarar hovrätten många intressanta frågor som gäller framförallt räckvidden av medverkansansvaret enligt svensk rätt. Ansvar för medverkan kommer kort att behandlas nedan.⁴⁵

Även om uppsatsen primärt avser att redogöra för ansvarsfrihetsreglerna har även internetjänsteleverantörers upphovsrättsliga ansvar beaktats. Anledningen till detta har främst varit för att kunna förklara på vilket sätt E-handelsdirektivet påverkar svensk rätt. Detta hade inte varit möjligt utan att

⁴² Se ovan avsnitt 1.2.

⁴³ Se emellertid J., Strachan (2004), s.131-132 som tar upp några fall från Holland samt Tyskland där intrång i databasrätten utgjort grunden för talan och där domstolen i ett fall ansåg att djuplänkning utgjorde en: "repeated and systematic extraction and/or re-utilisation of insubstantial parts of the contents of the database implying acts which conflict with a normal exploitation of that database or which unreasonably prejudice the legitimate interests of the maker of the database".

⁴⁴ HovR B 4041-09 från 2010-11-26

⁴⁵ Se nedan avsnitt 5.3.

redogöra för de regler som tar sikte på internetjänsteleverantörers upphovsrättsliga ansvar. Vidare är ansvarsgrunderna viktiga i redogörelsen av E-handelsdirektivet och E-handelslagen för att förstå vilka grunder ansvarsfritetsreglerna tar sikte på. Jag anser med andra ord att det inte går att redogöra för undantagen utan att kunna förstå och förklara huvudregeln.

3 Upphovsrätten

3.1 Allmänt

Upphovsrätten ger upphovsrättsinnehavaren en rättighet till sitt verk som gör det möjligt för honom eller henne att förhindra andra från att exempelvis kopiera eller efterbilda verket. Upphovsrätten är en del av immaterialrätterna, d.v.s. patenträtten⁴⁶, varumärkesrätten⁴⁷ och mönsterrätten⁴⁸. Alla dessa rättigheter skyddar den intellektuella prestation som lagts ner vid skapandet av det som anses vara immaterialrättsligt skyddsvärt. Gemensamt för dessa immaterialrättsliga lagar är att innehavaren av en rättighet har tillförsäkras en ensamrätt till sitt verk. Ensamrätterna kan se olika ut beroende på vilken immaterialrätt det rör sig om. Ett exempel på ensamrätt eller förfoganderätt kan vara rätten till framställning av exemplar. De immaterialrättsliga skydden ser även olika ut avseende skyddsomfång, skyddsförutsättningar samt skyddstid.⁴⁹ För upphovsrätten gäller normalt ett automatiskt skydd så fort ett verk har skapats och som på något sätt har fixerats i ett medium. Skyddsförutsättningen för att ett verk ska anses ha verkshöjd, d.v.s. anses vara skyddsvärt, är att det är originellt. Man brukar säga att originalitetskravet är uppnått ifall den intellektuella prestation som utgör skapandet av verket resulterar i något så unikt att ingen annan hade kunnat skapa exakt samma sak utan att motsvarigheten skulle utgöra en kopia eller efterbildning.⁵⁰

Det har länge varit en självklarhet att skaparen av ett *verk* ska ha rätten att skörda frukterna av det arbete som han lagt ner. Vilka dessa frukter är har emellertid inte alltid varit lika självklart och den upphovsrättsliga regleringen har därför inte alltid sett likadan ut. Under upphovsrättens historia har de verk som ansetts upphovsrättsligt skyddsvärda utökats genom åren. Under de ca 200 till 300 år man kan tala om förekomsten av en upphovsrätt, så som vi känner den idag, kan man säga att den främst har motiverats utifrån, i varje fall i Europa, tanken om att upphovsrättsmannen ska belönas för det arbete han lagt ner, d.v.s. någon form av *belöningsteori*.⁵¹ Allteftersom utvecklingen gått framåt har synen på det som ansetts vara upphovsrättsligt skyddsvärt, skyddsperioden samt skyddet i sig förändrats och gradvis utökats.

Upphovsrätten är, till skillnad från många andra juridiska ämnen, starkt internationellt reglerat. Det finns ett flertal internationella konventionen som

⁴⁶ Se patentlagen (1967:837)

⁴⁷ Se varumärkeslagen (1960:729)

⁴⁸ Se mönsterskyddslagen (1970:485)

⁴⁹ A. Lindberg., & D. Westman., *Praktisk IT-rätt*, Norstedts juridik AB, tredje upplagan, 2001

⁵⁰ För en allmän introduktion till upphovsrätten se t.ex. M., Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, nionde upplagan, Norstedts Juridik (2007), kapitel II.

⁵¹ W., Cornish., D., Llewelyn & T., Aplin., *Intellectual Property. Patents, Copyright, Trade-marks & Allied rights*, 7 uppl., Sweet & Maxwell (2010), s. 399

tar sikte på skyddet av upphovsrätten. Även uppsatsens frågeställning förutsätter ett internationellt perspektiv eftersom den digitala världen, med internet i centrum, utgör ett globalt medium. Det aktuella området har även problematiserats samt diskuterats inom ramen för de olika internationella samarbetena. Upphovsrätten har även, i viss mån, harmoniserats inom ramen för den Europeiska Unionen. Utvecklingen av det internationella skydd som upphovsrätten åstadkommit kommer därför kort att redogöras för nedan varpå en redogörelse för aktuella europeiska rättsakter följer mot bakgrund av den tekniska utvecklingen inom området.

3.2 Internationellt

Under 1800-talet ökar behovet av en samreglerad upphovsrätt i takt med att den internationella handeln tar fart. Länder med ett högre utvecklat skydd kräver ett jämförbart skydd av sina handelsparter. Så småningom utarbetas ett antal bilaterala avtal och 1886 får vi det första multilaterala avtalet, Bernkonventionen. Bernkonventionen ger upphovsmannen ett skydd motsvarande det skydd som erbjuds i det land där upphovsrättsmannen kommer ifrån eller det land där verket först publiceras d.v.s. ett skydd enligt den s.k. principen om nationell behandling (principle of national treatment) där samma skyddsnivå ska garanteras för utländska som för inhemska upphovsmän.

Trots att dessa internationella avtal har till syfte att försöka få en internationellt reglerad upphovsrätt skiljer sig fortfarande de materiella reglerna åt från land till land. Detta medför att man ganska snabbt börjar ifrågasätta det skydd som olika länder erbjuder eftersom det i vissa länder är sämre än i andra. 1908 tvingas därför ett antal ändringar fram som kommer att innebära att det för upphovsrättsligt skydd bl.a. inte ska kunna krävas någon form av registrering samt att skyddstiden för upphovsrätt minst ska bestå i 50 år efter upphovsrättsinnehavarens död.⁵² Under åren från dess ikraftträdande så har Bernkonventionen genomgått ett flertal ändringar samt tillfogats tilläggsprotokoll som vidgar det upphovsrättsliga skyddet. Med Stockholmskonferensen 1967 införs exempelvis det s.k. ”tre stegs testet”, i Bernkonventionens artikel 9(2), som begränsar upphovsrättsmannens återgivningsrätt av ett verk genom att lämna detta område till medlemsstaternas reglering. Bernkonventionen administreras samt övervakas av den internationella organisationen WIPO. För tillfället har Bernkonventionen tillträtts av 184 länder.⁵³

Ett annat internationellt avtal som reglerar upphovsrätten är det s.k. TRIPs avtalet. Under 1980-talet börjar de industrialiserade länderna, med USA i spetsen, att kräva ett starkare internationellt skydd för immaterialrätterna. Med anledning av detta försöker USA att introducera skyddet av immaterialrätter inom ramen för GATT. GATT är ett multilateralt avtal som har till syfte att underlätta internationell handel genom att exempelvis ta bort han-

⁵² W. Cornish., D. Llewelyn & T. Aplin (2010), s. 404

⁵³ <http://www.wipo.int/members/en/> (senast besökt 2011-03-21)

delshinder. Så småningom förverkligas planerna på ett immaterialrättsligt skydd kopplat till det internationella handelssystemet genom antagandet av TRIPs-avtalet 1994 efter att ha fört förhandlingar om detta i närmre 20 år. På så sätt skyddas numera upphovsrätten även inom ramen för GATT som numera är ombildat till WTO.⁵⁴

Vad skiljer då dessa internationella konventioner från varandra? Varför finns flera internationella konventioner när de i princip tillfogar rättighetsinnehavarna ett likartat skydd? Som redan framgått ovan har de internationella avtal och konventioner som utarbetats uppstått av olika skäl och inom ramen för olika samarbeten. GATT-avtalet innehöll redan från början, visserligen ett fåtal, regler som tog sikte på immaterialrätter även om de gav ett sämre skydd än vad som då var önskvärt från avtalsparternas sida. En annan anledning till varför det finns olika multilaterala, samt bilaterala avtal, är att det inte alltid är möjligt att inom ramen för ett samarbete komma överrens med samtliga parter. Detta är ett tydligt exempel på uppkomsten av det s.k. ACTA-avtalet.⁵⁵ ACTA-avtalet har nämligen förhandlats fram utav några av de länder som är medlemmar i WIPO, men utanför ramarna för detta organ eftersom man inte sett det som möjligt, eller önskvärt, att komma fram till en lösning inom WIPO.

Vad man särskilt var ute efter när man startade förhandla fram TRIPs, och som även saknades inom ramen för Bernkonventionen, var regler som tog sikte på verkställigheten av immaterialrätter.⁵⁶ TRIPs och Bernkonventionen ger, som redan nämnts, likartade skydd. I artikel 9 TRIPs stadgas nämligen att medlemmarna ska efterleva artiklarna 1-21 i Bernkonventionen. Den största skillnaden mellan de två konventionerna är att TRIPs innehåller verkställighetsregler samt att TRIPs.⁵⁷

3.2.1 Särskilt om Bernkonventionen

Efter antagandet av TRIPs började man, inom ramen för Bernkonventionen, diskutera antagandet av ett nytt avtal som skulle vara anpassat till den digitalisering som höll på att utvecklas i världen. Denna ”digitala agenda” brukar sägas ha slagit rot i och med framfarten av det nya mediet internet. Det som primärt diskuterades var införandet av en ny spridningsrätt som även skulle komma att omfatta spridning av verk på internet.⁵⁸

Under Bernkonventionen skyddas musikaliska och litterära verk. Eftersom det som är mest aktuellt i fråga om ansvar för internetjänstleverantörer avser de två förfoganderätterna tillgängliggörande för allmänheten samt

⁵⁴ L., Bently & B., Sherman (2009), s 6-7

⁵⁵ Se nedan avsnitt 4.5.

⁵⁶ D., Gervais, *The TRIPs Agreement. Drafting History and Analysis*, Sweet & Maxwell London 1998, s 9-10

⁵⁷ L., Bently & B., Sherman (2009), s.8

⁵⁸ S., Ricketson & J., Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond* (2006), s.147-148

exemplarframställning kommer dessa två upphovsrättsliga förfoganderätter fortsättningsvis att beaktas särskilt med utgångspunkt i den tekniska utvecklingen.

Diskussionen av ett tilläggsprotokoll inom ramen för Bernkonventionen resulterar så småningom i antagandet av två nya avtal, det s.k. WIPO Copyright Treaty (WCT) och WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) 1996. Tanken var att behandla de problem som uppstått inom ramen för upphovsrätten i och med utvecklingen av digitala tekniker och nätverk.⁵⁹

En av de viktigaste nyheterna som kom att införas med WCT är tolkningen av artikel 9(1) Bernkonventionen, som stadgar att uphovsmannen till ett verk har den exklusiva rätten till att framställa exemplar. Denna rätt gjordes teknikneutral genom antagandet av WCT. I kommentaren till WCT artikel 1(4) återfinns följande stadgande:

The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.

I samma anda gjordes även en anpassning av Bernkonventionens artikel 11 som reglerar upphovsrättsmannens exklusiva rätt att göra verket tillgängligt för allmänheten oavsett hur detta tillgängliggörande sker.⁶⁰ I WCT artikel 8 stadgas nämligen att: ”authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them”. Av uttalandena framgår emellertid inte huruvida tillfälliga exemplar ska omfattas av rätten att framställa exemplar samt rätten till överföring till allmänheten.

Detta innebär att det tydliggörs att de upphovsrättsliga reglerna avseende förbud att, utan upphovsrättsmannens godkännande, göra verk tillgängliga för allmänheten samt vid framställning av exemplar numera även omfattar det ”digitala rummet”.

Som redan nämnts ovan så kom denna förstärkning av upphovsrättsinnehavarens ensamrätt att starta en diskussion rörande bland annat hur internet-tjänsteleverantörers ansvar för upphovsrättsligt skyddat material på internet ska tolkas. De frågor som aktualiseras handlar bland annat om tillfälligt framställda kopior, även kallat *caching*, hyperlänkning som en form tillgängliggörande för allmänheten samt en rent allmän diskussion rörande internet-tjänsteleverantörers ansvar för upphovsrättsligt skyddat material som görs tillgängligt på internet av tredje män utan upphovsrättsmannens god-

⁵⁹ S., Ricketson & J., Ginsburg (2006), s.147

⁶⁰ Se Bernkonventionen artikel 11 “[...] by any means or process [...]”

kännande. I det senare fallet måste det röra sig av en form av andrahandsansvar eller medverkansansvar.⁶¹

3.2.2 Tillgängliggörande för allmänheten

Upphovsrättsmannens ensamrätt att sprida verket till allmänheten regleras främst i Bernkonventionens artikel 11. Spridningsrätten enligt denna artikel omfattar inte alla verk som skyddas i konventionen, utan dessa rättigheter är utspridda i flertalet artiklar. Skyddets omfång bör därför egentligen behandlas utifrån varje typ av verk.⁶² Eftersom syftet inte är att göra någon djupare analys av Bernkonventionen kommer endast ett par exempel att framföras.

Som redan nämnts omfattar spridningsrätten i Bernkonventionen framförallt två situationer nämligen; offentligt framförande samt överföring till allmänheten. Vad som menas med allmänheten förtydligas inte i konventionen. Hur omfattande den skara personer ska vara för att anses utgöra ”allmänheten” är upp till varje enskilt medlemsland att reglera i nationell lagstiftning.⁶³

Spridningsrätten vid *offentligt framförande*⁶⁴ omfattar endast verk av typen musikaliska, sceniska eller en förening av de två första. Stadgandet har gjorts teknikneutralt genom uttrycket ”by any means or process” för att även kunna inkludera upptagningar så som videoupptagningar, ljudupptagningar m.m. Detta innebär att spelandet av en CD-skriva på en allmän plats, exempelvis en affär, kan innebära att verket framförs offentligt.

Spridningsrätten vid *överföring till allmänheten* har också gjorts teknikneutralt genom införandet av ”any communication to the public” istället för ”making available to the public”.⁶⁵ Det är denna spridningsrätt som blir aktuell i situationer på internet eftersom ett framförande i den mening som avses i artikel 11 inte är möjligt på internet.⁶⁶ I artikel 8 WCT stadgas nämligen att:

”[...] authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.”

⁶¹ Det finns emellertid i svensk rätt ett rent strikt skadeståndsansvar i visa fall vid olovligt utnyttjande av verk vilket givetvis är aktuellt vid tredjemansgenererat material på internet trots att internetjättesteleverantören inte medverkar till upphovsbrottet eftersom det inte förutsätter vare sig uppsåt eller oaktsamhet, se nedan avsnitt 5.5.

⁶² S., Ricketson & J., Ginsburg (2006), s.739

⁶³ S., Ricketson & J., Ginsburg (2006), s.704-705

⁶⁴ ”Public performance”

⁶⁵ Denna tolkning av Bernkonventionen artikel 11 omfattar endast de länder som ratificerat WCT eftersom WCT inte medfört att lydelsen i Bernkonventionen ändrats.

⁶⁶ Detta gäller även spridningsrätten enligt infosocdirektivet samt upphovsrättslagen. Framöver kommer det därför med spridningsrätt eller tillgängliggörande för allmänheten avses överföring till allmänheten.

I kommentaren till WCT artikel 8 återfinns en förklaring till innebörden med överföring⁶⁷ där det förtydligas att enbart tillhandahållandet av materiella anordningar för möjliggörandet av överföringen inte i sig självt utgör en överföring. Detta uttalande antogs som ett svar på den oro som uttrycktes av från bl.a. telekommunikationsorganisationer samt internetjänsteleverantörer. Detta stadgande omfattar dessutom alla verk som skyddas av Bernkonventionen.⁶⁸

Det har i många fall diskuterats huruvida caching eller ren vidarebefordran ska anses utgöra ett tillgängliggörande i upphovsrättslig mening.⁶⁹ Denna fråga har emellertid inte reglerats inom ramen för Bernkonventionen. I litteraturen har det även diskuterats huruvida indirekt tillgängliggörande omfattas av den exklusiva rätten av överföring till allmänheten. Detta skulle i så fall möjligen täcka situationen med hyperlänkar eller djuplänkning. Problemet med hyperlänkar är att de möjliggör för användaren att nå information från en hemsida annan än den som informationen faktiskt hämtas ifrån. Detta innebär att man kan komma åt upphovsrättsligt skyddat material från en annan plats än från den där det egentligen görs tillgängligt. Frågan är om personen ansvarig för hemsidan med hyperlänken kan göras ansvarig för olovligt material som ursprungligen gjorts tillgängligt på en annan sida. En annan fråga som man ställt sig är huruvida hyperlänken skulle kunna utgöra en olovlig exemplarframställning. Huruvida så är eller bör vara fallet kommer att diskuteras mer ingående nedan.⁷⁰ Detta kan vara fallet särskilt vid de situationer där det inte framgår för användaren att materialet faktiskt kommer från en annan hemsida.⁷¹

3.2.3 Exemplarframställning

Rätten att framställa exemplar, d.v.s. rätten att göra kopior, fastställs i artikel 9(1) Bernkonventionen. Denna rätt är en av grunderna inom det upphovsrättsliga skyddet, men har inte haft något uttryckligt skydd i Bernkonventionen förrän efter Stockholms- och Parisrevisionen, 1967 respektive 1971. Den exklusiva rätten att framställa exemplar existerade givetvis dessförinnan i nationella lagstiftningar och tillämpades mellan medlemmarna, trots sin frånvaro i Bernkonventionen, genom tillämpningen av den s.k. principen om nationell behandling. En anledning till varför man inte reglerade exemplarframställningsrätten i Bernkonventionen var därför att man inte var överrens om hur en sådan reglering skulle se ut.

Till en början omfattades enbart tryckta kopior av exemplarframställningsrätten. Allteftersom utvecklingen gick framåt började man inse att exemplar

⁶⁷ "Communication"

⁶⁸ S., Rickertson & J., Ginsburg (2006), s.745-746 jfr med Infosocdirektivet p.27 i preambeln där ett liknande undantag gjorts.

⁶⁹ Kindhult (2001), s.49 ff. Se även prop:2001:02:150, s.48-49

⁷⁰ Se nedan avsnitt 5.8.

⁷¹ S., Rickertson & J., Ginsburg (2006), s.747-748 se även L., Bently & B., Sherman (2009), s.151

kunde framställas i olika former. Ett dramatiskt eller litterärt verk kunde exempelvis översättas till ett annat språk utan att innehållet ändrades nämnvärt. Så småningom lyckas man enas om att lägga till bearbetningar och översättningar som en del i exemplarframställningsrätten och senare även mekanisk samt scenisk återgivning. Den första avser främst musikaliska verk som på mekanisk väg spelas upp av exempelvis ett självspelande piano, eller pianola, medan den andra exempelvis avser ett litterärt verk som iscensätts. Till en början var självspelande pianon undantagna från exemplarframställningsrätten d.v.s. det utgjorde inte något brott mot det upphovsrättsliga skyddet att återge melodier på sådan mekanisk väg, men senare, i och med den fortsatta utvecklingen av nya tekniker, kom även denna syn att förändras. Det var inte förrän 1948, i och med Brysselrevisionen, som man försökte införa en generell återgivningsrätt i Bernkonventionen som skulle omfatta alla verk oavsett på vilket sätt de blev återgivna.⁷²

Trots att man anpassat Bernkonventionen till den digitala utvecklingen pågår en ständig diskussion inom WIPO om hur en fortsatt anpassning av upphovsrätten ska göras till den digitala miljön.

*Although the WCT and the WPPT now provide basic norms clarifying and safeguarding the protection of copyright and related rights in relation to the digital environment, and serve both as a guide and a model for national legislation, certain unresolved questions remain at the international level.*⁷³

Vad som särskilt nämns som ett olöst problem är exempelvis räckvidden på det upphovsrättsliga skyddet, d.v.s. vilka rättigheter upphovsrättsmannen ska tillförsäkras i framtiden, hur ansvaret för internetjänsteleverantörer ska se ut, hur man ska se på djuplänkning samt hur ett eventuellt skydd för databaser skall utformas.⁷⁴

Vid antagandet av WCT 1996 så ratades förslaget om en återgivningsrätt som skulle täcka både direkt och indirekt exemplarframställning, oavsett om den var permanent eller temporär och oavsett form. Härmed sköts bl.a. problemet med tillfälliga kopior på framtiden, i varje fall inom ramen för WIPO.⁷⁵ Inom ramen för WPPT, som omfattar närstående rättigheter, tog man visserligen in bestämmelser rörande exemplarframställningsrätten i artiklarna 7 och 11, men dessa reglerar inte heller tillfälliga kopior.⁷⁶

⁷² S., Rickertson & J., Ginsburg (2006), s.622-628

⁷³ K., Koelman & B., Hugenholtz., *The impact of the Internet on Intellectual Property Law*, punkt 65. Material hämtat från http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/chap3.html (senast besökt 2011-04-03)

⁷⁴ K., Koelman & B., Hugenholtz, punkt 66. Se även H., Olsson (2011).

⁷⁵ D., Rowland & E., Macdonald (2006), s.494. Se även M., Levin, *Lärobok i Immaterialrätt*, nionde upplagan, Norstedts Juridik (2007), s.135

⁷⁶ Flyktiga kopior kommer sedan att undantas från exemplarframställningsrätten i och med antagandet av Infosocdirektivet.

3.2.4 Trestegstestet och återgivningsrätten

I samband med revideringen av Bernkonventionen vid Stockholmskonferensen 1967 infördes trestegstestet. Regeln omfattade då endast rättent till mångfaldigande. Idag har den kommit att utsträckas till att även omfatta vissa former av tillgängliggörande för allmänheten, vissa närstående rättigheter⁷⁷ samt vissa andra immaterialrättigheter.

När man diskuterar ansvaret för internetjänsteleverantörer vid djuplänkning samt caching, med tanke på förbudet mot exemplarframställning, så får man inte glömma att beakta inskränkningen av denna rätt som stadgas i Bernkonventionen artikel 9(2)⁷⁸, motsvarande artikel 13 i TRIPs samt numera även i artikel 5(5) Infosocdirektivet. Enligt trestegstestet ska en återgivning som är undantagen från den exklusiva exemplarframställningsrätten, d.v.s. en exemplarframställning som är tillåten även utan rättighetshavarens tillstånd, ändå anses otillåten ifall kopian strider mot verkets normala utnyttjande samt i övrigt om det oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen. Vid implementeringen av Infosocdirektivet i svensk rätt ansåg lagstiftaren att det inte var nödvändigt att uttryckligen implementera trestegstestet i nationell rätt.⁷⁹

3.3 Europa

Inom den Europeiska Unionen blev upphovsrättens område relativt sent harmoniserat. Viktigt att notera är att det fortfarande inte finns någon heltäckande europarättslig lagstiftning inom upphovsrätten.⁸⁰ Det första initiativet till en reglering inom upphovsrätten togs av Kommissionen genom publiceringen av dokumentet ”*Copyright and the Challenge of Technology*” i juni 1988. I detta dokument tar Kommissionen upp det ökade behovet av skyddet för litterära och konstnärliga verk. Reformförslagen är främst inriktade på överväganden rörande den interna marknaden, konkurrenskraften till globala handelsparter samt skillnader i regleringen av upphovsrätten i olika medlemsländer.⁸¹

Vidare så identifierar Kommissionen ett flertal problemområden som man skulle behöva beakta särskilt. Som exempel nämns bland annat piratkopiering, skyddet av datorprogram samt databaser. Det första lagstiftningspaketet som detta initiativ gav upphov till var ett antal direktiv inom det upphovsrättsliga området, men som reglerade tämligen spridda frågor. Sex direktiv antogs varav några är det s.k. datorprogramsdirektivet, 1991, kabel och satellitdirektivet, 1994 och databasdirektivet 1996. Det kom att dröja

⁷⁷ Se artikel 16(2) WPPT

⁷⁸ Se även artikel 10 WCT

⁷⁹ Prop.2004/05:110, s.84

⁸⁰ T., Cook, *EU Intellectual Property Law*, Oxford University Press (2010), s. 68

⁸¹ COM (1988) 172 final, *Green Paper on copyright and the challenge of technology. Copyright issues requiring immediate action*, p.1-p.6 se även G., Triton, *Intellectual property in Europe*, Sweet & Maxwell, andra upplagan, 2002, s.323 f.

fram till 2001 innan Kommissionen antar ett direktiv, det s.k. Infosocdirektivet, som tar sikte på mer generella frågor inom upphovsrätten.⁸²

3.4 Infosocdirektivet

Infosocdirektivet implementerar i huvudsak de två konventioner som ratificerats inom ramen för WIPO, d.v.s. WCT och WPPT. Europeiska Unionen är, utöver samtliga medlemsländer, nämligen själv part till konventionerna. Antagandet av direktivet blev en aning föresant eftersom vissa frågor, särskilt de avseende undantagsreglering, ansågs vara kontroversiella. En av dessa frågor gällde tillämpningen av rätten till mångfaldigande i förhållande till framställningen av flyktiga eller tillfälliga kopior.⁸³ I artikel 1 i direktivet stadgas att tillämpningsområdet avser det rättsliga skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter, med särskilt tonvikt på informationssamhället. Av ingressen till direktivet framgår vidare att upphovsrätten är viktigt för den Europeiska Unionen då den stimulerar till utveckling samt produktion av nya varor och tjänster.⁸⁴ Vidare sägs att den tekniska utvecklingen har gjort att nya nyttjandeformer växt fram samt att spridningen av verk har ökat vilket kräver nya reformer.⁸⁵

Mångfaldiganderätten regleras i direktivets artikel 2 vilken föreskriver att medlemsländerna ska tillförsäkra upphovsrättsinnehavaren till ett verk en ensamrätt att tillåta eller förbjuda ”direkt eller indirekt, tillfällig eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis [...]”. Således omfattas tillfälliga kopior, vid en första anblick, av upphovsrättsmannens exklusiva rätt till mångfaldigande av verket. Så som redan antytts beslutade man emellertid att införa en rad undantag i direktivets artikel 5, varav framställningen av tillfälliga kopior utgör ett.

Enligt artikel 5(1) i Infosocdirektivet ska förbudet mot mångfaldigande, som avses i artikel 2, undantas från artikelns tillämpningsområde om fem villkor är uppfyllda, nämligen om:

- det är fråga om en *tillfällig* form av mångfaldigande,
- mångfaldigandet är *flyktigt* eller utgör ett inkluderande av *underordnad betydelse*,
- mångfaldigandet utgör en *integrerad och väsentlig* del i en teknisk process,

⁸² Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosocdirektivet)

⁸³ T., Cook (2010), s.93

⁸⁴ Se preambeln p.2

⁸⁵ Preambeln p.5 och 55

- det enda syftet med denna process är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning⁸⁶ av ett verk eller annat alster, och
- mångfaldigandet inte har någon *självständig ekonomisk betydelse*.

Vidare framgår av ingressen till direktivet att, i den mån undantagen ovan är uppfyllda, så ska artikel 5(1) även omfatta ”åtgärder som gör att webläsning och cachelagring kan ske, inbegripet sådana som gör att överföringssystem kan fungera effektivt, under förutsättning att mellanhanden inte ändrar informationen och inte ingriper i den lagliga användningen av den teknik som är allmänt vedertagen och som används inom branschen för att få fram data om hur informationen används”.⁸⁷ Att lägga märke till här är framförallt att det i ingressen talas om *åtgärder* som gör att överföringssystem kan fungera effektivt. Detta innebär att andra åtgärder än just framställning av exemplar, vilket är det som omnämns i artikel 5(1), kanske ska anses omfattas av undantaget i artikel 5(1).⁸⁸

Tillämpningen av artikel 5(1) har varit föremål för EU-domstolens⁸⁹ tolkning i ett förhandsavgörande gällande en tvist i den danska högsta domstolen (Højesteret) mellan Infopaq och Danske Dagblades Forening (de danska tidningarnas branschorganisation).⁹⁰ Den danska högsta domstolen frågade i huvudsak hur stor del av ett verk som skulle krävas för att artikel 2 enligt Infosocdirektivet skulle bli tillämpligt, i det aktuella målet rörde det sig om en utskrift om 11 ord, samt hur flyktighetsvillkoret i artikel 5(1) ska tolkas. EU-domstolen kom fram till, vad gäller mångfaldiganderätten enligt artikel 2, att lydelsen skall ges stor räckvidd och att det därför inte kan uteslutas att vissa enskilda meningar eller t.o.m. delar av meningar omfattas av skyddet enligt nämnda artikel.⁹¹ Vad gäller tolkningen av artikel 5(1) uttalade domstolen att ”[e]n form av mångfaldigande kan anses vara flyktig, i den mening som avses i artikel 5(1), endast om den existerar under den tid som behövs för att den berörda tekniska processen ska fungera väl. Nämnda process ska vara automatiserad på så sätt att formen av mångfaldigande automatiskt raderas, utan mänskligt ingripande, så snart som den inte längre fyller någon funktion för genomförandet av den tekniska processen”.⁹² Vidare betonar domstolen att tolkningen av artikel 5(1) ska vara restriktiv eftersom

⁸⁶ Det andra undantaget som görs i artikel 5(1)(b) för laglig användning hänför sig till de s.k. RAM-kopiorna som uppstår vid *client caching*, se ovan avsnitt 2.3.1.

⁸⁷ Se ingressen p.33

⁸⁸ Vidare kan man lägga märke till att det i artikel 5(1) endast stadgar om sådana tillfälliga kopior som behövs för att *möjliggöra* en överföring, medan det i preambeln framgår att sådana tillfälliga kopior som behövs för att *effektivisera* överföringar även kan omfattas ifall rekvisiten i artikel 5(1) i övrigt är uppfyllda.

⁸⁹ Efter ikraftträdande av Lissabonfördraget den 1 december 2009 heter numera EU-domstolen Europeiska Unionens domstol.

⁹⁰ C-5/08, Infopaq International v. Danske Dagblades Forening [2009]. För en ingående diskussion av fallet samt framförallt om originalitetskravet se t.ex. J., Axhamn, *EU-domstolen tolkar originalitetskravet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande*, NIR 2010 (4), s.339-353

⁹¹ C-5/08 (Infopaq), p.43 och p.47

⁹² C-5/08 (Infopaq), p.64

det utgör ett undantag samt att det ska göras mot bakgrund av artikel 5(5), som ger uttryck för det s.k. trestegstestet.⁹³

Enligt Axhamn kan EU-domstolens dom i målet Infopaq antas ha stora praktiska konsekvenser eftersom automatiska mellanlagringar av information, där lagringen sker under en tidsrymd som inte skulle anses vara nödvändig för genomförandet av den tekniska processen, sker dagligen. Ett exempel som framförs när detta sker är vid ”nätsurfning” när internetanvändare ombeds välja om de aktuella filerna ska sparas för framtida surfning eller inte.⁹⁴ I domen antydde EU-domstolen att de faktiska omständigheterna i fallet kunde ha föranlett en tillämpning av rekvisitet ”inkluderande av underordnad betydelse”⁹⁵, men domstolen prövade aldrig denna fråga.⁹⁶ Axhamn menar att rekvisitet förmodligen inte skulle vara tillämpligt i surfningsexemplet ändå eftersom ”[d]et mångfaldigande som sker för att möjliggöra webbsurfning är ju av central betydelse (för att möjliggöra webbsurfningen)”⁹⁷.

Rätten till överföring av verk till allmänheten regleras i direktivets artikel 3. Precis som i Bernkonventionen omfattar denna rätt alla sorters överföringar⁹⁸ samt on-demand situationer d.v.s. situationer där tillgängliggörandet sker på en plats och en tid annan än den där allmänheten tar del av verket.⁹⁹ Frågan om vidareändring av cachekopior till internetanvändare omfattas av begreppet överföring till allmänheten framgår inte av lydelsen i direktivet. Inte heller finns det någon praxis att tillgå vad avser rätten till överföring i förhållande till tillfälliga kopior. I doktrinen finns inte heller något entydigt svar att tillgå.¹⁰⁰ Precis som i artikel 8 WCT finns ett motsvarande uttalande i ingressen till Infosocdirektivet punkt 27 vari stadgas att ”[e]nbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring skall inte i sig betraktas som överföring i den mening som avses i detta direktiv.”

⁹³ C-5/08 (Infopaq), p.56-57. Se även ovan avsnitt 3.2.4

⁹⁴ J., Axhamn (2010), s.351

⁹⁵ Notera att flyktighetsrekvisitet samt rekvisitet ”inkluderande av underordnad betydelse” i artikel 5(1) inte är kumulativa.

⁹⁶ Förfarandet med förhandsbesked regleras i artikel 267 i Lissabonfördraget. EU-domstolen besvarar i princip enbart de frågor som nationell domstol ställer då domstolens uppdrag strikt är att tolka EG-rätten medan det sedan är upp till nationell domstol att tillämpa EG-rätten och nationell rätt. Se t.ex. P., Craig & G., de Búrca, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, fjärde upplagan, Oxford University Press (2008), kapitel 13

⁹⁷ J., Axhamn (2010), s.351

⁹⁸ Jfr Wipo Copyright Treaty artikel 8 ”any communication to the public”. Se ovan avsnitt 3.2.2.

⁹⁹ Rätten till överföring till allmänheten förklaras ytterligare i punkt 23 i ingressen till direktivet där det sägs att ”[d]enna rätt bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker. Denna rätt bör omfatta all sådan sändning eller vidareändring av ett verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg, inklusive radio- och televisionssändningar. Denna rätt omfattar inga andra åtgärder.”

¹⁰⁰ Se ovan avsnitt 3.2.2.

Tidigare har nämnts att en anledning till varför Kommissionen började intressera sig för regleringen av upphovsrätten var den divergerande lagstiftning som fanns i de olika medlemsstaterna. I ingresspunkt 40 till E-handelsdirektivet sägs att befintliga och framväxande skillnader i medlemsstaternas lagstiftning och rättspraxis avseende ansvar för tjänsteleverantörer som agerar mellanhänder hindrar en inre marknad från att fungera smidigt, särskilt genom att utvecklingen av gränsöverskridande tjänster hämmas och genom att konkurrensen snedvrids. Exempelvis så framgår det av fransk rättspraxis att man i Frankrike närmast tillämpade ett strikt ansvar för internettjänsteleverantörer liknande det ansvar som gäller för ansvariga utgivare enligt svensk rätt. Detta innebar att internettjänsteleverantörer var skyldiga att övervaka sina internettjänster från olovligt material för att inte riskera ansvar.¹⁰¹

3.5 Sammanfattande kommentar

Tillfälliga kopior, så som cachekopior, är undantagna från tillämpningen av Infosocdirektivets artikel 2 enligt artikel 5(1) i motsvarande direktiv. Huruvida så ska anses vara fallet enligt Bernkonventionen är mer oklart eftersom det inte finns något motsvarande stadgande som undantar framställningen av tillfälliga kopior. Införandet av ett sådant undantag har emellertid övervägts flertalet gånger inom ramen för WIPO.

Huruvida överföring av cachekopior eller vidarebefordran av information inom ett nät ska anses utgöra en överföring till allmänheten enligt Infosocdirektivet eller Bernkonventionen framgår inte av vare sig ordalydelsen i de båda texterna eller av praxis. Det finns inte heller något entydigt svar i litteraturen.¹⁰²

Klart är i varje fall att enbart *tillhandahålla utrustning*, d.v.s. ledningar samt annan fysisk utrustning, för att möjliggöra eller utföra en överföring, inte omfattas av begreppet överföring till allmänheten enligt vare sig Bernkonventionen, genom artikel 8 WCT, eller enligt Infosocdirektivet, enligt punkt 27 i ingressen.

¹⁰¹ R., Julià-Barceló (2000), s.105-106

¹⁰² Se ex. Kindhult (2001), s.51-53. Kindhult kommer inte fram till något entydigt svar om hur Bernkonventionen eller Infosocdirektivet ska tolkas, han menar emellertid att caching kan utgöra ett problem i de fall då hemsidan inte finns längre eller då hemsidan har ändrat innehåll i förhållande till cachekopian eftersom det i dessa fall skulle kunna anses utgöra en överföring till allmänheten gjord från "the access provider" (för definition av accessprovider se ovan avsnitt 2.2.). I E-handelsdirektivet artikel 13 har man emellertid tagit dessa problem i beaktande vid utformandet av ansvarsfriheten.

4 E-handelsdirektivet

4.1 Bakgrund

Bakgrunden till det s.k. E-handelsdirektivet är att undanröja de juridiska hinder som särskilt anses utgöra ett problem för utvecklingen av elektronisk handel. I artikel 1 till direktivet stadgas att syftet med direktivet är att bidra till att den inre marknaden fungerar genom att säkerställa den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster mellan medlemsstaterna. Förslaget till direktivet tar främst upp fem huvudfrågor som man anser är kopplade till handeln på internet och som därför kräver en gemensam reglering. De frågor som Kommissionen uppmärksammar är frågan om:

- Etableringsort för dem som tillhandahåller informationssamhällets tjänster
- Marknadskommunikation, reklam, direkt marknadsföring, etc.
- Ingående av avtal på elektronisk väg
- Mellanhänders ansvar d.v.s. internetjänsteleverantörers ansvar i samband med lagring av information från tredje man.
- Genomförandet av lagstiftningen

I förslaget nämner Kommissionen att den elektroniska handeln är viktigt för tillväxten i Europa samt att den även bör ses i ett världsomfattande perspektiv, men att man ser sig tvungen att anta en reglering trots att man inte lyckats enas om några världsomfattande bestämmelser inom ramen för någon internationell konvention. Den främsta orsaken är att området utmärks av rättslig osäkerhet.¹⁰³

Vad gäller ansvar för mellanhänder identifierar Kommissionen ett antal frågor som man ser som problematiska. För det första säger man att det är svårt att, enligt rådande lagstiftning, klargöra vilket ansvar internetjänsteleverantörer har när de sprider eller lagrar olaglig information som tredje man lagt ut på nätet. Särskilt svårt blir detta eftersom internetjänsteleverantören sällan har någon kunskap om det innehåll det rör sig om. En annan fråga som aktualiseras är hur långtgående skyldigheter man ska ställa på internetjänsteleverantörer att kontrollera den information de vidarebefordrar eller lagrar. Kommissionen noterar vidare att medlemsländerna har antagit olika lösningar och att dessa olikheter i regleringen kan medföra att den inre marknaden inte fungerar så som man tänkt sig.¹⁰⁴ I ingressen till direktivet uttalas att syftet med direktivet är att skapa en rättslig ram för att säkerställa fri rörlighet för informationssamhällets tjänster mellan medlemsstaterna.¹⁰⁵

¹⁰³ KOM (1998) 586 slutlig, Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa rättsliga aspekter på den elektroniska handeln på den inre marknaden, s.3-6

¹⁰⁴ KOM (1998) 586 slutlig, s.12-13, se även ingressen till E-handelsdirektivet p.40

¹⁰⁵ Se ingressen till E-handelsdirektivet p.8

I direktivets artikel 12-15 regleras internetjänsteleverantörers ansvar för den information som de p.g.a. sin verksamhet kan tänkas vidarebefordra eller lagra. Bestämmelserna innebär kort sagt att dessa mellanhänder inte ska kunna hållas ansvariga exempelvis p.g.a. att de, vid överföring av information i ett nätverk, tillfälligt mellanlagrar kopior av den överförda informationen. I följande avsnitt kommer en mer ingående redogörelse för tillämpningsområdet av artiklarna 12-15. Här kan kort nämnas att det i samtliga artiklar talas om undantag från *ansvar*. Vad som menas med ansvar framgår inte direkt av direktivet, men i doktrinen har man kommit fram till att bestämmelserna rimligtvis täcker alla former av tänkbara ansvarsförhållanden d.v.s. straffrättsliga, skadeståndsrättsliga samt offentlighetsrättsliga anspråk.¹⁰⁶

4.2 Tillämpningsområde

Enligt Kommissionen bygger den elektroniska handeln på informationssamhällets tjänster. Informationssamhällets tjänster består exempelvis av e-butiker som säljer varor och tjänster eller internetsidor som ger gratis kommunikation och som finansieras av reklam.¹⁰⁷

I direktivets artikel 1 stadgas att syftet med direktivet är att tillförsäkra fri rörlighet för *informationssamhällets tjänster*. Vad avses då med informationssamhällets tjänster? Enligt artikel 2 ska definitionen av informationssamhällets tjänster som finns i direktiv 98/34/EG¹⁰⁸ även användas vid tillämpningen av E-handelsdirektivet.

Enligt sistnämnda direktiv ska med informationssamhällets tjänster förstås: ”tjänster som vanligtvis utförs mot ersättning på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare”.¹⁰⁹ I ingressen till direktivet förklaras att det inte nödvändigtvis måste röra sig om tjänster som betalas av mottagaren av tjänsten för att den ska omfattas av begreppet informationssamhällets tjänster. Tjänsten måste emellertid utgöra näringsverksamhet, som exempel anförs kommersiella meddelanden, d.v.s. reklam.¹¹⁰

Vidare så gäller ansvarsfrihetsreglerna endast de som omfattas av begreppet *tjänsteleverantör*. Med begreppet tjänsteleverantörer avses enligt artikel 2 b varje fysisk eller juridisk person som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster. Sammantaget kan man härmed säga att samtliga tekniker som presenterats ovan kan omfattas av ansvarsfrihetsreglerna enligt E-handelsdirektivet eftersom de faller inom begreppet *informationssamhällets*

¹⁰⁶ A., Lindberg & D., Westman, *Praktisk IT-rätt*, tredje upplagan, Norstedts juridik (2001), s.146

¹⁰⁷ KOM 1998 (586) slutlig, s.7

¹⁰⁸ Europaparlamentet och rådets direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (transparensdirektivet). I E-handelsdirektivets artikel 2 hänvisas till de ändringar som införts genom direktiv 98/48/EG.

¹⁰⁹ Se även ingressen p.17

¹¹⁰ Se ingressen p.18

tjänster.¹¹¹ Som kommer att visas nedan förutsätts inte något direkt handlande från internetjänsteleverantörerna för att de ska omfattas av ansvarsfrihetsreglerna. Det är snarare vid fråga om passivitet som ansvarsfrihetsreglerna sätts ur spel.¹¹²

4.3 Ansvarsfrihetsreglerna

Inledningsvis var tanken med denna uppsats att ta upp internetjänsteleverantörers ansvar i förhållande till tredjemansgenererat material på internet. Anledningen till detta var att det i början av detta arbete, av flera anledningar, antogs att ansvarsfrihetsreglerna i E-handelsdirektivet och E-handelslagen endast gällde i förhållande till *innehållet* av den information som vidarebefordrades eller lagrades av internetjänsteleverantörer. Allteftersom arbetet fortlöpte var inte längre svaret på denna fråga lika självklart. Hur bestämmelserna ska tolkas har stor betydelse för tillämpningen av E-handelsdirektivet men även för tillämpningen av Infosocdirektivet eftersom detta eventuellt behöver tokas i ljuset av E-handelsdirektivet. I förarbetena till direktivet uttalar kommissionen, under rubriken ”mellanhänders ansvar”, att det ”i detta avsnitt regleras ansvar för dem som tillhandahåller informationssamhällets tjänster när de agerar mellanhänder, i fråga om olagliga handlingar *av tredje man*.”¹¹³ Av detta uttalande verkar det som om samtliga ansvarsfrihetsgrunder enligt direktivet tar sikte på det ansvar som kan bli aktuellt i förhållande till innehållet i det som vidarebefordras eller lagras och inte till handlingen som sådan. Frågan är emellertid om detta antagande är korrekt. Läsaren har förhoppningsvis redan noterat att de upphovsrättsligt relevanta handlingarna som hittills redogjorts för inte uteslutande tagit sikte på internetanvändaren utan även eller framförallt internetjänsteleverantörens upphovsrättsligt relevanta handlingar så som caching och länkning.

Man brukar säga att ansvarsfrihetsregleringen i direktivet är horisontell. Med detta menas att den undantar från ansvar för samtliga lagområden som omfattas av direktivet som exempelvis straffrätt, upphovsrätt och marknadsföringsrätt.¹¹⁴ De områden som omfattas av direktivet utläses *e contrario* i direktivets artikel 1(5). Nedan följer en mer ingående beskrivning av ansvarsfrihetsreglerna i E-handelsdirektivet.

4.3.1 Mere Conduit

I direktivets artikel 12 regleras ansvarsfrihet vid ren vidarebefordran. Av artikeln framgår att ”medlemsstaterna skall se till att en tjänsteleverantör

¹¹¹ Se ovan avsnitt 2.3.

¹¹² Se nedan avsnitt 4.3.4 om Google v. Louis Vuitton och nedan avsnitt 5.8.

¹¹³ KOM 1998 (586) slutlig, s.27

¹¹⁴ A., Lindberg & D., Westman (2001), s.146 jfr KOM 1998 (586) slutlig, s.27 där Kommissionen skriver att ”ansvarsbegränsningarna har fastställts horisontellt, det vill säga att de rör ansvar för alla slags olagliga verksamheter *som tredje man* kan bedriva på Internet [...]”.

som levererar en informationssamhällets tjänst bestående av överföring i ett kommunikationsnät av information som lämnats av tjänstemottagaren, eller tillhandahållande av tillgång till ett kommunikationsnät, inte skall var ansvarig för den överförda informationen.¹¹⁵ Detta undantag är vidare villkorat till att avse endast de fall där tjänsteleverantören:

1. inte initierat överföringen,
2. inte valt ut mottagaren av den överförda informationen samt
3. inte valt ut eller ändrat den information som överförs.

I andra stycket till artikel 12 återfinns samma ansvarsfrihet fast i förhållande till automatiska, mellanliggande och tillfälliga lagringar av den vidarebefordrade informationen. Som framgår av bestämmelsens ordalydelse är den endast tillämplig på internetjänsteleverantörer som kan göras ansvariga på grund av innehållet i överförd eller lagrad information. Något förbryllande anger Kommissionen i sin kommentar till artikel 12 att ansvarsfriheten enligt nämnda artikel omfattar ”både fall där en tjänsteleverantör kan hållas direkt ansvarig för en förseelse och fall där han kan hållas ansvarig för medhjälp till en förseelse som någon annan har begått”.¹¹⁶ Detta motsäger det kommissionen tidigare sagt, nämligen att ansvarsfrihetsreglerna endast gäller i fråga om olagliga handlingar av tredje man samt i viss mån själva ordalydelsen i artikeln.¹¹⁷ Kommissionen uttalar vidare, i förhållande till andra stycket i artikel 12, att lagringen som avses här endast avser sådan lagring som görs i syfte att möjliggöra överföring av informationen d.v.s. sådan lagring som regleras i artikel 13 (caching) omfattas inte av artikel 12.

Bestämmelsen tar således sikte på de som endast vidarebefordrar information i ett nätverk så som *network providers* och i viss mån *access providers*.¹¹⁸

4.3.2 Caching

I E-handelsdirektivets artikel 13 återfinns den andra ansvarsfrihetsgrunden för internetjänsteleverantörer, nämligen *caching*. Artikeln stadgar att internetjänsteleverantörer inte skall kunna hållas ansvariga för ”den automatiska, mellanliggande och tillfälliga lagring av informationen som ägt rum enbart för att effektivisera vidare överföring av informationen till andra tjänstemottagare på deras begäran under förutsättning att [...]”. Som framgår av ordalydelsen skiljer sig artikel 13 från artikel 12 på så sätt att förstnämnda artikel tar sikte på den använda tekniken, i det här fallet lagringen

¹¹⁵ Notera att det inte är själva överföringen som artikeln syftar på utan informationen i överföringen.

¹¹⁶ KOM 1998 (586) slutlig, s.28

¹¹⁷ Här menar jag att det i artikel 12 uttryckligen hänvisas till ett ansvar i förhållande till innehållet i materialet. Ett sådant ansvar kräver, i varje fall enligt svensk rätt och förmodligen i de flesta medlemsstaters upphovsrättslagar, normalt sätt uppsåt i förhållande till det olagliga materialet vilket normalt inte kan anses föreligga vid de flesta fall av ren vidarebefordran. Frågan diskuteras vidare nedan i avsnitt 5.7. och 5.8.

¹¹⁸ Se ovan avsnitt 2.2.

av information, och inte på innehållet i den lagrade informationen samt att mellanlagringen vid mere conduit skall ha till syfte att möjliggöra överföringen medan det vid caching har till syfte att effektivisera överföringen.

De förutsättningar som ska vara uppfyllda är att (1) interntjänsteleverantören inte ändrar informationen, (2) att tjänsteleverantören uppfyller villkoren för tillgång till informationen¹¹⁹, (3) att tjänsteleverantören följer den praxis som finns i branschen vad gäller uppdatering av kopior, (4) att tjänsteleverantören inte ingriper i den teknik som används för att få fram information om användningen av cachekopior och slutligen (5) att tjänsteleverantören avlägsnar kopian så snart han får *kännedom*¹²⁰ om att ursprungskällan avlägsnats eller gjort oåtkomlig eller att domstol eller annan myndighet förelagt tjänsteleverantören om att avlägsna kopian. Kravet att lagringen ska vara tillfällig utesluter s.k. mirror caching från ansvarsfrihetsregeln.

4.3.3 Värdtjänster

Den tredje och sista ansvarsfrihetsgrunden är den för s.k. värdtjänster och återfinns i artikel 14 som har följande lydelse: ” [m]edlemsstaterna ska se till att en tjänsteleverantör som levererar någon av informationssamhällets tjänster bestående av *lagring* av information som tillhandahållits av tjänstemottagaren inte skall vara ansvarig för information som lagrats på begäran av en tjänstemottagare av tjänsten, under förutsättning att” (1) *kännedom*¹²¹ om den olagliga informationen inte förelåg eller (2) att tjänsteleverantören så snart han fått kännedom eller blivit medveten om detta handlar utan dröjsmål för att avlägsna informationen. Begreppet värdtjänst enligt direktivets mening torde motsvara begreppet värdtjänst samt BBS som redogjorts för ovan.¹²² I artikel 14 talas det, som i artikel 12, återigen om ett ansvar *för* informationen som lagrats d.v.s. ett ansvar för innehållet i informationen.

En fråga som länge diskuterats vad gäller tillämpningen och tolkningen av E-handelsdirektivets artikel 14 är under vilka förutsättningar en tjänsteleverantör ska anses ha kännedom samt i vilken omfattning han måste övervaka tjänsten för att inte riskera påföljder.¹²³ Av artikel 15 i direktivet framgår i varje fall att medlemsstaterna inte får ålägga tjänsteleverantörerna en generell tillsynsplikt. Något motsägelsefullt anges i ingressen punkt 48 att direktivet ej hindrar medlemsstaterna från möjligheten att kräva från tjänsteleverantörerna att visa den omsorg som skäligen kan förväntas av dem och vilken preciseras i nationell rätt, för att upptäcka och förhindra vissa slags lag-

¹¹⁹ Här avses förmodligen den situation där den aktuella hemsidan är lösenordsskyddad. I dessa fall får inte hemsidan göras tillgänglig för andra än de som har tillgång till lösenordet. Se exempelvis A., Lindberg & D., Westman (2001), s.148 och U., Kindhult (2001), s.73

¹²⁰ På engelska ”actual knowledge”, se den engelska versionen av direktivet.

¹²¹ Vad som avses med kännedom enligt denna artikel är förmodligen detsamma som i artikel 13 då det i den engelska versionen av direktivet i båda artiklarna har använts termen ”actual knowledge”.

¹²² A., Lindberg & D., Westman (2001), s.148. Se även ovan avsnitt 2.3.3.

¹²³ A., Lindberg & D., Westman (2001), s.148

lig verksamhet.¹²⁴ Denna fråga har även i många fall belysts ur ett yttrande-frihetsperspektiv eftersom internetjänsteleverantörer för att undvika ansvar, på begäran av rättighetsinnehavare, kanske tar bort information som egentligen inte borde ha avlägsnats.¹²⁵ Det har, i fråga om tillämpningen av artikel 14, kommit ett förhandsavgörande från EU-domstolen rörande tolkningen av kunskapskravet. Som redan framgått ovan¹²⁶ så återfinns samma krav i artikel 13.

4.3.4 Google v. Louis Vuitton

I det omdiskuterade förhandsavgörandet¹²⁷ som meddelades av EU-domstolen den 23 mars 2010, efter att den franska domstolen Court de Cassation ställt frågor om bl.a. tolkningen av artikel 14 i E-handelsdirektivet, svarar domstolen sammanfattningsvis att ansvarsfrihet ska tillerkännas enligt artikel 14 i de fall där ”internetjänsteleverantören i fråga inte har utövat en sådan aktiv roll som är ägnad att ge honom kännedom om eller kontroll över lagrade uppgifter”. Kritik har riktats mot en sådan tolkning då man menar att tjänsteleverantören själv avgör hur omfattande undersökningsplikten är.¹²⁸

Bakgrunden till tvisten i nationell domstol gällde Googles nättjänst Adwords. Genom tjänsten erbjuder Google näringsidkare att köpa reklamplatser genom att de väljer vissa sökord till vilka en reklamlänk kopplas. Reklamlänken visas sedan varje gång som internetanvändare gör en sökning med de aktuella sökorden i sökmotorn Google.¹²⁹ Problemet i detta fall var att det till vissa sökord som ”Louis Vuitton” var kopplat reklamlänkar till bl.a. Louis Vuitton imitationer.¹³⁰ Fallet gäller således även tolkning och tillämpning av varumärkesdirektivet. Den franska domstolen frågar i princip huruvida Googles handlande utgör en otillåten användning av Louis Vuittons varumärke samt om ansvarsfrihet enligt E-handelsdirektivet kan påkallas av Google.¹³¹ Den första frågan besvarades nekande eftersom Google inte kunde anses använda varumärket i sin näringsverksamhet på ett sådant sätt som avses i direktivet. Domstolen konstaterar att Google inte kan göras ansvarig för varumärkesintrång.

Vad gäller tillämpningen av E-handelsdirektivet konstaterar domstolen att det inte finns någon tvekan om att det i detta fall rör sig om en av ”informationssamhällets tjänster”.¹³² Vidare säger domstolen att det för tillämpningen av artikel 14 krävs att verksamheten är begränsad till den som utförs av

¹²⁴ Jfr även med ingressen punkt 47

¹²⁵ A., Lindberg & D., Westman (2001), s.150

¹²⁶ Se not 96.

¹²⁷ Förenade målen C-236/08 -238/08, *Google France Sarl och Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier m.fl.* [2010]

¹²⁸ R., Julià-Barceló (2002), s.111

¹²⁹ C-236/08, p.23

¹³⁰ C-236/08, p.29

¹³¹ C-236/08, p.32

¹³² C-236/08, p.110

en ”tjänstelevererande mellanhand” d.v.s. att verksamheten är av ”rent teknisk, automatisk och passiv natur”, vilket innebär att tjänsteleverantören ”varken har kännedom om eller kontroll över vidarebefordrad eller lagrad information”.¹³³ Huruvida Google ska anses ha kännedom eller kontroll ska enligt domstolen bedömas utifrån den roll tjänsteleverantören utövat. Om denna roll är ”neutral” samt verksamheten av rent teknisk och automatisk natur så ska artikel 14 anses vara tillämplig. Vad som avses med neutral förklaras inte mer ingående av domstolen utan istället anföras några exempel från det aktuella fallet på situationer som inte anses påverka tillämpningen av artikel 14. Domstolen anför att enbart den omständigheten att Googles tjänst är avgiftsbelagd, att betalningsvillkoren fastställs av Google samt att Google ger allmänna upplysningar till sina kunder inte kan innebära att undantaget i artikel 14 inte kan bli tillämpligt. Detta påverkas inte heller den omständighet att det sökord som väljs av näringsidkaren är detsamma som internetanvändare skriver in i sökfältet.¹³⁴ Däremot, avslutar domstolen: ”är vilken roll Google utövar vid redigeringen av det reklammeddelande som åtföljer reklamlänken eller vid bildandet och valet av sökord” av betydelse för bedömningen av huruvida artikel 14 skulle anses vara tillämplig i det aktuella fallet.

Sammantaget kan några slutsatser dras från ovan redovisade förhandsavgörande. För det första är verksamhetsområdet avgörande för bedömningen av kunskapskriteriet enligt E-handelsdirektivet. Hur näringsidkaren väljer att hantera lagrad information kommer att visa sig vara avgörande för bedömningen av huruvida tjänsteleverantören ska anses ha kunskap om innehållet i informationen. Sammanfattningsvis kan sägas att kunskapskriteriet måste bedömas från fall till fall eftersom det är den faktiska kunskapen som är avgörande för tillämpningen av artikel 14 i det här fallet. På så sätt kan man sluta sig till uppfattningen att artikel 14 inte medför någon undersökningsplikt för tjänsteleverantörerna så som hävdats i litteraturen.¹³⁵

4.3.5 Förbudet mot övervakningsskyldighet

I E-handelsdirektivet artikel 15 finns ett förbud för medlemsstaterna att införa en allmän skyldighet för tjänsteleverantörer att övervaka den information de överför eller lagrar. Tjänsteleverantörerna får inte heller åläggas någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet. I ingressen till direktivet förtydligas denna artikel ytterligare i punkterna 47 och 48. Man kan emellertid fråga sig om förklaringarna i dessa punkter motsäger varandra särskilt vad gäller punkt 48 där det sägs att direktivet inte hindrar att medlemsstaterna kan kräva att tjänsteleverantörer som lagrar information ska visa den omsorg som skäligen kan förväntas av dem för att upptäcka och förhindra vissa slags olagliga verksamhet. Av doktrinen framgår att punkt 48 i ingressen infördes i slutet av förhandlingarna om E-handelsdirektivet och att denna punkt är en av

¹³³ C-236/08, p.112-113

¹³⁴ C-236/08, p.116-117

¹³⁵ Se ovan avsnitt 4.3.3. samt not 98.

flera som visar på att antagandet av direktivet inneburit många olika kompromisser medlemsstaterna emellan.¹³⁶ Detta försvårar givetvis en framtida tolkning av direktivet.

4.4 USA och DMCA

USA är, tillsammans med den Europeiska Unionen, en av de största aktörerna på den globala marknaden. Handeln med andra nationer är en av de största anledningarna till varför immaterialrätten har behövt regleras på internationell nivå. Därför är det inte förvånande att upptäcka att E-handelsdirektivet är starkt influerat av amerikansk rätt.¹³⁷ Några skillnader föreligger emellertid i regleringen av ansvarsfriheten för internetjänsteleverantörer. Det är dessa skillnader som är intressanta att lägga märke till.

I USA antogs ansvarsfrihetsregler i förhållande till internetjänsteleverantörer inom den upphovsrättsliga regleringen redan 1998 i den s.k. Digital Millennium Copyright Act, DMCA. Lagen implementerades i den amerikanska upphovsrättslagen, den s.k. US Copyright Act. Ansvarsfriheten gäller således endast i förhållande till upphovsrätten och inte, som i E-handelsdirektivet, i förhållande till annat så som exempelvis straffrätt och marknadsrätt.¹³⁸ Syftet med DMCA var främst att implementera de två WIPO-avtalen från 1996. Precis som i E-handelsdirektivet finns det olika ansvarsfrihetsgrunder i DMCA, som för mere conduit¹³⁹, caching¹⁴⁰, hosting¹⁴¹ samt för sökmotorer eller information location tools¹⁴². Dessa ansvarsfrihetsregler uppställer i princip samma kriterier för tillämplighet som ansvarsfrihetsreglerna i E-handelsdirektivet. Den skillnad mellan de olika regelverken som man brukar notera är att det i E-handelsdirektivet, till skillnad från DMCA, inte finns ett s.k. *notice and take-down* förfarande. Förfarandet innebär att internetjänsteleverantören vid en förfrågan från rättighetsinnehavaren är skyldig att avlägsna det material, eller avbryta åtkomsten, till det olagliga materialet. Förfrågan måste uppfylla vissa krav för att anses uppfylla kravet på vetskap enligt lagen.¹⁴³ E-handelsdirektivet har delvis kritiserats för avsaknaden av ett sådant förfarande eftersom det inte är klart under vilka förutsättningar som internetjänsteleverantören har en skyldighet att avlägsna olagligt material d.v.s. vilka förutsättningarna är för att tjänsteleverantören ska anses ha kunskap enligt direktivet. Detta kan numera sägas ha klargjorts, i varje fall delvis, genom förhandsavgörandet från EU-

¹³⁶ A., Lindberg & D., Westman (2001), s.150-151

¹³⁷ V., McEvedy, *The DMCA and the E-commerce Directive*, EIPR 2002, 24(2), s.65

¹³⁸ Se ovan avsnitt 4.3.

¹³⁹ Section 512(a) US Copyright Act

¹⁴⁰ Section 512 (b) US Copyright Act

¹⁴¹ Section 512 (c) US Copyright Act

¹⁴² Section 512 (d) US Copyright Act

¹⁴³ I förhållande till hosting föreskrivs exempelvis i section 512 (c) (3) att förfrågan måste vara skriftlig samt att den ska lämnas in den person som uttryckligen utvalts som ansvarig för att ta emot förfrågningar (designated agent). Rättighetsinnehavaren måste vidare identifiera sig själv, eller någon annan, genom elektronisk signatur, identifiera det verk som påstås vara föremål för intrång m.m.

domstolen i målet *Google France vs. Louis Vuitton*.¹⁴⁴ E-handelsdirektivet behandlar inte heller de konsekvenser som kan aktualiserats om internet-tjänsteleverantören skulle avlägsna material som sedan visar sig inte utgöra olagligt material. Problemet med detta är att det finns en överhängande risk att internet-tjänsteleverantörer avlägsnar material som inte utgör något intrång för att undvika ansvar.¹⁴⁵ Till skillnad från E-handelsdirektivet ger DMCA internet-tjänsteleverantören även ansvarsfrihet för de fall det skulle visa sig att material avlägsnats utan skälig grund. Detta gäller under förutsättning att internet-tjänsteleverantören uppfyller ett antal krav, vilka framgår av lagrummet, innan materialet avlägsnas.¹⁴⁶

En annan skillnad som man kan lägga märke till mellan DMCA och E-handelsdirektivet är att det finns en ansvarsfrihetsgrund för sökmotorer i DMCA som inte har någon motsvarighet i E-handelsdirektivet. Sökmotorer aktualiserar nämligen upphovsrättsliga frågor i förhållande till den teknik som de använder.¹⁴⁷ Ansvarsfrihetsregeln undantar internet-tjänsteleverantörer från ansvar för innehållet i det material som länkarna i sökmotorn hänvisar till under förutsättning att (1) tjänsteleverantören inte har faktiskt kunskap¹⁴⁸ om att materialet utgör ett intrång, (2) inte drar ekonomisk vinning av länken till det intrångsgörande materialet samt (3) tjänsteleverantören efter att ha blivit informerad om materialets olovliga natur utan dröjsmål handlar för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig.

4.5 Utvecklingen efter E-handelsdirektivet

I ingressen till E-handelsdirektivet sägs att, för de fall att direktivet kräver att internet-tjänsteleverantören måste avlägsna information, avlägsnandet av information måste göras med beaktande av bl.a. principen om yttrandefrihet. Vidare sägs att direktivet inte hindrar medlemsstater från att anta särskilda krav som måste vara uppfyllda för att informationen ska kunna avlägsnas.¹⁴⁹ Ett exempel på ett sådant krav skulle kunna vara att berörda personer under rättas om materialets avlägsnande innan det tas bort. Vidare uppmanas till utarbetande av mekanismer för avlägsnande av olaglig information som bygger på frivilliga överrenskommelser mellan berörda parter. Sådana frivilliga överrenskommelser bör uppmuntras av medlemsstaterna.¹⁵⁰ Ett exempel på en sådan överrenskommelse är det s.k. Olivenness-avtalet, som slöts mellan organisationer inom den franska filmindustrin internet-tjänsteleverantörer, och som så småningom ledde till den mycket omdiskuterade Hadopilagen.¹⁵¹ Lagförslaget innebar bl.a. att internet-tjänsteleverantörer skulle vara

¹⁴⁴ Se ovan avsnitt 4.3.4.

¹⁴⁵ R., Julià-Barceló (2000), s.111

¹⁴⁶ Section 512 (g) US Copyright Act

¹⁴⁷ Se ovan avsnitt 2.3.4.

¹⁴⁸ Actual knowledge

¹⁴⁹ Ingressen punkt 46

¹⁵⁰ Ingressen punkt 40

¹⁵¹ J., De Beer & C., D. Clemmer (2009), s.389-390. Loi (lag) n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet och Loi n° 2009-1311 du

skyldiga att, vid upprepade upphovsintrång av internetanvändaren, säga upp avtalet och därmed ”stänga av” användare från internet under ett års tid. Lagförslaget röstades så småningom igenom under 2009, om även i omarbetad form efter att konstitutionsdomstolen förklarar delar av den strida mot den franska konstitutionen. Den aktuella lagen föreskriver bl.a. om inrättandet av en myndighet, Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur l’Internet (Hadopi). Myndigheter har till uppgift att bevaka efterlevanden av den franska upphovsrättslagen och har befogenhet att begära att internettjänsteleverantören sänder varningsbrev till användarna.¹⁵² Förfarandet brukar benämnas ”three strikes and you are out” då det innebär att myndigheten har befogenhet att starta tvist i domstol efter att ett tredje varningsbrevet skickats och internetanvändaren fortfarande inte valt att rätta sig efter myndighetens rekommendationer, d.v.s. att efterfölja upphovsrättslagen.¹⁵³ Myndigheten kan sedan i domstol begära att internetanvändarens abonnemang tillfälligt upphör i högst ett års tid.¹⁵⁴ Den omarbetade Hadopi-lagen innebär, till skillnad från den ursprungliga versionen, att myndigheten istället måste gå via en domstol för att kunna få internetanvändare avstängda från internet.

Liknande regler, som de franska, försökte antas inom ramen för det s.k. telekompaketet, en reform av ett antal EG-direktiv för regleringen av telekommunikation. De mest kontroversiella förslaget röstades emellertid ner i parlamentet och någon möjlighet för medlemsstaterna att införa skyldigheter för internettjänsteleverantörer att avsluta kunders abonnemang infördes inte. Ett liknande förslag presenterades även i Sverige av Justitiedepartementet, men detta resulterade inte heller i något konkret förslag eller lag.¹⁵⁵

En annan nyhet efter antagandet av E-handelsdirektivet är den inledda förhandlingen om det s.k. ACTA-avtalet. De förhandlande parterna publicerade en slutgiltig version av avtalet i december 2010.¹⁵⁶ Genom avtalets artikel 27, femte avdelningen, bestämmer parterna till avtalet att de ska arbeta för att främja samarbete mellan näringslivets parter men med beaktande av grundläggande rättigheter så som yttrandefriheten och rätten till personlig integritet. I en kommentar till avtalet, gjord av akademiker och som finns

28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, framöver Hadopi-lagen vilken bl.a. återfinns på <http://www.hadopi.fr/actualites/textes-de-reference/textes-legislatifs.html> (senast besökt 2011-05-06)

¹⁵² Se den franska upphovsrättslagen (Code de la Propriété Intellectuelle) art. L. 331-13. Lagen finns tillgänglig på http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=50431A9195D9C018AAE127AB124F639E.tpdjo02v_1?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20100604 (senast besökt 2011-05-06)

¹⁵³ Se den franska upphovsrättslagen art. L. 331-25

¹⁵⁴ Se den franska upphovsrättslagen art. L335-7

¹⁵⁵ Se Ds. 2006:29. *Musik och film på Internet – hot eller möjlighet?* Se även J., Axhamn, *Utredningen om upphovsrätten på Internet – en översiktlig presentation*, NIR 2008 (1)

¹⁵⁶ Avtalet återfinns bl.a. på Europeiska Kommissionens hemsida http://trade.ec.europa.eu/doclib/cfm/doclib_results.cfm?key=ACTA&opt=1&dis=20&lan=II&ty=&sta=1&en=20&page=1&year1=&year2=§or=all&country=all&langId=en (senast besökt 2011-05-06)

tillgänglig på kommissionens hemsida, uttrycks misstro mot avtalet eftersom man anser att det strider mot grundläggande principer inom Europeiska Unionen. Kommissionen avfärdar emellertid dessa slutsatser.¹⁵⁷ Av tidigare versioner av ACTA-avtalet framgår att man övervägt att införa ett liknande system som det s.k. *notice and take-down* förfarandet som finns i DMCA.¹⁵⁸ Dessa övervägandet verkar ha resulterat i det som numera är artikel 27.

4.6 Sammanfattande kommentar

E-handelsdirektivet är en lagstiftningsprodukt som är mycket omdiskuterad i litteraturen. Av de framställningar som görs i doktrinen kan man sluta sig till uppfattningen att det inte alltid är självklart hur direktivet ska tolkas. Efter förhandsavgörandet i *Google France* är det fortfarande inte helt klart för tjänsteleverantörer i vilka fall de ska anses ha kunskap om innehållet i den information som de lagrar. Vad som däremot är klart är att det av kunskapskriteriet inte följer någon plikt att undersöka material, utan det är den faktiska kunskapen i det enskilda fallet som räknas, precis som den engelska termen, *actual knowledge*, hela tiden antytt.

När det kommer till tillämpningen av E-handelsdirektivet artikel 13 i förhållandet till Infosocdirektivets artikel 5(1) är det i litteraturen mindre klart hur man ska se på detta förhållande. Man kan ifrågasätta varför lagstiftaren implementerat artikel 5(1) så som den ser ut idag med tanke på det undantag som redan fanns i E-handelsdirektivets artikel 13. Något man särskilt kan fråga sig är om anledningen till undantag enligt artikel 5(1) och artikel 13 är den samma. I detta fall måste man emellertid komma ihåg att Infosocdirektivet artikel 2 och 5(1) reglerar omfattningen av det upphovsrättsliga skyddet medan E-handelsdirektivets artikel 13 är en ansvarsfrihetsregel. Med detta menas att en tillämpning av artikel 13 förutsätter att ansvar har fastställts. Således utesluter en, för tjänsteleverantören, positiv tillämpning av artikel 5(1) att artikel 13 tillämpas eftersom det i nämnda exempel inte föreligger något ansvar för vilket ansvarsfrihet kan tillerkännas. Detta förhållande är nog någonting som brukar leda till förvirring. Något annat som är viktigt att komma ihåg när man talar om förhållandet mellan Infosocdirektivet och E-handelsdirektivet är att Infosocdirektivet antogs efter E-handelsdirektivet samt att det i ingressen till det förstnämnda direktivet uttalas att bestämmelserna i Infosocdirektivet inte ska påverka bestämmelserna om ansvarsfrihet i E-handelsdirektivet.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Commission Service Working Paper, "Comments on the Opinion of European Academics on Anti-Counterfeiting Trade Agreement", från 2011-04-27
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/april/tradoc_147853.pdf (senast besökt 2011-05-07)

¹⁵⁸ Se ovan avsnitt 4.4.

¹⁵⁹ Ingressen till Infosocdirektivet, p.16

5 Ansvaret och ansvarsfriheten

5.1 Allmänt

Även om reglerna om ansvarsfrihet för mellanhänder utgör det område som huvudsakligen behandlas i denna uppsats är det viktigt att även ta upp det ansvar som kan aktualiseras. Detta är intressant för att i ett senare skede kunna göra en fullständig analys av det aktuella rättsläget. För att kunna bedöma om ansvarsfrihetsreglerna faktiskt behöver tillämpas i svensk rätt, och i så fall hur, är det viktigt att känna till om det finns ett ansvar som undantaget skall tillämpas på. Om så inte skulle vara fallet innebär emellertid inte att reglerna är verkningslösa i svensk rätt. E-handelslagen samt E-handelsdirektivet sätter även ramarna för den framtida utvecklingen och hindrar i vissa fall uppkomsten av nya ansvarsgrunder. Detta enligt framförallt principen om EG-rättens företräde. Detta gäller oavsett vilken rang den nationella lagen har¹⁶⁰ samt oavsett om nationell lagstiftning föregår aktuell EG-norm.¹⁶¹

Upphovsrätten skyddas, precis som immaterialrätterna i övrigt, av ett system av både civilrättsliga och straffrättsliga påföljder. Det finns vidare andra sanktioner samt processuella åtgärder, som exempelvis vite, som kan vidtas i syfte att motverka samt hindra intrång i upphovsrätten.¹⁶² Ansvarsbestämmelserna återfinns huvudsakligen i Upphovsrättslagen kapitel 7.¹⁶³

5.2 Ansvar enligt upphovsrättslagen

Upphovsrättsmannen till ett verk har enligt svensk rätt ensamrätt att framställa kopior av verket samt att göra verket tillgängligt för allmänheten enligt 2 § URL. Det har i tidigare avsnitt redogjorts för vid vilka situationer det kan bli aktuellt med en diskussion av exemplarframställning samt tillgängliggörande för allmänheten i förhållande till internetjänsteleverantörers ansvar.¹⁶⁴ Genom en anpassning av URL till Infosocdirektivet stadgas numera i 2 § 2st att "[f]ramställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis". Tillfälliga kopior omfattas således av upphovsrättsmannens exklusiva exemplarframställningsrätt. Detta anses inte medföra någon principiell nyhet i svensk rätt, utan ändringen har mest gjorts för att

¹⁶⁰ Se C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel [1970]

¹⁶¹ Se C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA [1978] och för att allmänt läsa om principen se P., Craig & G., de Búrca (2008), kap.10

¹⁶² A., Lindberg & D., Westman (2002), s.290

¹⁶³ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, framöver URL

¹⁶⁴ Se ovan avsnitt 2.3 och 3.1.2.1.

visa att man införlivat direktivet. Vad som däremot är en nyhet är undantagsregleringen av tillfälliga kopior.

Vad gäller framställning av tillfälliga kopior så återfinns i 11 a § URL en undantagsreglering från förbudet mot framställning av exemplar. Paragrafen har följande lydelse:

Tillfälliga former av exemplar av verk får framställas, om framställningen utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och om exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen. Exemplaren får inte ha självständig ekonomisk betydelse.

Framställning av exemplar enligt första stycket är tillåten bara om det enda syftet med framställningen är att möjliggöra

1. överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand, eller
2. laglig användning, dvs. användning som sker med tillstånd från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare, eller annan användning som inte är otillåten enligt denna lag.

Undantaget i denna paragraf är en implementering av Infosocdirektivet och utgör en ganska så exakt översättningen av artikel 5 (1). Att märka är att det här talas om tillfälliga kopior och inte caching. Caching är emellertid en form av tillfällig kopia som i vissa fall kan falla inom undantagsregleringen, i annat fall vore 11 a § URL samt artikel 5(1) i Infosocdirektivet utan mening. I förarbetena till lagändringen sägs att det med tillfälliga kopior avses tillfälliga kopior som uppkommer i servrar på Internet när verk överförs där. Ett annat exempel är de tillfälliga kopior som uppkommer i persondatorers arbetsminnen d.v.s. vad som ovan benämnts *client caching*. Vidare sägs att sådana tillfälliga kopior där det är möjligt att i förväg ange hur länge kopian skall existera borde omfattas av ordalydelsen. Vad man menar här är cachekopior som har till funktion att effektivisera överföringen i ett nätverk. Man kan därför säga att caching i allmänhet borde vara undantaget från exemplarframställningsrätten i 2 § URL. Det finns emellertid ett rekvisit i 11 a § som försvårar bedömningen nämligen den tredje förutsättning som anger att de exemplar som framställs inte får ha *självständig ekonomisk betydelse*. Ett exempel som framförs i förarbetena på ett fall där en kopia kan anses ha självständig ekonomisk betydelse är när mellanhanden har kvar cachekopian i sitt lagringsutrymme trots att ursprungskällan tagits bort från internet.¹⁶⁵

Vad gäller rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten regleras denna rätt i 2 § 3 st URL. Denna rätt omfattar fyra situationer som närmare beskrivs i lagrummet, nämligen: *överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning* samt *spridning av exemplar till allmänheten*. Den förfoganderätt som aktualiseras vid tillgängliggörande på internet är överföring till allmänheten då offentligt framförande och offentlig visning kräver att åhöraren eller betraktaren är närvarande i rummet medan spridning av exemplar endast tar sikte på spridning av fysiska kopior av verket.¹⁶⁶ Genom implementering av Infosocdirektivet i svensk rätt infördes begreppet

¹⁶⁵ Prop. 2004/05:110 s.380-381

¹⁶⁶ Se t.ex. M., Levin (2007), s.138-139

överföring till allmänheten¹⁶⁷ vilket omfattar, som tidigare nämnts, distansöverföringar samt alla sorters överföringar¹⁶⁸, vilket innebär att ny teknik inte ska påverka överföringsrätten. På så sätt omfattar denna rätt alla former av tillgängliggöranden av skyddade verk som sker på internet. Överföringsrätten omfattar vidare alla verk som skyddas i upphovsrättslagens mening (1 § URL). Den nya definitionen innebär att de tillgängliggöranden som tidigare utgjorde offentliga framföranden på distans numera ska utgöra offentlig överföring.¹⁶⁹

Frågan om cachekopior utgör en otillåten överföring till allmänheten har inte heller prövats enligt svensk rätt. Det finns emellertid ett rättsfall som gäller länkning där rätten till offentligt framförande har prövats av Högsta Domstolen.¹⁷⁰ Efter införandet av begreppet överföring till allmänheten skulle det, om fallet bedömdes idag, omfattas av detta begrepp istället för offentligt framförande. Rättsfallet gällde huruvida länkar till mp3-filer utgjorde otillåten exemplarframställning eller ett tillgängliggörande för allmänheten enligt upphovsrättslagens mening.¹⁷¹ I det här fallet gjorde åklagaren endast gällande producenternas rätt, d.v.s. skyddet av ljudupptagningen enligt 46 § URL. I fallet var det fråga om djuplänkar till musikfiler som innebar att den som tryckte på länken direkt fick tillgång till musikfilen. Högsta domstolen kom fram till att länken som lagts upp på internet inte utgjorde en exemplarframställning i lagens mening, men däremot ett tillgängliggörande för allmänheten genom offentligt framförande. Åtalet ogillades emellertid med hänvisning till undantaget i 47 § URL. Idag har 47 § URL följande lydelse:

Oavsett bestämmelserna i 45 § första stycket och 46 § första stycket får ljudupptagningar användas vid

1. ett offentligt framförande, eller
2. en överföring till allmänheten utom i fall då överföringen sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till ljudupptagningarna från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

Överföringar till allmänheten är således inte vid distansöverföringar av ljud- och bildframställningar undantagna från rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten för framställare av upptagningen. Detta innebära att åtalet hade bifallits om det prövats idag samt att tillgängliggörandet hade ansetts utgöra en överföring till allmänheten. Den principiella frågan som bedömdes i rättsfallet, d.v.s. tillgängliggörandet, påverkas inte av ändringarna.

¹⁶⁷ Jfr Infosocdirektivet artikel 3(1) samt artikel 8 WCT

¹⁶⁸ "[...] på trådbunden eller trådlös väg [...]"

¹⁶⁹ H., Olsson (2009), s.90

¹⁷⁰ NJA 2000 s.292 (mp3-målet)

¹⁷¹ För en ingående redogörelse och diskussion om det upphovsrättsliga ansvaret i förhållande till länkar se t.ex. A., Lindberg & D., Westman (2001), s.273 ff. Här kommenteras även det s.k. mp3-målet. Författarna anser att HD:s tolkning inte kan avse alla typer av länkar eftersom vissa länkar inte innebär ett tillgängliggörande på det sätt som var aktuellt i fallet utan endast är en hänvisning till information som finns allmänt tillgängligt på nätet. Se även t.ex. J., Rosén, *medie- och immaterialrätt*, Iustus förlag (2003), s.87

I ett tidigare rättsfall, som gällde ansvar för en person ”som i egenskap av ägare av och systemoperatör för en BBS drivit en datornätverksamhet, vilken möjliggjort för andra att bl.a. överföra datorprogram för BBS:en till en ansluten dator genom download”, prövades huruvida verk gjorts tillgängliga för allmänheten av en tjänsteleverantör p.g.a. att han underlåtit att avlägsna verken från BBS:en. Även här yrkade åklagaren att systemoperatören gjort sig skyldig till upphovsrättsbrott genom att göra datorprogram tillgängliga för allmänheten. HD anför att det enligt ordalydelsen i 2 § URL underförstått framgår att det krävs någon form av aktivt handlande för att det ska röra sig om ett tillgängliggörande. HD kommer till slutsatsen att enbart tillhandahållandet av en BBS inte utgör ett sådant aktivt handlande som kan leda till ansvar enligt 2 § URL. HD anför vidare att man hade kunnat diskutera medverkan till upphovsrättsbrott om åklagaren hade gjort detta gällande.

5.3 Medverkan till intrång

Brott kommer oftast till stånd under samverkan av flera personer, inte minst vid brott som förövas på internet. I Brottsbalken 23 kap 4 § stadgas att den som uppsåtligen främjat gärningsmannen, med råd eller dåd, döms för medverkan till brott. Varje medverkande ska dömas efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last. Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet begår ett upphovsrättsintrång kan dömas till fängelse i upp till två år enligt 53 § URL. Detta innebär således att även medverkan till upphovsrättsintrång är straffbart enligt Brottsbalkens bestämmelser om medverkan eftersom det för medverkansbrott krävs att huvudbrottet åtminstone är straffbelagt med fängelse. Medverkansansvaret är således generellt vilket innebär att det kan aktualiseras vid alla brott enligt Brottsbalken samt inom specialstraffrätten så länge fängelse ingår i straffskalan samt under förutsättning att huvudgärningsmannen förövat en straffrätligt otillåten gärning.¹⁷²

På senaste tiden, främst p.g.a. av det uppmärksammade målet The Pirate Bay, har medverkansansvaret för internetjänsteleverantörer varit föremål för mycket uppmärksamhet. Medverkansansvar på internet aktualiserar många intressanta frågeställningar som inte kommer att behandlas på djupet här.¹⁷³ Vad gäller The Pirate Bay-målet kan sägas att Hovrätten kom fram till slutsatsen att de som stod bakom tjänsten främjat brottet och dömdes därför för medhjälp till upphovsrättsbrott. Hovrätten uttalade bl.a. att: ”även om tjänsten inte varit någon nödvändig förutsättning för att de enskilda huvudbrotten skulle komma till stånd har den typiskt sett gjort det enklare och snabbare för användarna att överföra verken till allmänheten genom fildel-

¹⁷² N., Jareborg, *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag (2005), s.397-399 se även H., Olsson (2009), s.241

¹⁷³ För en djupgående redogörelse för medverkansansvaret för brott begångna på internet se J., Cronholm, *Upphovsrätt på internet – en analys av tjänsteleverantörers medverkansansvar*, Lund (2010)

ning.”¹⁷⁴ Detta innebär att de ansvariga för fildelningssajten dömdes till ansvar trots att de inte var medvetna om vilka verk som olagligen fildelats med hjälp av deras tjänst samt trots att de inte visste vilka som var huvudgärningsmän. Avgörande för ansvarsbedömningen verkar ha varit det faktum att tjänsten som sådan var ägnad att främja upphovsrättsbrott.

5.4 Ansvar enligt BBS-lagen¹⁷⁵

Lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor var en av de första speciallagarna i Europa som reglade någon form av ansvar för internetjänsteleverantörer.¹⁷⁶ Lagen innebär i kortet att den eller de som tillhandahåller den elektroniska anslagstavlan har skyldighet att i viss omfattning ha uppsikt över tjänsten samt att i vissa fall avlägsna meddelanden. I 1 § anges att det med elektronisk anslagstavla avses en tjänst för elektronisk förmedling av meddelanden. Vidare så avses med meddelanden text, bild, ljud eller information i övrigt. I lagens förarbeten förtydligas att tjänsten, för att falla inom lagens tillämpningsområde, måste vara interaktiv d.v.s. att den som använder tjänsten kan ta del av andras meddelanden samt skicka egna meddelanden.¹⁷⁷ Således omfattas både värdtjänster och BBS-tjänster av lagens tillämpningsområde.¹⁷⁸ Det är mer tveksamt om hosting omfattas av lagens tillämpningsområde eftersom en host inte på samma sätt erbjuder en tjänst utan enbart utrymme i en server.¹⁷⁹

Av förarbetena framgår vidare att med tillhandahållaren av tjänsten så avses den eller de som leder verksamheten där tjänsten erbjuds eftersom det är dessa aktörer som kan bestämma över tjänstens användning, inklusive de tekniska och administrativa rutinerna. Vem eller vilka dessa är ska prövas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. För att åstadkomma bättre förutsättningar för att kunna hindra spridning av vissa slag av meddelanden bör en särreglering därför inriktas på den som tillhandahåller tjänsten. Vidare sägs att, för de fall många är inblandade i en BBS, frågan om vem som tillhandahåller tjänsten får avgöras utifrån en samlad bedömning av vem eller vilka som har det bestämmande inflytandet och kontrollen över tjänsten.¹⁸⁰

I lagens 4 § stadgas att den som tillhandahåller en elektronisk anslagstavla skall, för att kunna fullgöra sin skyldighet enligt 5 §, ha sådan uppsikt över tjänsten som skäligen kan krävas med hänsyn till omfattningen och inriktningen av verksamheten. Tillhandahållarens skyldigheter enligt 5 § avser just borttagandet av meddelanden. De meddelanden som omfattas av 5 § är

¹⁷⁴ HovR B 4041-09 (The Pirate Bay), s.24

¹⁷⁵ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor, framöver BBS-lagen

¹⁷⁶ R., Julià-Barceló (2002), s.106

¹⁷⁷ Prop. 1997/98:15, s.6 ff.

¹⁷⁸ Se ovan avsnitt 2.3.3.

¹⁷⁹ Se emellertid prop.1997/98, s.9-10

¹⁸⁰ Prop.1997/98, s.10.

bl.a. meddelanden som uppenbart innehåller hets mot folkgrupp, barnpornografi samt material som utgör intrång i upphovsrätt.

Lagstiftaren förtydligar i propositionen att de meddelanden som omfattas av lagen, och som tillhandahållaren av tjänsten därmed är skyldig att ta bort, även kan bli föremål för straffrättsliga regler. Vidare påpekas att förmedlaren av sådana meddelanden, d.v.s. inte huvudgärningsmannen, kan bli ansvarig enligt reglerna för medverkan i Brottsbalkens 23 kap. Regeringen ansåg emellertid inte att de straffrättsliga bestämmelserna i Brottsbalken var tillräckliga för att ”på ett tillfredsställande sätt reglera ansvaret för spridning av meddelanden med hjälp av elektroniska anslagstavlor”.¹⁸¹ Av lagens 7 § framgår att den som uppsåtligen eller p.g.a. oaktsamhet bryter mot skyldigheterna i lagen kan dömas till böter eller fängelse. Vidare stadgas att ansvar enligt BBS-lagen inte ska utgå för de fall ansvar kan dömas enligt Brottsbalken eller URL.

Det har i litteraturen diskuterats huruvida uppsiktsplikten i BBS-lagen strider mot förbudet om att inrätta en allmän övervakningsskyldighet för internetjänsteleverantörer enligt artikel 14 i E-handelsdirektivet. Lagstiftaren har emellertid hävdats att uppsiktsplikten inte innebär en sådan allmän övervakningsskyldighet.¹⁸² Frågan är emellertid om rädslan för att bryta mot skyldigheten att hålla uppsikt över BBS:en i en senare prövning av ansvarsfriheten resulterar i att internetjänsteleverantören anses ha haft faktisk kunskap om materialets innehåll. BBS-lagens tillämpning skulle i praktiken kunna medföra att ansvarsfrihetsreglerna i artiklarna 12 och 13 sätts ur spel.¹⁸³

5.5 Skadeståndsrättsligt ansvar

Enligt svensk rätt kan skadestånd utgå för personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada. Alla dessa former av skadestånd förutsätter antingen oaktsamhet (culpa) eller uppsåt (dolus). Med ren förmögenhetsskada avses enligt 1 kap 2 § skadeståndslagen¹⁸⁴ sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada. Huvudregeln är att ren förmögenhetsskada leder till skadeståndsskyldighet när den vållats genom brott (2 kap 2 § SkL). I Brottsbalken stadgas vidare att det för ansvar för brott endast kan dömas om det föreligger uppsåt (BrB 1 kap 2 §). Det förekommer emellertid brott som är straffbelagda även vid oaktsamhet. I 7 kap till URL återfinns särskilda bestämmelser om straff och skadeståndsskyldighet vid upphovsrättsbrott d.v.s. för intrång enligt 1 eller 2 kap URL. Av 7 kap 53 § framgår att den som *uppsåtligen* eller av *grov oaktsamhet*

¹⁸¹ Prop. 1997/98:15, s.8

¹⁸² A., Lindberg & D., Westman (2002), s.151-152

¹⁸³ Se även nedan avsnitt 5.6. Se även ovan avsnitt 5.2. s.45 om det s.k. mp3-målet där HD klargjorde att det för otillåten överföring till allmänheten krävs någon form av aktivt handlande och att ett sådant aktivt handlande inte kan utgöras av att enbart tillhandahålla en BBS. Detta ställningstagande utesluter inte ansvar enligt bestämmelserna om medverkan i Brottsbalken.

¹⁸⁴ Skadeståndslagen (1972:207), framöver SkL

bryter mot bestämmelserna i 1 eller 2 kap URL döms för upphovsrättsbrott till böter eller fängelse i högst två år.

Vad gäller ersättningen till rättighetsinnehavaren framgår av 54 § URL att den som olovligen utnyttjar ett verk ska betala *skälig ersättning* för utnyttjandet till upphovsmannen eller hans eller hennes rättsinnehavare.¹⁸⁵ Skadeståndsansvaret är här således rent strikt d.v.s. att varken uppsåt eller oaktsamhet krävs. Vidare föreskriver 54 § att vid fall då intrånget sker uppsåtligt eller av oaktsamhet så ska ersättning även betalas för den ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen har medfört.

5.6 Skyldighet att avlägsna material

Enligt vad som har framgått av tidigare redogörelse, avseende framställningen rörande ansvaret i BBS-lagen men även ansvarsfrihetsreglerna enligt E-handelsdirektivet och E-handelslagen, så har internetjänsteleverantörerna i vissa fall en skyldighet att avlägsna material som innebär ett intrång i upphovsrätten. Skyldigheten att avlägsna material förutsätter någon form av kunskap om att materialet befinner sig inom tjänsteleverantörens ansvarsområde. Hur tjänsteleverantören ska få kunskap om dessa förhållanden samt vad kunskapen ska omfatta har varit, och är fortfarande till viss del, mycket omdiskuterat.¹⁸⁶ En fråga som ställts i doktrinen är huruvida kunskapen endast behöver avse informationens existens och/eller den omständigheten att information är olaglig. Här verkar man skilja mellan olika situationer nämligen om ansvaret som påkallas är straffrättsligt eller skadeståndsrättsligt. För påkallande av straffrättsligt ansvar menar man att det krävs kunskap om dels informationens existens och dels informationens olagliga natur medan det vid skadeståndsrättsligt ansvar endast krävs kunskap om informationens existens.¹⁸⁷ Viktigt att komma ihåg i detta avseende är att det inte görs någon skillnad mellan straffrättsligt och skadeståndsrättsligt ansvar i E-handelsdirektivet, utan undantaget från ansvar avser alla former av ansvar som kan göras gällande gentemot tjänsteleverantören.¹⁸⁸

Vidare har det diskuterats huruvida det av kunskapskriteriet i E-handelsdirektivet, och nu E-handelslagen, samt BBS-lagen följer en övervakningsskyldighet och i så fall hur omfattande denna övervakningsskyld-

¹⁸⁵ Lagrummets nuvarande lydelse infördes genom ändring av lagen 1994 för att stärka rättighetsinnehavarnas skydd, se prop.1993/94:122. En motsvarande bestämmelse infördes även i övriga immaterialrättsliga lagstiftningar, se 38 § VmL (nya VmL 8 kap 4 § som beräknas träda ikraft 1 juli 2011), 58 § patentlagen jfr 36 § mönsterskyddslagen

¹⁸⁶ Se t.ex. A., Lindberg & D., Westman (2002), s.149-150

¹⁸⁷ A., Lindberg & D., Westman (2001), s.149, vad gäller motiveringen ang. kunskapskriteriet vid skadestånd så hänvisar författarna här till ordalydelsen i artikel 14(1)(a) E-handelsdirektivet som föreskriver att ansvarsfrihet kan påkallas under förutsättning att "tjänsteleverantören inte hade kännedom om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information och, beträffande skadeståndsanspråk, inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar [...]"

¹⁸⁸ Se ovan avsnitt 4.1.

dighet är.¹⁸⁹ Viktigt att komma ihåg i detta sammanhang är att artikel 15 i E-handelsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna inte får införa en generell övervakningsplikt av det material som lagras eller överförs i samband med tillhandahållande av informationssamhällets tjänster. Av det ovan diskuterade förhandsavgörandet, *Google France*, följer dessutom att det är kunskapen i det enskilda fallet, d.v.s. den faktiska kunskapen, som är avgörande för bedömningen av kunskapskriteriet i 14 artikeln E-handelsdirektivet. Eftersom Sverige är medlem till den Europeiska Unionen har vi en skyldighet att följa den Europeiska rätten, vilket även innefattar de tolkningsbesked som EU-domstolen meddelar, är detta avgörande bindande för svenskt vidkommande. Således bör den tolkning som EU-domstolen valt att göra i förhållande till artikel 14 bedömas så att det av E-handelsdirektivet inte följer någon övervakningsskyldighet.

Någon allmän skyldighet att avlägsna material finns inte i svensk rätt. Det ansvar man kan tala om i detta hänseende framgår av BBS-lagen och omfattar den skyldighet tjänsteleverantören har att hålla uppsikt över den tillhandhållna tjänsten samt i vissa fall avlägsna meddelanden ”om det är uppenbart att användaren har gjort intrång i upphovsrätt [...]”.¹⁹⁰ Av 55 § URL framgår emellertid att domstol får, på yrkande av upphovsmannen eller hans eller hennes rättsinnehavare, besluta att egendom, som utgör ett intrång eller en överträdelse på så sätt som avses i 53 §, ska återkallas från marknaden, ändras eller förstöras eller att någon annan åtgärd ska vidtas med den. Vad man ska komma ihåg är emellertid att den omständigheten att en tjänsteleverantör inte avlägsnat material efter att rättighetsinnehavare flera gånger påkallat dennes uppmärksamhet angående materialets olagliga natur kan vara avgörande i bedömningen av huruvida ansvar för medverkan till upphovsrättsbrott föreligger eller ej.¹⁹¹

5.7 Ansvarsfrihetsreglerna

E-handelsdirektivet implementerades i svensk lag genom införandet av E-handelslagen.¹⁹² I förarbetena till lagen sägs att det är viktigt att poängtera att ansvarsfrihetsreglerna även medför skyldigheter för tjänsteleverantörer för att reglerna ska bli tillämpliga. Lagstiftaren uttrycker att man anser att ansvarsfrihetsreglerna i direktivet är väl avvägda och förenliga med svensk rättsuppfattning.¹⁹³ Ansvarsfrihetsreglerna har införts i lagens 16-18 §§ och i förarbetena till lagen sägs att ”[d]en nya lagen skall vidare innehålla bestämmelser om viss ansvarsfrihet för tjänsteleverantörer som fungerar som

¹⁸⁹ Se ovan avsnitt 4.3.3.

¹⁹⁰ Se ovan avsnitt 5.4.

¹⁹¹ HovR B 4041-09 (*The Pirate Bay*), s.25 där HovR säger att ”några försiktighetsåtgärder vidtogs inte och torrentfiler som hänvisade till skyddade verk togs inte bort ens efter påpekanden och varningar. Vid en avvägning [...] finner hovrätten att ansvarsfrihet på grund av oskrivna undantagsregler om social adekvans och bristande gärningsculpa inte kan komma i fråga.

¹⁹² Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster

¹⁹³ Prop.2001/02:150 s.88

mellanhänder, d.v.s. som bara överför eller lagrar information som lämnats av andra. Sådana leverantörer skall under vissa förutsättningar inte på grund av innehållet i informationen kunna åläggas att ersätta skada eller betala sanktionsavgift. De får vidare dömas till ansvar för brott som avser innehållet i informationen endast om brottet begåtts uppsåtligen.”¹⁹⁴

Ansvarsfrihetsreglerna i 16-18 §§ motsvarar i princip den reglering som finns i E-handelsdirektivet och kommer därför inte att redogöras för i detalj här. Det finns emellertid några viktiga skillnader mellan de olika lagstiftningstexterna som närmare kommer att belysas. För det första är det intressant att notera att det i samtliga lagrum i E-handelslagen stadgas att en tjänsteleverantör inte, *på grund av innehållet* i informationen, ska vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift. Vad som i det här fallet är intressant att notera är att ordalydelsen vad gäller ansvarsgrunden caching inte är densamma som i E-handelsdirektivet där artikel 13 föreskriver att ansvarsfrihet ska gälla *för* ”den automatiska, mellanliggande och tillfälliga lagring av informationen, d.v.s. en ansvarsfrihet i förhållande till själva tekniken caching och inte innehållet i cache-kopian. Istället är det andra stycket i artikel 12 som tar sikte på ansvaret för innehållet i den tillfälliga kopian.¹⁹⁵ En annan viktigt skillnad att lägga märke till vad gäller implementeringen av E-handelsdirektivet är att det i 16-18 §§ E-handelslagen endast talas om ansvarsfrihet i förhållande till skadestånd och sanktionsavgift medan det i E-handelsdirektivet inte görs en motsvarande inskränkning utan istället talas det om *ansvar*¹⁹⁶ i vid bemärkelse, d.v.s. stadgandet bör även inbegripa ansvarsfrihet i förhållande till straffrättsligt ansvar som kan göras gällande gentemot tjänsteleverantörerna.¹⁹⁷ Vad säger förarbetena om inskränkningen i ansvarsfrihetsreglerna vad avser det straffrättsliga ansvaret? Anledning till att lagstiftaren uteslutit det straffrättsliga området från ansvarsfrihetsreglernas tillämpningsområde är att man anser att tjänsteleverantörer redan är undantagna från sådant ansvar p.g.a. innehållet i nuvarande straffrättsliga regler i svensk rätt eftersom det för brott krävs uppsåt. Resonemanget från lagstiftarens sida bygger i huvudsak på motiveringen att artiklarna 12-14 i direktivet kräver att tjänsteleverantören inte har någon kunskap om innehållet i informationen för att kunna påkalla ansvarsfrihet. Denna slutsats drar man från en läsning av ingresspunkt 42.¹⁹⁸ Eftersom en förutsättning är att kunskap inte föreligger anser lagstiftaren att, eftersom det i svensk rätt krävs

¹⁹⁴ Prop.2001/02:150 s.1-2

¹⁹⁵ Se ovan avsnitt 4.3.2. Värt att notera i detta sammanhang är att 2st i artikel 12 implementerats i 16 § 2st och att detta lagrum i sin helhet motsvarar artikel 12 i E-handelsdirektivet.

¹⁹⁶ Jfr lydelsen i den engelska versionen av direktivet ”Member States shall ensure that the service provider is not liable”. Här specificeras inte heller vilken/vilka former av ansvar som avses. Detta gäller samtliga ansvarsfrihetsgrunder i artiklarna 12-14.

¹⁹⁷ Se ovan avsnitt 4.1.

¹⁹⁸ Prop.2001/02:150 s.88-91, av ingresspunkt 42 till E-handelsdirektivet framgår att ”de undantag från ansvar som fastställs enligt detta direktiv omfattar endast fall när tjänsteleverantörens verksamhet är begränsad till den tekniska processen att driva och erbjuda tillgång till ett kommunikationsnät där information som görs tillgänglig av tredje part vidarebefordras eller tillfälligt lagras, i uteslutande syfte att göra överföringen effektivare. Verksamheten är av rent teknisk, automatisk natur, vilket innebär att tjänsteleverantören varken har kännedom om eller kontroll över vidarebefordrad eller lagrad information”.

uppsåt för att ansvar ska kunna påkallas, att de handlingar som omnämns i direktivet redan är undantagna från ansvar enligt svensk straffrätt.¹⁹⁹ Som tidigare påpekats föreskriver 53 § URL att den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot bestämmelserna i 1 eller 2 kap URL ska dömas för upphovsrättsbrott. Man kan fråga sig om denna bestämmelse inskränks genom lagstiftarens motivering till hur man valt att reglerna ansvarsfrihetsreglerna i E-handelslagen, d.v.s. att det för ansvar krävs uppsåt. I E-handelslagens 19 § bekräftar lagstiftaren denna tanke.

I E-handelslagens 19 § återfinns ett stadgande som inte har någon direkt motsvarighet i direktivet. Av 19 § framgår att en tjänsteleverantör som överför eller lagrar information för annan får dömas till ansvar för brott som avser innehållet i informationen endast om brottet har begåtts uppsåtligen. Detta lagrum har tagits med för att vara säker på att ansvarsfrihet från ett eventuellt straffrättsligt ansvar inte kan komma ifråga eftersom det för ansvar krävs uppsåt. Det som således stadgas i 53 § URL, d.v.s. att för ansvar för upphovsrättsbrott kan dömas den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot bestämmelserna i URL, gäller inte i förhållande till ansvar p.g.a. grov oaktsamhet. Detta innebär att internetjänsteleverantörer inte kan hållas ansvariga för upphovsrättsbrott eller medverka till upphovsrättsbrott vid överföring eller lagring av information i de fall de hade kunnat dömas för ansvar för grov oaktsamhet enligt 53 § URL.

Vad man mer kan uppmärksamma, vad gäller artikel 13 i E-handelsdirektivet, är att lagstiftaren inte tänkt på att artikel 13 åsyftar själva exemplarframställningen som görs vid caching och inte innehållet i själva kopian. Här undantas sådana kopior från det upphovsrättsliga ansvaret redan i URL genom 11 a §, frågan är emellertid om de tillfälliga kopior som avses i E-handelsdirektivet artikel 13 omfattas av tillämpningsområdet för Infosocdirektivet artikel 5(1) och i så fall hur omfattande denna överlappning är.

E-handelslagen är en relativt ny lagstiftningsprodukt och har således inte varit föremål för prövning i särskilt många mål än. Vad gäller ansvarsfrihetsreglerna tog emellertid Hovrätten, i målet *The Pirate Bay*, ställning till om dessa skulle anses tillämpliga på det medverkansansvar samt skadeståndsansvar som åklagaren och målsäganden gjort gällande. I bedömningen av tillämpningen av ansvarsfrihetsreglerna i E-handelslagen skriver Hovrätten följande i sin dom:

Hovrätten delar tingsrättens bedömning att TPB är att anse som en tjänsteleverantör enligt 2 § e-handelslagen. Reglerna om ansvarsfrihet i 16 – 18 §§ utesluter i vissa fall tjänsteleverantörer från skyldighet att betala skadestånd eller sanktionsavgift. Bestämmelserna har däremot inte bäring på den straffrättsliga bedömningen.

¹⁹⁹ Här menar lagstiftaren att det enligt direktivet undantas från ansvar endast i de fall där tjänsteleverantören inte har någon kunskap om innehållet i informationen. Eftersom det i svensk rätt krävs uppsåt så aktualiseras aldrig någon sådant ansvar. Här menar man att uppsåtligt handlande utesluter en tillämpning av reglerna eftersom kravet på okunskap inte kan upprätthållas.

Av 19 § e-handelslagen framgår att en tjänsteleverantör ansvarar för brott som avser innehållet i överförd eller lagrad information endast om brottet har begåtts uppsåtligen.

Om hovrätten skulle finna åklagarens påstående om uppsåtliga brott styrkta, aktualiseras inte frågan om ansvarsfrihet enligt e-handelslagen i brottmålsdelen. Däremot finns det då anledning att återkomma till frågan i målets skadeståndsdelen.²⁰⁰

Hovrätten bekräftar här att ansvarsfrihetsreglerna inte gäller i förhållande till straffrättsligt ansvar och går inte närmare in på tolkningen av lagtexten i förhållande till direktivet. Intressant är även hovrätten påpekar att ansvarsfrihet inte kan bli aktuellt om brott är styrkt, menar man att ansvarsfrihet kan bli aktuellt om brott inte är styrkt? Givetvis menar hovrätten att ett uppsåtligt agerande utesluter tillämpning av ansvarsfrihetsreglerna i E-handelslagen, precis så som lagstiftaren motiverar avsaknaden av undantag från straffrättsligt ansvar från undantagsreglerna.

5.8 Sammanfattande kommentar

Caching – tillfälliga kopior undantas från exemplarframställningsrätten i 11 a § URL och motsvarande artikel 5(1) i Infosocdirektivet vilket utgör implementeringen av lagrummet i svensk rätt. Artikel 13 i E-handelsdirektivet, och motsvarande 17 § i E-handelslagen, reglerar ansvarsfriheten vad gäller caching. Något som är problematiskt är att 17 § i E-handelslagen inte motsvarar artikel 13 i E-handelsdirektivet. Huruvida detta är eller kommer att bli ett problem i praktiken kommer att diskuteras i nästa kapitel.

Länkning – vad gäller länkar är det fastslaget genom praxis att vissa sorters länkar, främst djuplänkar, medför ett otillåtet upphovsrättsligt förfogande. Mer exakt innebär de en överföring till allmänheten. Vidare är det fastslaget i praxis att det för tillgängliggörande till allmänheten normalt krävs någon form av aktivt handlande, vilket således utesluter många fall av ansvar för tjänsteleverantörer som normalt inte har någon kunskap om innehållet i överförd eller lagrad information och, som p.g.a. den teknik som används, d.v.s. en automatiserad process som gör det möjligt att överföra information i ett nätverk, normalt inte har någon avsikt att på ett otillåtet sätt förfoga över upphovsrättsinnehavares verk. Länkning har emellertid inte blivit föremål för undantagsreglering i E-handelsdirektivet eller E-handelslagen. Detta kan nog delvis bero på att man inte riktigt kan enas om hur ansvaret ska se ut i förhållande till länkar.

Värdtjänster – här har vi främst att förhålla oss till reglerna i BBS-lagen samt den praxis som utvecklats vad gäller medverkansansvar för upphovsrättsbrott. E-handelslagen 18 § ska också beaktas i de fall ansvar kan påkallas. Viktigt att komma ihåg i dessa fall är att ansvarsfrihetsreglerna inte påverkar aktuellt innehåll i svensk straffrätt eftersom det för straffrättsligt an-

²⁰⁰ HovR B 4041-09 (The Pirate Bay), s.26

svar krävs uppsåt. Detta anses utesluta en tillämpning av ansvarsfrihetsreglerna som förutsätter att tjänsteleverantören är i okunskap om innehållet i relevant information. Man kan i vissa fall fråga sig om detta är en riktig tolkning av E-handelsdirektivet. Utesluter verkligen subjektiv täckning alltid en okunskap i förhållande till innehållet i informationen? I målet *The Pirate Bay* talar man om att tjänsten varit sådan att den främjat nedladdning samt uppladdning av skyddade verk. Man talar således inte om de åtalades kunskap om innehållet i de verk som var föremål för prövning. Vad man säger är att tjänsten som sådan inneburit ett medvetet risktagande för en skadlig effekt samt att det för uppsåt krävs att tjänsteleverantören måste ha insikt om samtliga de förhållanden som måste vara för handen för att ett upphovsrättsintrång ska föreligga. Detta inbegriper inte en kunskap om exakt vilka verk som är föremål för piratkopiering på hemsidan utan istället att tjänsteleverantören känt till att: ”torrentfiler som hänvisade till upphovsrättsligt skyddade verk var frekvent förekommande på TPB:s webbplats, att dessa torrentfiler lagts ut utan rättighetshavarnas samtycke samt att dessa verk överfördes till allmänheten med hjälp av TPB:s tjänster.”²⁰¹ På så sätt krävs en kunskap om materialets existens samt dess olagliga natur.²⁰² Detta borde i praktiken utesluta en tillämpning av ansvarsfrihetsregeln i 18 §.

²⁰¹ HovR B 4041-09 (*The Pirate Bay*), s.27

²⁰² Se ovan avsnitt 5.6.

6 Analys

Ett återkommande inslag inom juridiken är betydelsen av den terminologiska eller språkliga förståelsen av lagtexten och argumentationen. Ofta måste man ta till olika tolkningsmetoder för att försöka utröna det verkliga syftet med en regel eftersom detta inte är möjligt genom enbart läsning av själva texten. Uppsatsens syfte och frågeställning har aktualiserat frågor om E-handelsdirektivets tolkning. I brist på vägledande praxis har den ansvarsreglering som finns på området fått vara vägledande för tolkningen av ansvarsfrihetsregleringen. Den debatt som föregått utvecklingen av ansvarsfrihetsreglerna har även fått tjäna som tolkningsunderlag. Nya frågor har efterhand dykt upp då det visat sig att det finns betydande skillnader i regleringen av ansvaret samt ansvarsfriheten i förhållande till internetjänstleverantörer. Inledningsvis har de tekniker som används av internetjänstleverantörer, och som omfattas av den problematisering som finns kring ansvaret för internetjänstleverantörer, redogjorts för. I samband med detta har även det upphovsrättsliga ansvaret som aktualiseras kort presenterats. Redogörelsen har främst berört problematiken med *länkning*, *caching* och olika sorters *värdtjänster*. Efter denna redogörelse har några avsnitt följt rörande det upphovsrättsliga skyddet på internationell, Europeisk och slutligen nationell nivå samt en redogörelse för utvecklingen av den s.k. ”digitala agendan”. I avsnitt fyra återfinns en detaljerad redogörelse av E-handelsdirektivet samt en motsvarande redogörelse för den svenska implementeringen av direktivet i avsnitt 5.7. Här berörs de tolknings- samt implementeringsproblem som uppmärksammats i samband med studiet av ansvarsfrihetsreglerna. Närmast kommer en sammanfattande redogörelse för de problem som uppmärksammats under arbetets gång samt några slutsatser angående tolkningen av ansvarsfrihetsreglerna i E-handelsdirektivet och motsvarande regler i svensk rätt.

I litteraturen ges olika definitioner på begreppet internetjänstleverantör samtidigt som det används i olika sammanhang. De områden som omfattas av internetjänstleverantörernas verksamhetsområden utökas dessutom hela tiden vilket även gjort att internetjänstleverantörer fått ett allt bredare ansvarsområde. Ett annat problem är att man inte alltid är på det klara med vad det är för problem man faktiskt har att ta itu med. Hur ansvaret ska se ut för internetjänstleverantörer är man inom flera internationella fora fortfarande inte överrens om.²⁰³ Olika ansvarsregler har därför utvecklats på nationell, och ibland regional, nivå. Detta har kritiserats av flera anledningar. En internationell reglering av området hade varit bra dels med tanke på upphovsrättens, redan, internationella karaktär men dels även p.g.a. de gränsöverskridande problem som uppmärksammats med anledning av tjänstleverantörers ansvar.

Lösningen med digitala medier kanske ligger i tekniken själv. Den tekniska utvecklingen har skapat problemen, men kommer så småningom även att

²⁰³ Se ovan avsnitt 1.2., särskilt not 10

lösa dem. Några anser nämligen att en reglering inte bör ske på lagstiftningsnivå utan genom att industrins aktörer själva utvecklar tekniska system för att skydda sina verk.²⁰⁴ Så är redan fallet till viss del. Detta har emellertid inte hindrat lagstiftaren från att, i varje fall, försöka begränsa ansvaret i förhållande till internetjänsteleverantörer. Frågan är om man lyckats uppnå en tillfredställande lösning för dessa aktörer, men även rättighetsinnehavarna, samt om reglerna är tillräckligt förutsägbara.

Syftet med denna uppsats har varit att titta på de ansvarsfrihetsregler som finns för kategorin internetjänsteleverantörer, eller med E-handelsdirektivets terminologi ”tjänsteleverantörer som levererar informationssamhällets tjänster”. Jag har, utifrån det ansvar som kan aktualiseras, försökt förstå och tolka de ansvarsfrihetsregler som har antagits inom ramen för det Europeiska samarbetet. Utifrån denna framställning kan man dra ett antal slutsatser.

För det första kan man konstatera att E-handelsdirektivet är en lagstiftningsprodukt som är långtifrån färdig och som består av ett flertal kompromisser mellan olika intressen. Av framställningen ovan har kunnat konstateras att det finns många motsägelser i ingressen till direktivet i förhållande till artiklarna. Detta gäller bl.a. förbudet i artikel 15 om att införa en allmän övervakningsskyldighet.²⁰⁵ Kommissionens KOM-dokument är även till viss del motsägelsefullt i förhållande till tolkningen av artikel 13 i direktivet där det stadgas att ansvarsfrihet ska garanteras i förhållande till den tekniska process som utgör caching medan det i KOM-dokumentet antyds att samtliga ansvarsfrihetsgrunder tar sikte på innehållet i informationen som lagras. Denna uppfattning styrks även av förarbetena till den svenska implementeringen av direktivet.²⁰⁶ Även förhandlingarna inför ACTA-avtalet vittnar om att det finns många meningsskiljaktigheter inom detta område. De förslag som man till en början la fram, och som kanske enligt några var att anse som drastiska och alltför ingripande, har så småningom omförhandlas och förts bort från avtalet.²⁰⁷ I dagsläget har ACTA-avtalet inte trätt i kraft ännu.²⁰⁸

För det andra är det oklart hur man ska se på förhållandet mellan E-handelsdirektivet och Infosocdirektivet. Vad gäller ansvarsfrihetsgrunden caching är det nämligen oklart, mot bakgrund av en tolkning som jag väljer att ge lagrummet d.v.s. en ansvarsfrihet i förhållande till tekniken caching, huruvida artikel 5(1) i Infosocdirektivet, och motsvarande implementering i svensk rätt genom 11 a § URL, täcker de situationer som skulle ge tjänstele-

²⁰⁴ Detta föreslås till viss del även av lagstiftaren, se t.ex. artikel 16 i E-handelsdirektivet samt artikel 6(2) i Infosocdirektivet.

²⁰⁵ Se ovan avsnitt 4.2.5. som rör förbudet mot införandet av en allmän övervakningsskyldighet i artikel 15 i E-handelsdirektivet i förhållande till ingresspunkterna 47 och 48.

²⁰⁶ Se ovan avsnitt 4.3. samt avsnitt 5.7. vad gäller den svenska motsvarigheten till artikel 13.

²⁰⁷ Se ovan avsnitt 4.5.

²⁰⁸ Enligt kap VI artikel 40 träder avtalet i kraft efter att sex avtalsparter ratificerat eller på annat sätt godkänt avtalet.

verantören ansvarsfrihet enligt E-handelsdirektivet.²⁰⁹ Det finns argument som tyder på att caching redan är undantaget från ansvar genom tillämpning av artikel 5(1).²¹⁰ I detta fall kan man fråga sig varför man inte valt att införa en hänvisning i artikel 5(1) Infosocdirektivet till E-handelsdirektivet som gör artikel 13 tillämplig även i de fall ansvar är uteslutet redan genom en tillämpning av artikel 5(1), d.v.s. en specialreglering för tjänsteleverantörer alternativt att man förtydligar att en tillämpning av artikel 5(1) utesluter en vidare tillämpning av artikel 13 i E-handelsdirektivet. Den senare tolkningen bygger emellertid på slutsatsen att artikel 13 i E-handelsdirektivet fyller samma funktion som artikel 5(1) i Infosocdirektivet vilket inte kan vara fallet.

För att artikel 13 ska kunna leda till ansvarsfrihet uppställs nämligen ett antal villkor som inte behöver vara uppfyllda vid en tillämpning av artikel 5(1). Att Kommissionen skulle förbisett en sådan situation talar emot nämnda tolkning av förhållanden mellan artikel 5(1) och artikel 13. Detta förstärks även genom stadgandet i ingresspunkt 16 till Infosocdirektivet där det sägs att Infosocdirektivet inte påverkar bestämmelserna om ansvar i E-handelsdirektivet. I avsaknad av rättspraxis på området samt konkreta ställningstaganden i litteraturen måste sammantaget sägas att det är oklart hur man ska se på förhållanden mellan artikel 5(1) och artikel 13 samt motsvarande implementeringar i svensk rätt. Detta förhållande kompliceras dessutom genom den implementering man gjort i svensk rätt av artikel 13 E-handelsdirektivet. I den svenska implementeringen hänvisar man till ansvar i förhållande till informationen som finns tillgänglig i cachekopian och inte till en ansvarsfrihet i förhållande till själva kopian.²¹¹

Vad gäller värdtjänster samt undantaget från ansvar i 18 § E-handelslagen samt motsvarande artikel 14 i E-handelsdirektivet kan utifrån ovan redovisade omständigheter konkluderas att subjektiv täckning, d.v.s. endast uppsåt i detta fall, i princip utesluter en tillämpning av ansvarsfrihetsregeln eftersom uppsåtet medför att kravet på okunskap inte uppfylls.²¹² Man kan emellertid fråga sig om lagstiftaren inte kunde ha valt att implementera artikel 14 på något annat sätt. Detta för att det inte ska råda någon tvekan om att ansvarsfrihetsreglerna tar sikte på *både* civilrättsligt och straffrättsligt ansvar. Den ordalydelse som lagstiftaren valt vid införandet av 18 § ifrågasätter till viss del domstolarnas kompetens samt förmåga att själva tolka och tillämpa lagen. De straffrättsliga reglerna kan dessutom förändras dels i förhållande till internetjänsteleverantörer i allmänhet, men i synnerhet vad gäller det upphovsrättsliga ansvaret.

²⁰⁹ Artikel 5(1) stadgar att undantaget gäller för tillfälliga former av mångfaldigande [...] vars enda syfte är att möjliggöra (a) en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand [...]. Av ingresspunkt 33 framgår att undantaget i artikel 5(1) i vissa fall även omfattar åtgärder som gör att webbläsning och cachelagring kan ske, ”inbegripet sådana som gör att överföringssystem kan fungera effektivt”. Se ovan avsnitt 3.4.

²¹⁰ Se ovan avsnitt 3.3.1.

²¹¹ Se ovan avsnitt 5.7.

²¹² Se ovan avsnitt 5.8.

Sammanfattningsvis kan sägas att implementeringen av E-handelsdirektivet, så som lagstiftaren själv uttryckt det, inte innebär någon omvälvande omreglering av ansvaret för internetjänsteleverantörer för svenskt vidkommande. Detta gäller i vart fall ansvarsfrihetsreglerna som tar sikte på enbart vidarebefordran (mere conduit) samt värdtjänster (hosting). Det är däremot mer oklart vad för konsekvenser artikel 13 i E-handelsdirektivet får i förhållande till cache-kopior. Artikel 13 i E-handelsdirektivet verkar, i jämförelse med artikel 5(1), vid ett första ögonkast ge internetjänsteleverantörer längre gående skyldigheter än vad som följer vid en tillämpning av enbart artikel 5(1). Detta kan emellertid inte vara tanken eftersom den ena bestämmelsen tar sikte på upphovsrättens skyddsomfång samt den andra är en ansvarsfrihetsregel vilken därför endast borde tillämpas i de fall då artikel 5(1) inte är tillämplig. Båda reglerna är emellertid tillämpliga i förhållande till tillfälliga kopior och leder i princip till samma effekt, d.v.s. utesluter ansvar för internetjänsteleverantörerna. *Sammanfattningsvis* bör artikel 13 i E-handelsdirektivet inte ses som en utvidgning av ansvaret för internetjänsteleverantörer utan som ett komplement till artikel 5(1) i Infosocdirektivet.

Käll- och litteraturförteckning

Artiklar

Advokaten (Tidskrift), *Acta-avtalet väcker oro*, nr 2 (2011), s.7

Axhamn Johan, *EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande*, NIR 2010 (4), s.339-353

J., Axhamn, *Utredningen om upphovsrätten på Internet – en översiktlig presentation*, NIR 2008 (1), s.39-52

Koelman Kamiel & Hugenholtz Bernt, *The impact of the Internet on Intellectual Property Law*. Hämtad från http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/chap3.html (senast tillgänglig (2011-04-16))

De Beer Jeremy & Clemmer Christopher, *Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?* Artikeln är hämtad från SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1529722 (senast tillgänglig 2011-04-07)

Julià-Barceló Rosa, *On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks*, EIPR 2000, 22 (3), s.105-119

Mc.Evedy Victoria, *The DMCA and the E-commerce Directive*, EIPR 2002, 24(2), s.65-73

Olsson Henry, *Den internationella immaterialrättsliga utvecklingen andra halvåret 2010. En splittrad bild*, NIR 2011 (4), s.72-80

Strachan Jane, *The Internet of Tomorrow: The New-Old Communication Tolls of Control*, EIPR 2004, 26(3), s.123-136

Wei Weixiao, *The Liability of Internet Service Providers for Copyright Infringement and Defamation Actions in the United Kingdom and China: A Comparative Study*, EIPR 2006, 28 (10), s.528-534

Internetkällor

Paginas IT-ordbok, sökord: *BBS*
<http://itord.pagina.se/default.asp?val=s%F6k&q=BBS>

Paginas IT-ordbok, sökord: *internet*
<http://itord.pagina.se/default.asp?val=s%F6k&q=Internet>

Paginas IT-ordbok, sökord: *host*
<http://itord.pagina.se/default.asp?Id=4146>

Paginas IT-ordbok, sökord: *world wide web*
<http://itord.pagina.se/default.asp?id=304>

Hemsidan till The Pirate Bay
www.thepiratebay.org

Wikipedia: sökord: djuplänkning
http://en.wikipedia.org/wiki/Deep_linking

Litteratur

Bently Lionel & Sherman Brad, *Intellectual Property Law*, tredje upplagan, Oxford University Press (2009)

Cook Trevor, *EU Intellectual Property Law*, Oxford University Press (2010)

Cornish William & Llewelyn David, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, London (2007)

Cornish William m.fl., *Intellectual Property. Patents, Copyright, Trademarks & Allied rights*, 7:e upplagan, Sweet & Maxwell, London (2010)

Craig Paul & de Búrca Gráinne, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, fjärde upplagan, Oxford University Press (2008)

Edwards Lilian & Waelde Charlotte (Ed.), *Law & the Internet/ a framework for electronic commerce*, Hart publishing (2000)

Gervais Daniel, *The TRIPS Agreement. Drafting History and Analysis*, London, Sweet & Maxwell (1998)

Jareborg Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag (2005)

Kindhult Urban, *Internet Access Providers and Aspects on Cache Copying and Liability from a Copyright Perspective*, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet, Gröna Serien nr 110 (2001)

Levin Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt – Upphovsrätt, Patent, Mönster-rätt, Känneteckensrätt – I Sverige, EU och internationellt*, nionde upplagan, Norstedts Juridik (2007)

Lindberg Agne & Westman Daniel, *Praktisk IT-rätt*, tredje upplagan, Norstedts juridik AB (2001)

Olsson Henry, *Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt*, Norstedts Juridik (2009)

Reed Chris & Angel Jonathan, *Computer Law. The law and Regulation of information*, Oxford University Press (2007)

Ricketson Sam & Ginsburg Jane, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, andra upplagan, Oxford University Press (2006)

Rosén Jan, *medie- och immaterialrätt*, Iustus förlag (2003)

Rowland Diane & Macdonald Elizabeth, *Information Technology Law*, tredje upplagan, Routledge-Canedish (2006)

Triton Guy, *Intellectual property in Europe*, andra upplagan, Sweet & Maxwell (2002)

Offentligt Tryck

Ds. 2006:29. *Musik och film på Internet – hot eller möjlighet?*

Regeringens proposition 2004/05:110 om förslag till lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29EG, m.m.*

Regeringens proposition 2001/02:150 om förslag till lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.

Regeringens proposition 1997/98:15 om förslag till lag om ansvar för elektroniska anslagstavlor.

Regeringens proposition 1993/94:122 om förslag till lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. *Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång*

COM (1988) 172 final, *Green Paper on copyright and the challenge of technology. Copyright issues requiring immediate action.*

KOM (1998) 586 slutlig, *Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa rättsliga aspekter på den elektroniska handeln på den inre marknaden.*

Övrigt

Cronholm Jacob, *Upphovsrätt på internet – en analys av tjänsteleverantörers medverkansansvar*, Lund (2010)

Rättsfallsförteckning

Hovrätten

”The Pirate Bay-domen” mål nr: B 4041-09 från 2010-11-26

Högsta Domstolen

NJA 1996 s.79 (BBS-målet)

NJA 2000 s.292 (mp3-målet)

Europeiska Unionens domstol

C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970]

C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA* [1978]

C-5/08 *Infopaq International v. Danske Dagblades Forening* [2009]

Förenade målen C-236/08 -238/08, *Google France Sarl och Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier m.fl.* [2010]