



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

My Byström

Internetleverantörers ansvar vid streaming

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin: HT15

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion	4
1.2 Syfte och problemställningar	4
1.3 Metod	4
1.4 Källor	5
1.5 Avgränsningar	6
1.6 Forskningsläge	6
2 ANVÄNDADET AV STREAMING	8
2.1 Vad är streaming?	8
2.2 Hur ser svenskars illegala streamingvanor ut?	8
3 VAD SÄGER LAGEN?	9
3.1 Lagstiftning	9
3.1.1 Upphovsrättslagen	9
3.1.2 Infosoc-direktivet	10
3.1.3 E-handelslagen	11
3.1.4 Brottsbalken	12
3.2 Förarbeten	13
3.2.1 Prop. 2004/05:110	13
4 PRAXIS	15
4.1 UPC-domen	15
4.1.1 Bakgrund	15
4.1.2 Tolkningsfrågorna	16
4.1.3 EU-domstolens besvarande av den första frågan	16
4.1.4 EU-domstolens besvarande av den andra frågan	17
4.2 Bredbandsbolaget-domen	19
4.2.1 Bakgrund	19
4.2.2 Rättsinnehavarna	20

4.2.3	Bredbandsbolaget	21
4.2.4	Tingsrätten	22
4.2.4.1	Bredbandsbolagets verksamhet och kännedom om intrång	22
4.2.4.2	Möjlighet för vitesförbud och tolkningen av artikel 8.3	22
4.3	TPB-domen	24
4.4	Övrig praxis	26
4.4.1	Black internet-målet	26
4.4.2	Portlane-målet	26
5	KRITISKA RÖSTER	27
5.1	Positiva till lagförändring	27
5.2	Kringgående av blockering av webbsidor	27
6	ANALYS	29
6.1	Överensstämmande med EU-rätt	29
6.2	Föreläggandets effektivitet	30
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		33
Källor		33
Litteratur		33
Elektroniska källor		34
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		35

Summary

This paper investigates what responsibility an internet service provider has as an intermediate, when third party makes work available to the public without the consent of the holders of a right related to copyright through streaming.

Streaming is since a few years back the most common way to watch films that has illegally been made available to the public. It is not a crime to, for example watch a movie through streaming. It is however a crime to make the film available to the public without the consent of the holders of the right. The Swedish law on streaming is built on the Directive 2001/29/EC. Therefore it is meaningful to examine if the Swedish law conforms with the Directive 2001/29/EC and case-law from the the European Union.

In the Directive 2001/29/EG and in Swedish law there is a possibility for the rightholders whose interests are affected by an infringing activity to apply for an injunction against intermediates. To look at how efficient such an injunction will be to protect copyright is therefore an interesting aspect.

This essay discusses law and case law to show the way the law is practiced in Sweden. After some investigation the essay reaches its conclusion that the more restrictive application used in Sweden is not in compliance with the Directive 2001/29/EC and case-law from the European Union.

Sammanfattning

I denna uppsats utreds vilket ansvar en internetleverantör har när de fungerar som mellanhand och tillhandahåller internetuppkoppling vid tredje mans intrång i upphovsrätt, då intrången sker genom att tillgängliggöra verk för streaming.

Streaming är sedan några år tillbaka det vanligaste sättet att se på film som tillgängliggjorts på ett olagligt sätt. Det är inte straffbart att till exempel se på film via streaming, men det är straffbart att tillgängliggöra verk för allmänheten utan rättsinnehavarens tillåtelse. Den svenska lagstiftningen kring streaming har sin grund i Infosoc-direktivet. Det är därför betydelsefullt att undersöka om den svenska rätten överensstämmer med EU-rätten.

Det finns i Infosoc-direktivet och den svenska lagstiftningen möjlighet för rättsinnehavare att ansöka vid domstol om föreläggande mot internetleverantör. Att undersöka hur effektivt ett sådant föreläggande blir för att skydda upphovsrätten och dess närstående rättigheter blir därför aktuellt.

Uppsatsen behandlar lagstiftning, lagförarbeten och praxis för att ge en övergripande bild av gällande rätt. Efter utredning når uppsatsen sammanfattningsvis fram till att den mer restriktivt hållna svenska rättstillämpningen inte är förenlig med den höga skyddsnivån i EU-lagstiftningen. Efter analysen om ett föreläggande är en effektiv åtgärd är slutsatsen att åtgärden är effektiv.

Förkortningar

Abandonner	Abandonner AB
Bredbandsbolaget	B2 Bredband AB
Brottsbalken	Brottsbalk (1962:700)
Constantin	Constantin Film Verleih GmbH
E-handelslagen	Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster
EU	Europeiska Unionen
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
Ipred-lagen	Lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (SFS 2009:109)
Portlane	Portlane AB
Stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
TPB	The Pirate Bay
Upphovsrättslagen	Lag (1960:729) om upphovsrätt till konstnärliga och litterära verk
UPC	UPC Telekabel Wien GmbH
VPN	Virtual private network
Wega	Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH

1 Inledning

1.1 Introduktion

Streaming, ett sätt för personer att se på film eller lyssna på musik gratis på nätet. Men är verken tillgängliggjorda utan rättsinnehavarens tillåtelse är det någon som måste ta ansvar. I Infosoc-direktivet anges att mellanhänder så som internetleverantörer har bäst möjlighet att stoppa intrång i upphovsrätten. Men vilket ansvar har egentligen internetleverantören?

1.2 Syfte och problemställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda internetleverantörens ansvar då tredje man vid utnyttjande av deras tjänster begår intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter. Uppsatsen ska ge en överblick av vad som gäller i svensk rätt och praxis. I uppsatsen kommer följande frågeställningar att besvaras:

- På vilket sätt kan en internetleverantör göras ansvarig för tredje mans intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter vid streaming?
- Är svensk rätt i överensstämmande med gällande EU-rätt?
- Är ett föreläggande mot internetleverantör effektivt?

1.3 Metod

Uppsatsen har jag utgått från rättsdogmatisk metod. Utgångspunkten har alltså varit allmänna rättskällor, lagstiftning, rättspraxis och lagförarbeten för att hitta lösningen på mina frågeställningar.¹ En svaghet i den rättsdogmatiska metoden är att den inte intresserar sig för hur en viss regel tillämpas. Dock ges en friare tolkning när man ser till hur en regel borde utformas för framtida bruk.²

¹ Korling och Zamboni, 2013, s. 21.

² Korling och Zamboni, 2013, s. 24 och s. 30.

Eftersom mina frågeställningar delvis gäller tillämpning och effektivitet så har jag valt att även undersöka efter rättsekonomisk metod. Det finns två huvudsakliga kriterier inom rättsekonomin för att mäta om en åtgärd är ekonomiskt effektiv. Det ena är Pareto-kriteriet, vilket är uppfyllt om åtminstone en individ får det bättre utan att någon annan individ får det sämre.³ Det andra kriteriet är Kaldor-Hicks-kriteriet. Detta är uppfyllt om någon eller några individer får det bättre än vad övriga individer får det sämre. Alla förändringar som uppfyller detta kriterium är Kaldor-Hicks-effektiva.⁴

Kriterierna skiljer sig åt då Pareto-kriteriet inte kan vara uppfyllt om någon missgynnas, medans Kaldor-Hicks-kriteriet blir aktuellt när minst en individ missgynnas.⁵ Pareto-kriteriet går inte att uppfylla genom ett föreläggande då internetleverantören måste bekosta någon form av åtgärd när ett föreläggande riktas mot denne, och internetleverantören får det därmed sämre. Eftersom Pareto-kriteriet inte går att tillämpa kommer jag att använda mig av Kaldor-Hicks-kriteriet.

1.4 Källor

Som redan nämnts i avsnittet ovan, används främst lagtext, lagförarbeten och rättspraxis i denna uppsats. Jag har använt mig mer av dessa källor än av litteratur, då det som finns skrivet om det som berör uppsatsens ämne mestadels refererar lagtext och förarbeten. Jag har då gjort bedömningen att primärkällorna har varit bättre att använda.

I texten är fyra svenska rättsfall refererade. Bredbandsbolaget-målet är från tingsrätten och skulle ha vunnit laga kraft den 18 december 2015, men överklagades.⁶ Därför ska den behandlas med stor försiktighet och den har i uppsatsen snarare använts för att belysa argumentationen i fallet, eftersom

³ Dahlman, Glader och Reidhav, 2004, s. 54.

⁴ Dahlman, Glader och Reidhav, 2004, s. 56.

⁵ Dahlman, Glader och Reidhav, 2004, s. 54.

⁶ Wistbeg, Dagens Media, 18/12 2015.

det är det första målet av sitt slag som tas upp i Sverige. Det är viktigt att komma ihåg, att en dom inte utgör svaret på gällande rätt om ett vägledande avgörande saknas. Eftersom inget av målen är ett avgörande från Högsta Domstolen, är det viktigt att framhålla att Högsta Domstolen kan förändra hovrättspraxis.⁷ Vidare är att understryka att TPB-domen, Portlane-målet och Black Internet-målet är mål som rör fildelning, och inte streaming. Men, de är ändå relevanta även i fall som gäller streaming då de behandlar internetleverantörs medverkansansvar.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsens fokus är vad internetleverantörernas har för ansvar vad gäller när de tillhandahåller nät för överföring mellan kund och tredje part. Det främsta fokuset har varit civilrättsligt vitesföreläggande. Eftersom det även hänger ihop med ett straffrättsligt ansvar har jag behandlat detta ansvar, bland annat genom att redogöra bestämmelser i brottsbalken, vad som står skrivet i förarbeten och det som framkom i TPB-målet.

Då fokus är på ansvaret vid tillhandahållandet av internet har jag inte gått in på ansvar för till exempel elektroniska anslagstavlur. De mer tekniska än juridiska aspekterna har inte beskrivits grundligt i texten, eftersom det är de juridiska frågorna som står i centrum.

I texten används streaming och illegal streaming, i stor utsträckning synonymt med att ta till sig ett verk som tillgängliggjorts på ett olagligt sätt. Användning av laglig streaming är av litet intresse för uppsatsens frågeställningar, och behandlas därför inte.

1.6 Forskningsläge

Internetleverantörers medverkansansvar är ett aktuellt ämne och det har skrivits flertalet artiklar på ämnet.⁸ Artiklarna har dock inte fokuserat på

⁷ Korling och Zamboni, 2013, s. 38.

⁸ Nicander, SvJT 2012, s. 258; Onișor, NIR 2014, s. 432.

streaming, en växande trend för att ta till sig tillgängliggjorda verk. Då streaming omfattas av ett undantag i upphovsrättslagen anser jag det vara relevant att närmare utreda hur medverkansansvaret ser ut.

2 Användandet av streaming

2.1 Vad är streaming?

Streaming är spridning av datafiler för ljud, bild eller video som visas direkt i till exempel mobiltelefon eller dator. Spridningen sker huvudsakligen över internet. Detta sker genom att en användare klickar på en länk och sedan öppnas datafilen direkt i datorn eller mobiltelefonen, och spelar exempelvis upp en video. Datorn eller mobiltelefonen måste vara uppkopplad mot internet under hela uppspelningen, men datafilerna sparas inte ned. Exempel på tjänster där man streamar media lagligt är Spotify och Youtube.⁹

2.2 Hur ser svenskars illegala streamingvanor ut?

Under år 2014 såg en genomsnittlig svensk på 90 filmer per år och 12 procent av de filmer som sågs var på en illegal webbsida. Detta kan jämföras med att 8 procent av filmerna sågs på DVD eller Bluray och 12 procent sågs på webb-tv.¹⁰ Merparten av den film som ses illegalt idag är via illegala streamingsidor. Tidigare så var illegal fildelning störst, men i årsskiftet 2012/2013 gick illegal streaming om fildelningen.¹¹

⁹ Nationalencyklopedin, streaming.

¹⁰ Ds 2015:31 s. 51.

¹¹ Ds 2015:31 s. 57.

3 Vad säger lagen?

3.1 Lagstiftning

3.1.1 Upphovsrättslagen

Verk som musik, film och upptagningar av ljud och bild skyddas av upphovsrättslagen. Detta återfinns i lagens 1 § för upphovsrättsligt skyddade verk och 46 § för de närstående rättigheterna. Detta innebär bland annat att rättsinnehavaren har ensamrätt att framställa eller tillgängliggöra exemplar. Verk kan tillgängliggöras enligt 2 § upphovsrättslagen genom att överföras till allmänheten trådlöst eller trådbundet. Det räknas som överföring även då enskilda kan ta del av verken då plats och tid väljs av den enskilda. Tillgängliggörande på detta sätt sker främst via webbsidor på internet där webbsidor tillhandahåller verken så att de går att se eller lyssna på.¹²

Streaming faller, för den enskilda som tar del av verket, under ett undantag i upphovsrättslagen som införts i 11 a §. Man får enligt lagen framställa tillfälliga exemplar av musik och filmer. För att falla under detta undantag måste exemplarframställningen vara en del i en teknisk process där de är flyktiga eller har underordnad betydelse. Exemplaren får inte ha självständig ekonomisk betydelse, det enda syftet ska vara att möjliggöra överföring i nät eller laglig användning. Detta skiljer streaming från fildelning och nedladdning av filer. Det är framställning av exemplar, och inskränkning om exemplarframställning för privat bruk enligt 12 § innefattar inte vad som gjorts tillgängligt för allmänheten i strid med 2§ upphovsrättslagen.

Den som tillgängliggjort musik- eller filmverk utan rättsinnehavarens tillåtelse kan dömas till böter eller fängelse i två år, då det skett uppsåtligt eller med grov oaktsamhet vilket föreskrivs i 53 § första stycket upphovsrättslagen. Enligt 53 b § upphovsrättslagen finns det även möjlighet

¹² Prop 2004/05:110 s 62-63.

för rättsinnehavare att vid domstol yrka på att den som vidtar eller medverkar till intrång vid vite förbjuds att fortsätta med åtgärden. Talan om vite handläggs enligt reglerna i rättegångsbalken om åtal för brott vilket svårare straff än böter inte är föreskrivet.

3.1.2 Infosoc-direktivet

Infosoc-direktivet har som syfte att harmonisera upphovsrätten och närstående rättigheter. Utgångspunkten, som påpekas i skäl 9, är en hög skyddsnivå, eftersom upphovsrätten har en avgörande betydelse för skapande och skyddet gagnar bland annat konstnärer, producenter och konsumenter. I och med digitaliseringen och de krav som det medför, är det enligt skäl 17 viktigt att säkerhetsställa att de rättighetsförvaltande organisationerna uppnår en högre grad av överblick och rationalisering för att se till att reglerna efterlevs.

Enligt skäl 25, bör oklarheter kring tillhandahållande på begäran via nät, alltså streaming, lösas via bestämmelser på gemenskapsnivå. Det klargörs också att rättsinnehavare erkänns ensamrätt att tillgängliggöra sina verk på detta vis. Dock utgör tillfälliga kopior ett undantag enligt artikel 5.1. Då ska kopiornas enda syfte vara att möjliggöra överföring i nät mellan tredje parter genom en mellanhand, laglig användning eller utan självständigt ekonomiskt syfte. Kopiorna måste dock vara flyktiga eller vara av en underordnad betydelse som en integrerad och väsentlig del i en process. Artikel 5.1 införlivades i svensk rätt genom 11 a § i upphovsrättslagen. Då den är tvingande för medlemsländerna utformades bestämmelsen i en liknande ordalydelse som i artikeln.¹³

Direktivet anger även hur mellanhänders ansvar ska utformas. En mellanhand anges i skäl 59 som någon ”som i ett nät förmedlar en tredje mans intrång i ett skyddat verk eller annat alster i ett nät”. Detta innefattar att tillhandahålla internet som möjliggör överföring. En internetleverantör är

¹³ Prop. 2004/05:110 s. 93.

att se som mellanhand då de tillhandahåller nät som är en nödvändig del av varje överföring mellan kund och tredje part.¹⁴ I skäl 59 påpekas att mellanhänders tjänster i ökande grad används för att begå intrång, och mellanhänderna är de som har störst möjligheter att sätta stopp för intrången. I artikel 8.3 står det att medlemsstaterna ska ge rättighetshavare möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje part för att begå intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet. I skäl 59 anges att även i de fall undantaget i artikel 5 gäller ska rättsinnehavarna kunna rikta ett föreläggande mot mellanhanden. Medlemsstaterna får i sin nationella lagstiftning själva bestämma villkor för sådana förelägganden. Enligt skäl 33 får mellanhänder ej ändra informationen som skickas.

Möjligheten att interimistiskt begära föreläggande finns enligt artikel 9 punkt 1 a direktiv 2004/48/EG. Även i detta direktiv föreskrivs att medlemsstaterna ska kunna utfärda föreläggande mot intrångsgörare och mellanhänder. Detta ska om lämpligt förenas med vite enligt artikel 11.

3.1.3 E-handelslagen

Vid införlivandet av direktiv 2001/29 i svensk rätt påpekades att för tillfälliga kopior fanns redan regler av betydelse för tjänsteleverantörer, nämligen ansvarsfrihetsreglerna i 16-19 §§ Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.¹⁵

Lagen gäller påbörjande och utövande av verksamhet som rör informationssamhällets tjänster enligt 1 § e-handelslagen. Dessa tjänster definieras i 2 § som tjänster som normalt utförs på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare mot ersättning. Tjänsteleverantör är en person som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster, exempelvis tillhandahåller

¹⁴ Mål C-314/12 punkt 32.

¹⁵ Prop. 2004/05:110 s. 89.

internetuppkoppling. Tjänstemottagaren är den person som använder dessa tjänster.

Som redan nämnts anges i lagen vissa fall då internetleverantörerna har ansvarsfrihet. Detta omfattar fall enligt 16- 17 §§ i e-handelslagen då internetleverantör *tillhandahåller ett kommunikationsnät, eller i ett sådan överför information som lämnats av en tjänstemottagare.*

Internetleverantören ska då inte på grund av innehållet i informationen vara skyldig till att ersätta skada eller betala sanktionsavgift i de fall internetleverantören inte initierar överföringen, väljer ut informationens mottagare eller ändrar eller väljer ut informationen. Detta inkluderar även lagring av information som är automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring, så länge inte informationen lagras längre än den tid som rimligen krävs för överföringen. Information som lagras endast för att effektivisera vidare överföring till andra tjänstemottagare gör inte heller att internetleverantörer blir skyldiga att ersätta skada eller betala ersättning på grund av informationens innehåll.

Ansvarsfriheten förutsätter att internetleverantörer inte ändrar, ingriper i inom branschen vedertagen teknik som används för att få uppgifter om användning av informationen. Internetleverantören måste också uppfylla gällande villkor för tillgång till informationen, följa inom branschen vedertagna regler för att få uppgifter om användning och utan dröjsmål förhindra vidare spridning av information när leverantören får kännedom om att den överförda informationen avlägsnats eller gjorts oåtkomlig, alternativt om en domstol eller myndighet har tagit ett beslut. Enligt 19 § e-handelslagen är det endast om brott begåtts uppsåtligt som internetleverantören som överför eller lagrar information kan dömas till ansvar för brott.

3.1.4 Brottsbalken

Medverkansansvar gäller enligt kap 23 § 4 i brottsbalken. För att detta ska infalla ska internetleverantören ha främjat intrång med råd eller dåd. Viktigt

att tillägga är att juridiska personer inte kan dömas för brott. Då är det någon i företagsledningen eller den som faktiskt begått brottet som blir ansvarig.¹⁶

3.2 Förarbeten

3.2.1 Prop. 2004/05:110

Infosoc-direktivet införlivades i svensk rätt genom proposition 2004/05:110. I denna proposition diskuterades bland annat införlivandet av artikel 8 i direktivet. Man tog då in en uttrycklig bestämmelse om att den som medverkar till åtgärd som innebär intrång i upphovsrätten kan åläggas med vitesförbud. Detta finns nu i 53 b § upphovsrättslagen.¹⁷

Denna uttryckliga bestämmelse var dock inte att se som en förändring av den gällande rätten. Lagstiftarna ansåg att svenska bestämmelser var tillräckliga vid införlivandet, och att de befintliga reglerna redan täckte medverkan. Enligt propositionen krävs inte att subjektiva omständigheter är uppfyllda, det som krävs är att objektiva omständigheter är uppfyllda. Genom propositionen infördes även 11 a § upphovsrättslagen om tillfälliga kopior. Lagstiftaren menar att eftersom de tillfälliga kopiorna faller under den nya inskränkningen, utgör de inte i sig intrångsmaterial som mellanhanden kan göras ansvarig för. Det framhölls även att leverantörens tillhandahållande av internet av i sig normalt inte är tillräcklig för att utkrävas ansvar som mellanhand eller medverkande. Internetleverantören behöver ej heller undersöka den information som vidarebefordras, och därför kunde inte underlåtenhet att kontrollera intrångsmaterial utgöra främjande av brott mot upphovsrättslagen.¹⁸

Vad gäller medverkansansvar förklarades att det gäller samma regler som för andra brottstyper, att man med råd eller dåd främjat gärning enligt 24 kap 4 § brottsbalken. Det fanns dock vissa situationer då man ansåg att

¹⁶ Jareborg, 1995, s. 64.

¹⁷ Prop. 2004/05:110 s. 336.

¹⁸ Prop. 2004/05:110 s. 338-340.

mellanhand kunde vara medverkande när upphovsrättsskyddat material läggs ut på nätet. Ett exempel som togs upp var då den som begår intrång och internetleverantör träffat avtal om serverutrymme. Får då internetleverantören sedan konkreta indikationer på att serverutrymmet används för intrång kan denne hållas ansvarig. Detta bedömer regeringen vara ett exempel på när man kan ingripa genom vitesförbud mot en mellanhand, trots att subjektiva krav inte är uppfyllda. Möjligheten till ingripande i ett fall som detta ska heller inte påverkas av e-handelslagens tillämplighet.¹⁹

Lagrådet ansåg att det var oklart i vilken mån möjlighet fanns att ingripa mot mellanhänder genom föreläggande med de dåvarande reglerna. De menade även att det var ovisst om åtgärderna som fanns för ingripande var tillräckliga för att uppfylla direktivets krav för artikel 8.3. Regeringen menade dock att möjlighet till föreläggande redan fanns, men att ett förtydligande i lagtexten skulle tillgodose lagrådets ståndpunkt.²⁰

Lagstiftaren har i senare lagstiftningsarbeten behållit samma ståndpunkt.²¹

¹⁹ Prop. 2004/05:110 s. 339-340.

²⁰ Prop. 2004/05:110 s. 341-342.

²¹ Prop. 2008/09:67 s. 194-195.

4 Praxis

4.1 UPC-domen

UPC-domen²² är ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende internetleverantörers ansvar då tredje part utnyttjar deras tjänster för att begå intrång i upphovsrätt eller i närstående rättighet.

4.1.1 Bakgrund

I det nationella målet konstaterade Constantin och Wega, två filmproduktionsbolag, att en webbplats erbjöd streaming av vissa filmer de producerat utan deras samtycke. Bolagen väckte talan och yrkade att den nationella domstolen skulle meddela ett interimistiskt föreläggande mot internetleverantören UPC. I den mån webbplatsen gör bolagens filmer tillgängliga för allmänheten skulle UPC genom föreläggandet förbjudas att tillhandahålla tillgång till webbplatsen i fråga för sina kunder.

I första instans förbjöds UPC genom ett föreläggande att ge sina kunder tillgång till webbplatsen, genom bland annat blockering av domännamnet och IP-adressen. Detta ändrades sedan i andra instans då de ansåg att det i första instans felaktigt angetts vilka åtgärder som skulle vidtas av UPC för att verkställa föreläggandet. Som skäl för detta angavs att då UPC är att se som mellanhand då man tolkar den nationella rätten enligt artikel 8.3 i direktiv Infosoc-direktivet. Detta innebar enligt domstolen att det fanns rätt att begära föreläggande gentemot UPC för Constantin och Wega. Dock ansåg domstolen att UPC hade rätt att välja vilka åtgärder som ska vidtas. Då UPC överklagade detta beslut vilandeförklarades målet och domstolen begärde förhandsavgörande av EU-domstolen.

²² Följande referat bygger på Mål C-314/12.

4.1.2 Tolkningsfrågorna

Den nationella domstolen ställde fyra frågor, och det är två frågor som besvarats av EU-domstolen. Den första frågan är om artikel 8.3 i Infosoc-direktivet ska ”tolkas så, att en person som utan rättsinnehavarens tillstånd [i den mening som avses i artikel 3.2 i direktiv 2001/29] gör alster tillgängliga på internet ska anses utnyttja tjänster som tillhandahålls av internetleverantören till personer som tar del av dessa alster?”²³. Den andra frågan gäller i det fall ett föreläggande riktas mot användarens interleverantör enligt artikel 8.3 i direktivet. ”Är det förenligt med unionsrätten, särskilt med den avvägning mellan de berördas grundläggande rättigheter som krävs enligt denna, att rent allmänt (det vill säga utan att det fattats beslut om konkreta åtgärder) förbjuda en internetleverantör att ge kunderna tillgång till en webbplats, vars innehåll uteslutande eller till en betydande del gjorts tillgängligt utan rättsinnehavarens tillstånd, om internetleverantören kan undgå vite för överträdelse av förbudet genom att visa att den har vidtagit alla rimliga åtgärder?”²⁴.

4.1.3 EU-domstolens besvarande av den första frågan

Det var ostridigt att i det nationella målet hade filmerna gjorts tillgängliga för användarna av en webbplats utan godkännande från filmernas rättsinnehavare. Detta innebär ett intrång i upphovsrätten eller närstående rättigheter. Domstolen hänvisade till artikel 8.3 Infosoc-direktivet som ger rättsinnehavarna möjlighet att begära föreläggande mot mellanhänder samt skäl 59. Skäl 59 föreskriver att det i många fall är mellanhänder, varje person som i ett nät förmedlar en tredje parts intrång, som har de största möjligheterna att förhindra intrång.

Domstolen förklarar att internetleverantören är att ses som mellanhand enligt artikel 8.3 i direktivet. Denne är med nödvändighet delaktig vid varje

²³ Mål C-314/12 punkt 17.

²⁴ Mål C-314/12 punkt. 17.

överföring på internet av det som gör intrång, eftersom överföringen görs möjlig av tillgången till ett nät. Direktivets syfte som återfinns i bland annat skäl 9 stödjer denna slutsats.

Att internetleverantören är att anse som mellanhand påverkas enligt domstolen inte av avsaknad av avtalsförhållande mellan den person som gjort sig skyldig till intrånget i upphovsrätten och internetleverantören. Inte heller påverkas det av att man måste visa att vissa av internetleverantörens kunder faktiskt tar del av de alster som tillgängliggjorts på webbplatsen. Anledningen till att ett avtalsförhållande inte krävs är för att det varken framgår av ordalydelsen i artikel 8.3, någon annan bestämmelse eller syftet i direktivet. Detta skulle nämligen minska rättsinnehavarnas rättsliga skydd, när syftet med direktivet är att tillförsäkra dem en hög skyddsnivå. Anledningen till att man inte behöver visa att kunderna verkligen tar del av alstren är för att direktivet syftar både till att få intrång i upphovsrätten att upphöra samt ha en preventiv verkan.

4.1.4 EU-domstolens besvarande av den andra frågan

Ett föreläggande riktat mot en internetleverantör berör flera rättigheter som skyddas i stadgan. Det följer av skäl 59 i direktivet att förelägganden enligt artikel 8.3 ska regleras med nationell lagstiftning. Dessa nationella regler ska vara förenliga med direktivet och förenligt med unionsrätten.

Bedömning av föreläggandets förenlighet med unionsrätten ska göras i enlighet med de krav som följer av de grundläggande rättigheterna och artikel 51 i stadgan. I det fall grundläggande rättigheter står i motsättning till varandra vid införlivandet av ett direktiv ska man enligt praxis göra en avvägning mellan de olika grundläggande rättigheterna vid tolkning av direktivet.

De grundläggande rättigheter som domstolen menar berörs är *upphovsrätt och närstående rättigheter* som skyddas enligt artikel 7.2 i stadgan, *näringsfrihet*, som bland annat internetleverantörer åtnjuter enligt artikel 16

i stadgan och *internetanvändarnas informationsfrihet* enligt artikel 11 i stadgan.

Domstolen konstaterar att det aktuella föreläggandet begränsar näringsfriheten, då det begränsar rätten att fritt disponera över sina ekonomiska, tekniska och finansiella resurser. Dock påverkar inte föreläggandet själva kärnan i internetleverantörens näringsfrihet.

Mottagaren av föreläggandet får en möjlighet att avgöra vilka konkreta åtgärder som ska vidtas. Internetleverantören får en möjlighet att undgå ansvar när denne kan visa att alla rimliga åtgärder vidtagits.

Internetleverantören kan välja vilka åtgärder som är mest förenliga med mottagarens resurser och mottagarens kapacitet och har inte någon skyldighet att vidta orimliga uppoftningar. Innan det eventuellt beslutas om sanktion måste mottagaren ha möjlighet att vid domstol göra gällande vilka åtgärder som vilka åtgärder som vidtagits. Detta i enlighet med rättssäkerhetsprincipen.

Internetanvändarnas grundläggande rätt till informationsfrihet måste respekteras då mottagaren av ett föreläggande väljer vilka åtgärder som ska vidtas. Åtgärderna måste vara ägnade att få tredje parts intrång att upphöra, utan att det påverkar internetanvändare som på ett tillåtet sätt vill ha tillgång till information. I förhållande till det eftersträvade målet är ingrepp i användarens informationsfrihet av internetleverantören inte motiverat.

Möjlighet att kontrollera att detta inte sker måste ges de nationella domstolarna då det gäller ett föreläggande. Det är nödvändigt att internetanvändarna har möjlighet att göra gällande sina rättigheter vid domstol efter att internetleverantören vidtagit åtgärder för verkställande. Detta för att de grundläggande rättigheterna inte ska kunna utgöra ett hinder för ett föreläggande.

Verkställigheten av ett föreläggande innebär inte att intrånget i de berörda personernas rätt till immateriell egendom upphör. Dock påpekar domstolen att det i artikel 17.2 i stadgan inte framgår att rätten till immateriell egendom

är absolut och ska garanteras ett undantagslöst skydd. Anledningarna till att det inte garanteras att det immateriella intrånget upphör är att internetleverantören kan avstå från att vidta vissa åtgärder om de inte kan anses rimliga. Det är även möjligt att det inte finns någon teknik som hindrar intrången i de immateriella rättigheterna.

De åtgärder som vidtagits av internetleverantören vid ett föreläggande måste vara tillräckligt effektiva för att säkerställa ett verkningsfullt skydd för de immateriella rättigheterna. Åtgärderna måste alltså hindra eller försvåra otillåten tillgång av alster och i betydande utsträckning hindra internetanvändare som använder internetleverantörens tjänster från att på ett otillåtet sätt ta del av alster. Därför är det alltså så att även de åtgärder som inte helt stoppar intrånget i rätten till immateriell egendom kan vara förenliga med kravet på en rimlig avvägning i mellan de tillämpliga grundläggande rättigheterna, i enlighet med artikel 52.1 i stadgan.

4.2 Bredbandsbolaget-domen

4.2.1 Bakgrund

I Bredbandsbolaget-målet²⁵ ansåg flera film- och musikbolag att Bredbandsbolaget medverkade till internetsidorna TPB och Swefilmers upphovsrättsintrång. TPB är en fildelningssida och Swefilmer en internetsida för streaming. Swefilmer stängdes ner i juli 2015. Film- och musikbolagen begärde att tingsrätten vid vite skulle förbjuda Bredbandsbolaget att fortsätta medverka till upphovsrättsintrången till vilka bolagen var rättsinnehavare, genom att blockera sidornas domän- och IP-adresser. Detta stöddes på upphovsrättslagens 53 b § första stycke. Bredbandsbolaget ansåg inte att de medverkade till upphovsrättsintrång. Parterna tvistade även om betydelsen i artikel 8.3 i Infosoc-direktivet.

²⁵ Följande referat bygger på Stockholms tingsrätt, T 15142-14.

4.2.2 Rättsinnehavarna

Rättsinnehavarna ansåg att Swefilmer och TPB olovligen tillgängliggör verken för allmänheten, och att Bredbandsbolaget hade kännedom om detta. De menade också att Bredbandsbolaget hade vetskap om att deras tjänster som internetleverantör utnyttjas av Swefilmer, TPB och Bredbandsbolagets abonnenter. Därmed är Bredbandsbolaget att ses som mellanhand enligt artikel 8.3 i Infosoc-direktivet. Även om Bredbandsbolaget fått tydliga indikationer på att intrång i upphovsrätten skett, har Bredbandsbolaget inte vidtagit åtgärder. Rättsinnehavarna ansåg att på grund av detta medverkar Bredbandsbolaget till intrång i upphovsrätten. I deras mening var bestämmelserna i e-handelslagen inte ett hinder för vitesförbud. Förbudet var att anse som en proportionerlig åtgärd för att hindra fortsatt intrång och inte oskäligt betungande för internetleverantören. I avvägningen mellan rättsinnehavarna, Bredbandsbolaget och tredje mans rättigheter, fann film- och musikbolagen att vitesförbud var en rimlig avvägning. Vitesförbudet skulle vara proportionerligt då intrånget skett under lång tid och att yttrandefrihetsintresse saknas för TPB, Swefilmer och Bredbandsbolagets abonnenter. Abonnenternas informationsintresse att ta del av olovligen tillgängliggjorda filmer och musikverk är inte legitimt i rättsinnehavarnas mening.

Då det svenska medverkansansvaret ska vara i enlighet med Infosoc-direktivet, argumenterade rättsinnehavarna för att det ska tolkas enligt artikel 8.3 i direktivet. Domstolen har då en skyldighet att tolka i likhet med direktivet och det enda hinder som finns för denna tolkning är att den inte får stå i strid med lagtextens lydelse. Rättsinnehavarna menade att deras tolkning överensstämde med ordalydelsen som finns i 53 b § upphovsrättslagen. De hänvisade även till direktivets syften om att hålla en hög skyddsnivå och att tillhandahålla möjlighet till föreläggande mot mellanhand. Mellanhänder anges i Infosoc-direktivet som de med bäst möjlighet att stoppa fortsatta intrång i upphovsrätten. En restriktiv tolkning av artikel 8.3 skulle i rättsinnehavarnas mening vara oförenligt med direktivets syften. Därför är den tolkning som återfinns i prop. 2004/05:110

lämnas utan avseende, då den inte är riktig. De påminner även om att EU-domstolen i UPC-målet uttalat att det enligt artikel 8.3 i Infosoc-direktivet inte spelar någon roll om det finns eller inte finns ett avtal mellan internetleverantören och den som begår upphovsrättsintrång.

4.2.3 Bredbandsbolaget

Bredbandsbolaget tyckte inte att vitesförbud skulle meddelas.

Bredbandsbolaget vitsordade både att de var att se som mellanhand enligt artikel 8.3 i Infosoc-direktivet och att en stor del av det material sidorna tillgängliggör görs så olovligt. De bestridde medverkan till intrång i upphovsrätten. De menade att för att förbud skulle meddelas enligt 53 b § kräver medverkan i objektiv mening, och att reglerna anknyter till kapitel 23 i brottsbalken. Då ska målet handläggas som brott vilket föreskriver böter, och detta gör att det är viktigt att använda straffrättsliga begrepp på rätt sätt. Bredbandsbolaget poängterade att det är viktigt att en enskild person ska förstå vad de behöver göra för att inte åläggas med vitesförbud.

Domar som meddelats i andra länder efter införandet av Infosoc-direktivet tycker Bredbandsbolaget inte går att se som vägledande. I det andra länderna ställs inte krav på objektiv straffrättslig medverkan. Enligt svensk rätt menar Bredbandsbolaget att man inte kan ålägga vitesförbud mot mellanhand om de inte medverkat i objektiv mening. De finner stöd av detta i de förarbeten som skapades vid Infosoc-direktivets införlivande. Enligt förarbetena krävs mer än tillhandahållande av internetuppkoppling för att medverkansansvar ska bli gällande.

Bredbandsbolaget ansåg att den svenska implementeringen av Infosoc-direktivet var korrekt. Detta för att skäl 59 i direktivet inte kräver att förbud alltid ska meddelas, och implementeringen är förenligt med krav och syften som uppställs i direktivet. Därför tycker de inte att 53 b § upphovsrättslagen ska tolkas så att man tar bort objektivt medverkandeansvar.

Vitesförbudet menades av internetleverantören vara ett oproportionerligt ingripande som skulle likställas med straffansvar enligt 19 § e-handelslagen. Bredbandsbolaget skulle om vitesförbud bifalls identifiera och blockera domännamn och IP-adresser. Att de inte anser detta vara proportionerligt beror främst på två orsaker. För det första så anser Bredbandsbolaget att detta begränsar deras kunders informationsfrihet. Att begränsa deras informationsfrihet menar internetleverantören står i strid med UPC-domen, då nationella domstolar har kontrollskyldighet vad gäller kundernas informationsfrihet. Detta skulle ett eventuellt vitesförbud stå i konflikt med. För det andra anser de att det är oproportionerligt att de skulle behöva fortsätta söka IP-adresser och domännamn kontinuerligt vid ett bifall av vitesförbud för att undgå skadeståndsansvar. Detta hade inte krävts i länder som inte kräver objektivt medverkandeansvar.

4.2.4 Tingsrätten

4.2.4.1 Bredbandsbolagets verksamhet och kännedom om intrång

I frågan om förekomsten av upphovsrättsligt intrång på de aktuella sidorna gick tingsrätten på rättsinnehavarnas spår. Domstolen ansåg att rättsinnehavarna styrkt att nästan alla verk på sidorna var upphovsrättsligt skyddande och att upphovsrättsintrång och medverkan till intrång sker på webbsidorna. Domstolen fann även att Bredbandsbolaget kan förutsättas ha haft kännedom om intrången. Skälen för detta är att de är ett stort kommersiellt bolag på den marknaden och det är närmast självklart att deras tjänster möjliggör upphovsrättsintrång. Brist på närmare utredning gjorde att tingsrätten gick på Bredbandsbolagets uppskattningar vad gäller antalet intrång av deras kunder. Enligt dessa siffror hade endast en promille av kunderna hade besökt TPB och inga kunder hade besökt Swefilmer.

4.2.4.2 Möjlighet för vitesförbud och tolkningen av artikel 8.3

I frågan om vite enligt 53 b § och 57 § upphovsrättslagen påpekade domstolen att Sverige inte införlivat artikel 8.3 genom att föra in ordalydelsen, utan istället genom medverkan enligt 53 b §

upphovsrättslagen. Domstolen redogjorde för lagstiftarens synpunkt som framkommit i förarbeten.²⁶

Domstolen påpekade även att det i målet var ostridigt att Bredbandsbolaget var att se som mellanhand enligt artikel 8.3 Infosoc-direktivet. I frågan om tolkningen av artikel 8.3 i direktivet menade tingsrätten att UPC-målet inte kunde ge någon ledning i detta mål. Anledningen som uppgavs var att införlivandet av artikel 8.3 i den österrikiska lagen som var aktuellt i UPC-målet till skillnad från den svenska lagen var nära artikelns ordalydelse. Rättsinnehavarnas tolkning av ordalydelsen i artikel 8.3 fick inte stöd av tingsrätten. Tingsrättens anledning är att deras syn innebär att rättsinnehavare ska ges möjlighet att begära föreläggande mot mellanhänder. Man kan dock inte ta för givet att föreläggande beviljas. Att bifall till föreläggande inte är att ses som självklart beror på att artikeln inte ställer andra krav än möjlighet att begära föreläggande. Skäl 59 tolkas av domstolen så att den ger möjlighet för medlemsländerna att själva bestämma rekvisit för föreläggande.

Sveriges genomförande av artikel 8.3 anser tingsrätten inte ha skett på ett bristfälligt sätt. De menar att direktivet måste ge viss marginal att själva bestämma villkor för föreläggande, och Sveriges tolkning är inom denna marginal. Dock får möjligheten till föreläggande inte bara bli hypotetisk. Den innebörd som 53 b § upphovsrättslagen ska ges anser tingsrätten framgår av ordalydelse och förarbeten. Därför förutsätts eget intrång eller medverkan enligt 23 kap § 4 brottsbalken (i objektiv mening) för ett vitesföreläggande.

Social adekvans begränsar enligt domstolen långtgående medverkansansvar. Detta innebär bland annat att då tillhandahållandet av internet i första hand är ett verktyg för värdefull laglig verksamhet, bör tjänsten inte angripas rättsligt om en mindre del av den används för brottslig verksamhet.

²⁶ Läs under avsnittsrubriken Prop. 2004/05:110, s. 9-10.

Tingsrättens slutsats blir då att för att medverka i objektiv mening ska bli aktuellt krävs mer än tillhandahållande av internet. I fallet har det varken gjorts gällande avtal mellan Bredbandsbolaget och TPB samt Swefilmer. Det har heller inte bevisats mer än att en liten del av bolagets kunder använder sidorna och att bolaget känner till att sidorna innehåller olagligt material. Tingsrätten bedömer därför att Bredbandsbolaget verksamhet är socialt adekvat och att bolaget inte medverkat till intrång i upphovsrätten. Kärnålet avslogs.

4.3 TPB-domen

I TPB-målet²⁷ åtalades fyra personer för medhjälp till brott mot upphovsrättslagen och förberedelse till brott mot upphovsrättslagen. De åtalade ska ha svarat för bland annat organisation, finansiering och programmering för fildelningssidan TPB. Genom detta har de främjat att andra personer tillgängliggjort material som skyddas av upphovsrätten. I samband med verksamheten hade de även en databas som tog emot och lagrade torrentfilmer.

C.L, en av de åtalade, hade genom sitt bolag tillhandahållit datorskåp och internetuppkoppling till TPB. Frågan är då vilket ansvar C.L har beträffande medhjälp till brott mot upphovsrättslagen. Hovrätten framhåller att i fallet inte avses medverka som gärningsman, utan som medverka till upphovsrättsintrång. Med en hänvisning till Ds 2007:29 s. 322 påpekar hovrätten att rättsläget inte verkar vara helt klart vad gäller mellanhanders ansvar.

Hovrätten menar att det i målet handlar om indirekt främjande, alltså medhjälp till medhjälp. Frågan om social adekvans kommer även upp. Kan åtgärder som åtas i en normal och i övrigt legal affärsverksamhet vara att bedöma som medhjälp till brott? Suzanne Wennberg säger i ett rättsutlåtande att om internetleverantören inser att det finns avsevärd risk för

²⁷ Följande referat bygger på RH 2013:27.

att kunden begår brott, och leverantören är likgiltig till denna risk, kan detta medföra ansvar för medhjälp till kundens brott. Hon drar även en parallell till ett hotell som hyr ut ett rum till en kund som har för avsikt att köpa sex. Då menar hon att om den som hyr ut rummet minst har likgiltighets uppsåt, kan det vara brottsligt främjande av sexköp även om verksamheten det sker inom är laglig och socialt adekvat. Hovrätten menar dock att eftersom de bedömer att det handlar om medhjälp till medhjälp, så måste man tillföra ytterligare ett element. De menar att frågan då blir om hotellets leverantörer och kreditgivare kan anses medverka till brottet. Då menar hovrätten att det finns en risk att det straffrättsliga ansvaret får en för stor omfattning. Risken är att en för stor omfattning inte känns rimlig när det handlar om normalt lagliga verksamheter, och främjandet av brottet endast täcks av likgiltighets uppsåt.

Förarbeten tolkas av hovrätten så att lagstiftaren utgår ifrån att likgiltighets uppsåt endast i undantagsfall ska tillämpas vad gäller internetleverantörernas ansvar för kunders brott. Hovrätten vill även ta hänsyn till försiktighet vid det straffbara området. Att straffansvar vid internetleverantörs medhjälp till medhjälp endast kan komma i fråga vid direkt eller indirekt uppsåt. Alltså om internetleverantören har för avsikt att främja brott och den brottsliga gärningen är syftet med handlingen eller en nödvändig bieffekt av handlandet.

I målet gjorde hovrätten bedömningen att C.Ls uppsåt var sådant att även om syftet varit affärsmässigt, har intrång i upphovsrätten varit en ofrånkomlig effekt av att dennes företag tillhandahållit datorer, bandbredd och datorskåp. Alltså hade C.L indirekt uppsåt och det faller inom det straffbara området. C.L dömdes till fängelse i fyra månader och till att solidariskt med de andra dömda betala skadestånd till film och skivbolagen.

4.4 Övrig praxis

4.4.1 Black internet-målet

I målet väckte ett antal film- och musikbolag talan mot Abandonner, tidigare Black Internet AB. Bolaget tillhandahöll internet till TPB trots att de kände till brottmålsdomen.²⁸ Rättighetshavarna meddelat att de ansåg att Abandonner medverkade till intrång i upphovsrätten, men Abandonner vidtog inga åtgärder. Eftersom de varit medvetna om intrången som begicks, och de fortsatte tillhandahålla internet trots att det var praktiskt genomförbart att sluta tillhandahålla internet, ansågs Abandonner ha medverkat i objektiv mening. Abandonner förbjöds vid vite att tillhandahålla internet till TPB.²⁹

4.4.2 Portlane-målet

I målet hade flera filmbolag väckt talan mot Portlane. De yrkade att Portlane vid vite skulle förbjudas att medverka till digitalt tillgängliggörande och exemplarframställning genom att tillhandahålla internet till trackers. Dessa trackers användes för att fildela olagligt material, och aktuell tracker var en förvald tracker för TPB.

I målet utreddes att Portlane vid tillhandahållandet av internet till i målet aktuella trackers varit införstådda med att de använts för olaglig fildelning. Portlane hade dessutom kunnat sluta tillhandahålla internet utan orimlig uppoffring. Detta ledde till att Hovrätten ansåg att bolaget medverkade till fildelarnas upphovsrättsintrång. Portlane förbjöds interimistiskt vid vite att tillhandahålla internet till trackers.³⁰

Situationen i de båda målen är liknande det exempel som angetts i förarbeten.³¹

²⁸ RH 2013:27.

²⁹ Stockholms tingsrätt, T 7540-09, T 11712-09.

³⁰ Svea hovrätt, mål nr Ö 10146-09.

³¹ Prop. 2004/05:110 s. 339-340.

5 Kritiska röster

5.1 Positiva till lagförändring

Åsikten om att svensk lagstiftning är i behov av förändring delas av flera. Henrik Pontén, från Antipiratbyrån, anser att det är lättare att komma åt fildelarna än de illegala streamingsidorna. Att den som ser på film via streaming inte begår något lagbrott utan brottet begås av de som laddar upp och tillhandahåller filmerna är en stor skillnad. Han menar att det som krävs för att stoppa de illegala webbsidorna är att internetleverantörerna blockerar sidorna. Att lagstiftningen ska moderniseras och bli en mer tvingande lagstiftning är ett måste i hans mening.³² Även i Ds 2007:29 bedömdes lagstiftningen och sanktionssystemet behöva ändras. Promemorian kom fram till att mellanhänder som sysslar med ren vidarebefordran bör kunna åläggas att medverka till att intrång i upphovsrätten upphör. De nuvarande sanktionerna ansågs vara otillräckliga och detta hindrar både investeringsviljan i lagliga alternativ och möjligheten att skapa ny film och musik.³³

5.2 Kringgående av blockering av webbsidor

De vanligaste sätten att blockera webbsidor är DNS-blockering, blockering av IP-adress och URL-blockering. Alla dessa alternativ är möjliga att kringgå.³⁴ Så kallade add-ons till internetläsare och användande av VPN gör att man kan kringgå blockering av webbsidor, även om man inte själv är särskilt tekniskt kunnig. Användandet av VPN steg i Sverige efter att IPRED-lagen vilket kan vara en indikation på att internetanvändarna i någon utsträckning vill kringgå webbside-blockeringar.³⁵

³² Byström, Riksdag och Departement 2013.

³³ Ds 2007:29 s. 342-343.

³⁴ Günther och Norrgård, JFT 2014 s.103-105.

³⁵ Günther och Norrgård, JFT 2014 s.124.

I en rapport begärd av Storbritanniens regering fann man att det krävs tid, ansträngning och kunskap för att kringgå blockeringar av webbsidor. Det är dessutom kostnader involverat. Därför menar man att tröskeln för att komma åt det tillgängliggjorda materialet höjs.³⁶

³⁶ Günther och Norrgård, JFT 2014 s. 126-127.

6 Analys

6.1 Överensstämmande med EU-rätt

Rättsläget i den svenska rätten är inte helt klart, en åsikt som delas av hovrätten då de dömde i TPB-målet. Ovan har anförts det underlag som beskriver den gällande rätten, härfter följer en tolkning av hur reglerna för närvarande ser ut.

En internetleverantör ska kunna hållas ansvarig för medverkan straffrättsligt. Enligt TPB-domen ska det dock inte gälla om internetleverantören bara har likgiltighetsuppsåt eller om det gäller medverkan till medverkan. I förarbeten framgår det att internetleverantören måste ha ett kontrakt med den som begår brottet. Det krävs även att internetleverantören fått konkreta indikationer på att intrång i upphovsrätten sker, för att medverkansansvar ska bli aktuellt. Detta exemplifieras i TPB-målet, Portlane-målet och Black Internet-målet. Eftersom kunderna inte begår ett brott när de till exempel tittar på streamad film, så blir leverantörernas kunders tillägnande av verken och avtal till Internetleverantören inte aktuellt för medverkansansvar. Det är den som tillgängliggör verken, streamingsidorna, som begår brott. Det är därför streamingsidornas relation till internetleverantören som kan göra medverkansansvaret aktuellt. Detta skiljer sig från liknande brott, som fildelning. Vid fildelning är det inte bara den som tillgängliggör verket som begår ett brott, utan även den som laddar ner filen.

Enligt förarbeten och praxis, så måste ett straffrättsligt medverkansansvar bli aktuellt för att ett föreläggande ska utdömas. Föreläggandet är dock i sig en civilrättslig åtgärd. Enligt svensk rätt krävs alltså avtal mellan internetleverantören och de webbsidor som tillgängliggör verken samt konkreta indikationer om brott även för det civilrättsliga föreläggandet. Här skiljer sig den svenska rätten från det EU-domstolen uttalade i UPC-målet. Då spelade varken avsaknad av avtalsförhållande mellan internetleverantör

och streamingsidan eller bevis att bolagets kunder faktiskt använde sidan någon roll. Infosoc-direktivets bestämmelser tillskrev upphovsrätten en så hög skyddsnivå att upphovsrätten prioriterades.

För att ett föreläggande ska komma till stånd, krävs inte bara straffrättsligt ansvar för internetleverantören. Det krävs också att rättighetshavarna ska kunna föra detta i bevisning. Med detta invänt, blir det väldigt få möjligheter för rättighetshavarna att få igenom ett föreläggande i fall då deras verk tillgängliggörs för streaming. Likt hur rättsinnehavarna argumenterar i Bredbandsbolaget-domen, är en snäv tolkning av direktivet ett hinder för den höga skyddsnivån i Infosoc-direktivets syften. Infosoc-direktivet kan då inte sägas vara fullt införlivat i den svenska rätten. Att den svenska rätten är otillräcklig i sådana fall styrks även av lagrådets hållning vid införlivandet av Infosoc-direktivet. Det är även tydligt i DS 2007:29, i vilken det anses att den nu gällande lagstiftningen är otillräcklig.

Den svenska lagstiftningen kan inte anses vara överensstämmande med EU-lagstiftningen, då de höga kraven som ställs på straffrättsligt ansvar gör att det är väldigt svårt att få ett civilrättsligt föreläggande riktat mot en internetleverantör. Detta är inte förenligt med den höga skyddsnivå upphovsrätt tillskrivs i Infosoc-direktivet.

6.2 Föreläggandets effektivitet

Om ett föreläggande för internetleverantör att blockera streamingsidor är effektivt kan delas upp i två frågor. Medför blockering av webbsidorna att streaming minskar på ett effektivt sätt, och är föreläggande rättsekonomiskt effektivt?

EU-domstolen menar att de åtgärder som ska vidtas vid ett föreläggande ska vara så effektiva att de säkerställer ett verkningsfullt skydd. Att blockera webbsidor på olika sätt är en vanlig åtgärd. Med modern teknik är det möjligt att kringgå detta. Att blockering av webbsidor höjer tröskeln för att komma åt det tillgängliggjorda materialet, är en åsikt som har redogjorts.

Att det kräver resurser för den som vill kringgå blockeringen är ett annat argument. I enighet med detta menar en representant från antipiratbyrån att det krävs att internetleverantörerna blockerar webbsidorna. Detta stöds av DS 2007:29, som bedömde att lagstiftningen är i behov av förändring. Motargumentet är att det inte kräver teknisk kunnighet för att kunna ta sig förbi en blockering, och att det finns indikationer på att det finns en vilja att kringgå. Att det inte alltid finns möjlighet att helt hindra intrång i de immateriella rättigheterna omskrivs även av EU-domstolen i UPC-domen. EU-domstolen menar då att rätten till immateriell egendom inte är ett absolut eller undantagslöst skydd. De menar istället att åtgärderna måste vara tillräckligt effektiva för att hindra eller försvåra. Detta kan tolkas som att effektivitet i deras ögon inte innebär att intrången helt slutar, utan att effektivitet bara kräver att materialet inte är lika lättillgängligt som tidigare.

Ett föreläggande som ålägger företagen att blockera webbsidorna är effektivt, om man ser till EU-domstolens förhållningssätt. Detta för att en blockering åtminstone försvårar, då det kräver resurser för den som vill kringgå blockeringen.

Är då ett föreläggande riktat mot en internetleverantör att se som Kaldor-Hicks-effektivt? För sådan effektivitet krävs att det internetleverantören förlorar är mindre än det andra parter har att vinna på ett sådant föreläggande. Parterna som har att vinna på ett föreläggande kan ses som rättsinnehavare till tillgängliggjorda verk och alla de som tar del av nyskapade verk. Rättsinnehavarnas vinst är att de har möjlighet i större utsträckning bibehålla sin lagliga rättighet att tillgängliggöra sina verk. Vinsten för de som vill ta del av nya verk ligger i att möjlighet att skapa ny film och musik minskar med nuvarande lagstiftning, som framkommit i DS 2007:29.

Att veta de exakta vinsterna och kostnaderna är inte klart, särskilt eftersom det i nuläget inte finns ett svenskt exempel på när en internetleverantör efter föreläggande har blockerat en illegal streamingsida. Vad som dock

framkommer av UPC-målet samt ur Infosoc-direktivet är att mottagaren av ett föreläggande inte behöver göra orimliga uppoffringar, och internetleverantören får själv bestämma vilka åtgärder som är lämpliga att vidta i förhållande till sina resurser. Därför kan ett föreläggande vara Kaldor-Hicks-effektivt, eftersom internetleverantörens kostnader kan hållas relativt små, medans rättsinnehavarnas rättighet ökar i högre grad och möjlighet att skapa nya verk ökar.

Ett föreläggande där en internetleverantör åläggs att blockera webbsidor är alltså att se som effektivt för att hindra intrång i upphovsrätten. Ett sådant föreläggande är även att se som rättsekonomiskt effektivt.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Svensk lagtext

Brottsbalk (1962:700)

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

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

Lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (SFS 2009:109)

Europeisk lagtext

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

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

Departementsserier

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

Ds 2015:31 Framtidens filmpolitik

Propositioner

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

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

Litteratur

Byström, Max: "Piratjakten som aldrig tar slut". I: *Riksdag & Departement* 2013

Dahlman, Christian, Glader, Marcus & Reidhav, David: *Rättsekonomi: en introduktion*, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2005

Günther, Petteri & Norrgård Marcus: "Blocking Websites: Copyright Enforcement Online and Responsibilities of Internet Intermediaries in Europe". I: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2014

Jareborg, Nils: *Straffrättens gärningslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Nicander, Hans: "Upphovsrätten och medverkansansvaret i en digital miljö". I: *Svensk Juristtidning* 2012

Onişor, Andra Cristina: "Fighting Online Copyright Infringements. A Neutral Role for Internet Access Providers?" I: *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd* 2014

Elektroniska källor

Streaming, Nationalencyklopedin, hämtad den 9 november 2015 från:
<http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/streaming>

Wistberg, Erik: "Bredbandsbolaget friades – nu överklagas blockeringsdomen", Dagens Media, publicerad den 18 december 2015.
Hämtad den 5 januari 2016 från:
<http://www.dagensmedia.se/medier/digitalt/bredbandsbolaget-friades-nu-overklagas-blockeringsdomen-6240741>

Rättsfallsförteckning

Svenska domstolar

RH 2013:27.

Svea hovrätt, mål nr Ö 10146-09.

Stockholms tingsrätt, T 7540-09, T 11712-09.

Stockholms tingsrätt, T 15142-14

EU-domstolen

Mål C-314/12