



**GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN**

**Dynamiska blockeringsförelägganden mot
internetleverantörer**

En förutsättning för vitesförbudets överlevnad i en digitaliserad värld?

Jenny Ollila

Juridiska Institutionen
Juristprogrammet H18
Examensarbete HRO800, 30 hp
Handledare: Kristoffer Schollin
Examinator: Ulf Petrusson

Sammanfattning

För att förhindra intrång i immateriella rättigheter på internet kan rättighetshavare ansöka om blockeringsförelägganden mot internetleverantörer som, genom att tillhandahålla internetuppkoppling, möjliggör intrång i immateriella rättigheter på internet. En rättighetshavares ansökan om ett blockeringsföreläggande måste innehålla ett precist och klart avgränsat förbudsyrkande. Detta krav är inte optimalt anpassat till en rörlig kontext som internet utgör. Anledningen till detta är att det med dagens teknik utan större tekniska svårigheter går att kringgå ett blockeringsföreläggande, till exempel genom att låta en hemsida återuppstå genom ett annat domännamn än de som omfattas av blockeringsföreläggandet. Genom sådana åtgärder kan intrånget fortgå och blockeringsföreläggandet blir tämligen verkningslöst.

Som ett resultat av denna effektivitetsproblematik har mer komplexa former av blockeringsförelägganden uppstått inom EU, nämligen s.k. dynamiska blockeringsförelägganden. Ett dynamiskt blockeringsföreläggande kan utformas så att det redan vid utfärdandet omfattar även andra domännamn än de som specificerats i blockeringsföreläggandet. Effekten av en sådan utformning är att både befintliga och nya domännamn som används för att begå intrång i samma rättighetshavares rättigheter omfattas av föreläggandet, både för pågående och framtida intrång. Dynamiska blockeringsförelägganden är ur effektivitetshänsyn ett möjligt medel för att förhindra fortsatta och framtida intrång, men att luckra upp kraven på förbudsyrkandets precisering, även i begränsad mån, är inte helt oproblematiskt. En fråga som aktualiseras är hur parternas olika intressen ska viktas mot varandra vid meddelandet av olika former av blockeringsförelägganden. En annan fråga är hur man ser på mellanhänders ansvar i förhållande till intrånget. Ytterligare en fråga är hur kostnaderna av ett blockeringsföreläggande, och då särskilt ett dynamiskt blockeringsföreläggande, som torde omfatta mer komplexa tekniska åtgärder, ska fördelas mellan rättighetshavare och internetleverantörer.

Denna uppsats synliggör hur ett antal nationella domstolar inom EU ger svar på dessa frågor, hur tillgången till olika former av blockeringsförelägganden skiljer sig åt, men) framförallt belyses de utmaningar som den svenska lagstiftningen uppställer. Avgörande för tillgången till dynamiska blockeringsförelägganden är hur man väljer att se på internetleverantörers deltagande i immaterialrättsliga intrång. De överväganden som lyfts fram i det följande är av avgörande vikt för att blockeringsförelägganden ska kunna verka effektivt även i framtiden.

Förord

Den här uppsatsen markerar slutet av min studietid på Juristprogrammet på Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet. Det är med eftertryck i både tanke och hjärta jag sätter punkt för den meningen. Det är ingen hemlighet att uppsatsskrivande är en berg- och dalbana utan dess like, liksom juristprogrammet i sig. Jag har svårt att föreställa mig något mer utmanande än att ge sig i kast med en sådan här utbildning. På vår allra första introduktionsdag minns jag hur en av föreläsarna förklarade hur man, i takt med studierna, börjar se hela världen med nya ögon. Hur man med tiden inser att allt handlar om juridik. Vartenda inslag i nyhetsrapporteringen och varenda fråga som ställs går på något vis att härleda till juridikens värld. Det där med att se världen med nya ögon lät spännande, men jag hade svårt att förstå vad han menade. Det kändes som något man sa för att inspirera oss inför vad de kommande åren skulle innebära. Men nu, med facit i hand, så inser jag att han inte kunde haft mer rätt. Mitt sätt att se på och uppfatta världen är fullkomligt förändrad. Om det enkom beror på den juridiska skolningen eller vad livet under dessa fem år burit med sig låter jag vara osagt.

Den här uppsatsen har på ett märkligt vis kommit att innefatta varenda fas och varenda känsla som hela programmet medfört i stort. Ämnesvalet landade naturligt i immaterialrätten som sedan länge ligger mig varmt om hjärtat. Det intresset väcktes under tidigare studier men också tack vare min nuvarande chef, Ann-Charlotte Söderlund Björk på Gozzo Advokater, där jag också genomfört uppsatspraktik. Det var också Ann-Charlotte som ledde mig in på, och som sedan har väglett mig genom, det specifika spåret dynamiska blockeringsförelägganden. Jag vill rikta mitt allra varmaste tack till Ann-Charlotte. Jag kan utan överdrift säga att varken denna uppsats eller utbildning hade kunnat slutföras utan Ann-Charlottes stöd, kritiska öga med blick för detaljer och ständiga uppmuntran. Jag bär med mig ett kalejdoskop ut i arbetslivet. Ett kalejdoskop som jag när som, för mitt inre öga, kan skaka om för att se problem och utmaningar ur ett nytt perspektiv för att sedan få bitarna att falla på plats.

Slutligen vill jag rikta ett stort tack till min uppsatshandledare, Kristoffer Schollin på Juridiska Institutionen vid Göteborg Universitet, som har hjälpt mig att stanna kvar på rätt spår, lita på min egen förmåga och stöttat mig i att ge uppsatsen den tid som den förtjänat.

Jenny Ollila, Göteborg, 2019-03-02

Innehållsförteckning

SAMMANFATTNING	FEL! BOKMÄRKET ÄR INTE DEFINIERAT.
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGSLISTA	5
1. INLEDNING	6
1.1 PROBLEMFÖRMULERING	6
1.2 SYFTE	9
1.3 FRÅGESTÄLLNINGAR	10
1.4 TEORI OCH METOD	11
1.5 AVGRÄNSNINGAR	13
1.6 DISPOSITION	14
2. VITESFÖRBUDET I SVENSK RÄTT	15
2.1 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR VITESFÖRBUD	16
2.1.1 <i>Precist och klart avgränsat yrkande</i>	16
2.2 INTERIMISTISKT VITESFÖRBUD	16
2.2.1 <i>Sannolika skäl och sabotagerisk</i>	17
2.2.2 <i>Åtgärder på grund av medverkansansvar</i>	17
2.2.3 <i>Ställande av säkerhet</i>	18
2.3 FÖRBUDSYRKANDETS BEGRÄNSNING	18
3. EU-RÄTTEN	20
3.1 BAKGRUND	20
3.2 BLOCKERINGSFÖRELÄGGANDEN MOT INTERNETLEVERANTÖRER	21
3.2.1 <i>Infosoc – upphovsrätt och närstående rättigheter</i>	21
3.2.2 <i>Ipred-direktivet – industriella rättigheter</i>	22
3.2.3 <i>Begreppet ”mellanhand”</i>	23
3.2.3 <i>Ansvarsfrihetsreglerna i e-handelsdirektivet</i>	24
3.2.4 <i>Proportionalitet</i>	26
3.2.5 <i>Vissa grundläggande fri- och rättigheter</i>	27
3.2.5 <i>Kostnadsfördelning</i>	29
3.4 BEHOVET AV FÖRÄNDRING?	30
3.4.1 <i>Den svenska implementeringen av artikel 8(3) i infosoc-direktivet</i>	30
3.4.2 <i>Effektivitetsfrågan</i>	32
3.4.3 <i>Ett behov av förändring</i>	35

3.5 DYNAMISKA BLOCKERINGSFÖRELÄGGANDEN	36
4. UTVECKLINGEN I MEDLEMSSTATERNA.....	38
4.1 SVERIGE: B2 BREDBAND.....	38
4.2 SVERIGE: TELIA.....	42
4.3 FRANKRIKE: SOCIÉTÉ FRANÇAISE.....	45
4.4 ITALIEN: MONDADORI.....	48
4.5 STORBRIANNIEN: FAPL V BT	51
4.6 STORBRIANNIEN - CARTIER.....	55
5. ANALYS.....	59
5.1 SKILLNADER OCH LIKHETER I MEDLEMSSTATERNA IMPLEMENTERING OCH TILLÄMPNING	59
5.2 VAD BEROR SKILLNADERNA PÅ?.....	61
5.3 EFFEKTEN AV SKILLNADER I IMPLEMENTERING OCH TILLÄMPNING.....	61
5.3.1 <i>En harmoniserings -eller implementeringsfråga?</i>	61
5.3.2 <i>Effekten i de nationella målen</i>	63
5.3.3 <i>Implementeringskostnader</i>	64
5.3.4 <i>Rättgångskostnader och synen på internetleverantörers ansvar</i>	65
5.4 DYNAMISKA BLOCKERINGSFÖRELÄGGANDEN - UTMANINGARNA.....	66
5.4.1 <i>Behovet av förändring i den svenska lagstiftningen</i>	67
5.4.2 <i>Proaktiva åtgärder och rättssäkerhet</i>	68
5.4.3 <i>Förelägganden mot en eller flera internetleverantörer?</i>	68
6. SLUTSATS OCH AVSLUTANDE KOMMENTAR.....	71
7. KÄLLFÖRTECKNING	74

Förkortningslista

BrB	Brottsbalk (1962:700)
DNS	Domain Name Server
EUD	Europadomstolen
EUIPO	European Union Intellectual Property Office
EU-stadgan	Europeiska Unionens Stadga om de Grundläggande Rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
GA	Generaladvokat
ISP	Internet Service Provider
ML	Mönsterskyddslag (1970:485)
PL	Patentlag (1967:837)
PMD	Patent- och Marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och Marknadsöverdomstolen
Prop.	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VML	Varumärkeslag

1. Inledning

1.1 Problemformulering

Världen blir ofrånkomligen allt mer internetbaserad, i synnerhet i norra Europa där tillgången till internet nästintill uppfattas som en allmän rättighet. Handeln flyttas från fysiska handelsplatser till internet som idag är ett naturligt inslag i konsumtionen av varor, tjänster och underhållning på internet. Under 2018 handlade närmare 70% av internetanvändarna inom Europeiska Unionen (EU) på internet.¹ Användningsområdet för internet, liksom den tekniska utvecklingen, har ökat och fortsätter att öka. Internet underlättar utan tvekan för sociala interaktioner, men det gör också både handel och interaktion mer komplext. Baksidan med den ökade tillgången till varor och tjänster är att kontrollen över det lagliga innehållet försvåras. Internet är trots allt, åtminstone som utgångspunkt, både anonymt och globalt.

Som medlemsstat i EU är Sveriges lagstiftning till viss del harmoniserad med EU-rätten. En del av handelsområdet som harmoniserats på EU-nivå utgörs av immateriella rättigheter och kommersialiseringen av dessa. Konsekvensen av den ökade tillgången av varor och tjänster på internet är att kontrollen över dess spridning blir allt svårare. Eftersom internet och e-handel spänner över nationsgränser, över hela världen, är tillgänglighet till och spridning av intrångsgörande material online inte heller bara en nationell angelägenhet. Skyddet för immateriella rättigheter är av särskild vikt för den fria handeln eftersom det främjar innovation och kreativitet, utvecklar sysselsättningen och förbättrar konkurrensen inom EU.² I takt med den tekniska utvecklingens framfart och den ökade handeln på internet ökar också kraven på lagstiftning och sanktioner som effektivt kan få stopp på intrång på internet. Men de kraven ökar också möjligheterna att kunna förhindra både fortsatta och framtida intrång. I annat fall står rättighetshavare handfallna i försöken att bevara sina rättigheter vilket i sin tur riskerar att urholka det intellektuella ägandet, incitamenten till innovation, den fortsatta utvecklingen och konkurrenskraften.³

¹ Eurostat Statistics Explained, *E-commerce statistics for individuals*, 2018 där statistiken visar att i åldersspannet 16-24 år och 25-54 år handlade 73% av internetanvändarna på internet och i åldersspannet 55-74 år handlade 55% av internetanvändarna på internet.

² Kommissionen, *Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Intellectual Property*.

³ Beaktandesats 1-3, direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (e-handelsdirektivet).

Redan i slutet av 1970-talet togs det första spadtaget i diskussionen om EU-rättens harmonisering av medlemsstaternas immaterialrättsliga lagstiftningar.⁴ Dessa diskussioner intensifierades under slutet av 1980-talet och början av 1990-talet vilket kulminerade i antagandet av de första harmoniseringsinstrumenten, direktiv 89/104⁵ (det första varumärkesdirektivet) och direktiv 91/250⁶ (om rättsligt skydd för datorprogram). Under åren som följt de initiala diskussionerna, har ett antal direktiv antagits med syfte att vidare harmonisera medlemsstaternas immaterialrättslagstiftning samt uppdatera lagar på de områden som redan tangerats av befintliga direktiv.

Ett av de områden som harmoniserats är sådana åtgärder och sanktioner som på begäran av rättighetshavare kan riktas mot intrångsgörare, inte bara fysiskt utan även när intrång begås på internet.⁷ Ett exempel på en sådan sanktion är vitesförbudet. Men, det förekommer också andra aktörer i den digitala världen förutom själva intrångsgöraren, t.ex. sådana aktörer som möjliggör intrång på internet. En av dessa aktörer är de mellanhänder som erbjuder tjänster som ger användare tillgång till intrångsgörande material. Ett exempel på en mellanhänder är en internetleverantör, även kallat Internet Service Provider (ISP), som tillhandahåller sina abonnenter med internetåtkomst. Dessa tjänster kan i sig nyttjas av tredje man, kunder eller abonnenter, för att få tillgång till hemsidor med intrångsgörande material, t.ex. illegala streamingsiter. Av den anledningen finns det genom EU-rätten en möjlighet för rättighetshavare att ansöka om förelägganden mot internetleverantörer, vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång i immateriella rättigheter.⁸

En internetleverantör kan idag, på rättighetshavarens yrkande, åläggas av domstol att vidta vissa åtgärder i syfte att få stopp på ett pågående intrång genom s.k. *blockeringsföreläggande* mot internetleverantören. Innebörden av ett blockeringsföreläggande är att internetleverantören åläggs att blockera exempelvis ett eller flera domännamn eller webbadresser som brukas av tredje man för att begå till exempel upphovsrättsintrång. Föreläggandet syftar då till att ålägga internetleverantörer att förhindra användarnas tillgång till en hemsida med intrångsgörande

⁴ Pila & Torremans, *European Intellectual Property Law*, 2015, s. 53.

⁵ Direktiv 89/194/EEG (om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar.

⁶ Direktiv 91/250/EEG (om rättsligt skydd för datorprogram).

⁷ Direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter (infosoc-direktivet); Direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (ipred-direktivet).

⁸ Artikel 8(3), infosoc-direktivet; Artikel 11, ipred-direktivet; Mål C-314/12 *UPC Telekabel*.

material genom blockering och har visat sig vara en effektiv åtgärd i beivrandet av intrång online.⁹

I takt med den tekniska utvecklingen har det dock uppstått ett effektivitetsproblem när internetleverantörer åläggs åtgärder där vissa specifika domännamn eller webbadresser ska blockeras. Till exempel kan den intrångsgörare vars domännamn har blockerats utan större tekniska svårigheter återskapa den intrångsgörande hemsidan under ett nytt domännamn genom s.k. *spegling*.¹⁰ Hemsidan verkar då under ett annat domännamn än det som specificerats genom föreläggandet. Samma hemsida, innebärande samma intrång, har återuppstått under ett annat domännamn, vilket nu inte längre täcks av det nyligen utfärdade blockeringsföreläggandet. Det innebär att blockeringsföreläggandet blir tämligen verkningslöst. Föreläggandet förhindrar helt enkelt inte längre vad som egentligen är samma intrång från samma intrångsgörare i samma rättigheter. Intrånget kan därmed fortsätta och under tiden får rättighetshavaren ansöka om ytterligare föreläggande mot det nya domännamnet. I processen om ett nytt föreläggande kan intrångsgöraren åter igen börja operera under ett nytt domännamn varpå även detta föreläggande blir verkningslöst. Ju mer tekniken utvecklas, desto fler möjligheter uppstår för att kringgå förelägganden. Av den anledningen är det av stor vikt både för rättighetshavare och internetleverantörer att effektivt kunna förhindra intrång och undvika upprepade processer. Med andra ord behöver ett blockeringsföreläggande kunna omfatta även andra domännamn än det som kan identifieras i stunden.

Som ett resultat av det problem som nu beskrivits har mer komplexa former av blockeringsförelägganden börjat dyka upp i vissa medlemsstater, de s.k. dynamiska blockeringsföreläggandena. Men vad är ett dynamiskt blockeringsföreläggande? Hur har det utformats i de medlemsstater där det förekommit och hur argumenterar domstolarna i de medlemsstater där det inte är tillämpligt? Ju mer omfattande ett blockeringsföreläggande är, desto mer torde kostnaderna öka. Vem ska åläggas att bekosta ett sådant föreläggande? Om dynamiska blockeringsförelägganden på ett effektivt sätt kan beivra intrång trots försök till

⁹ Riis, Thomas, m.fl, *Study on Legislative Measures Related to Online IPR Infringements*, s. 42 f.; Meale, Darren, *Disputes 2018: Blocking Injunctions*, 2018.

¹⁰ Beal, Vangie, *mirror site*, (2019); Kommissionen, *Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights*, COM(2017) 708 final (the Guidance), s. 21.

tekniska kringgåenden, varför är det inte tillgängligt i alla medlemsstater, eller reglerat på EU-nivå? Med ett nytt fenomen följer många frågor.

Ytterligare en fråga är hur man ska se på mellanhänders ansvar i förhållande till intrånget. I Sverige är förutsättningen för att ett sådant föreläggande ska kunna riktas mot internetleverantörer att denna anses ha medverkat till immaterialrättsintrång. Är det så i alla medlemsstater eller skiljer sig synen på mellanhänder åt inom EU? Hur påverkar synen på mellanhänder möjligheten att utfärda förelägganden mot dem? Om blockeringsföreläggandena blir mer komplexa torde de tekniska åtgärderna för själva blockeringen också bli mer komplexa och därmed också mer kostsamma. Förändras kostnadsallokeringen i förhållande till synen på mellanhänders roll i intrånget?

1.2 Syfte

Immaterialrätten inom EU är föremål för en omfattande lagstiftning och prejudikatbildning från Europadomstolen (EUD) vilket gör det till ett komplext område under ständig förändring.¹¹ För att sanktioner ska kunna fungera effektivt både nationellt och inom EU behöver systemet, så långt det går, utvecklas i takt med den tekniska utvecklingen. De parter som riskerar att drabbas måste också kunna förutse vad sanktionerna kan innebära för dem. Samtidigt innebär komplexiteten på den digitala marknaden mängder av hinder för lagstiftningen att ta sig över. Att det uppstår nya former av mer komplexa förelägganden som avser att verka på den digitala marknaden tyder på att det föreligger ett behov av att förändra eller utvidga vitesförbudet som sanktionsform. Rättsutvecklingen och utvecklingen av olika former av förelägganden har resulterat i ett oklart rättsläge på grund av att tillämpningen av EU-rätten och de villkor som gäller för utfärdandet av förelägganden varierar i medlemsstaterna.¹² Syftet med uppsatsen är att undersöka innebörden och behovet av den nya formen av förelägganden, dynamiska blockeringsförelägganden. I det ligger också utredningen av den svenska rätten och huruvida dynamiska förelägganden skulle kunna bli tillämpliga i Sverige.

När förelägganden utfärdas mot internetleverantörer uppstår två frågor. Den första rör synen på mellanhänders ansvar när blockeringsförelägganden riktas mot dem med fokus på skuldfrågan och balansering av parternas rättigheter. Den andra frågan rör kostnadsallokeringen. Vid mer

¹¹ Pila & Torremans, s. 39.

¹² Study on Legislative Measures, s. 44-45.

komplexa former av förelägganden torde också kostanden både för implementering och efterlevande av föreläggandet öka. För att kunna utreda behovet av och möjligheten att erhålla dynamiska blockeringsförelägganden i Sverige ämnar denna uppsats därmed också att undersöka hur kostnaderna till följd av föreläggandena allokeras, vilka skillnader som förekommer i medlemsstaterna och vad dessa skillnader beror på.

1.3 Frågeställningar

- Vad är ett dynamiskt blockeringsförelägganden? Finns det behov av en harmoniserad tillämpning av dynamiska blockeringsförelägganden inom hela EU och finns det i så fall förutsättningar för det?
- Hur kan den svenska lagstiftningen och/eller tillämpningen förändras för att dynamiska blockeringsförelägganden ska kunna erhållas i Sverige?
- Hur kommer det sig att dynamiska blockeringsförelägganden är möjliga att erhålla i andra medlemsstater? Förekommer det skillnader i hur de nationella domstolarna tolkar och implementerar EU-rätten? Vad beror i så fall de skillnaderna på?
- I frågan om internetleverantörers ansvar när intrång begås på internet föreligger viss ansvarsfrihet enligt e-handelsdirektivet. Ansvarsfriheten ska viktas mot proportionalitetsprincipen, men också mot vissa grundläggande fri- och rättigheter som tillerkänts parterna inom EU. Hur hanteras denna avvägning vid yrkande om, och meddelande av, blockeringsförelägganden mot internetleverantörer?
- Hur fördelas rättegångskostnader respektive implementeringskostnader för de åtgärder som internetleverantörer åläggs att vidta genom ett blockeringsföreläggande av de nationella domstolarna?

1.4 Teori och metod

Formen för uppsatsen är en rättsutredning med avsikten att initialt fastställa gällande svensk rätt rörande vitesförbud. Därefter utreds möjligheten att ansöka om dynamiska blockeringsförelägganden mot mellanhänder enligt EU-rätten, varefter gällande rätt analyseras i förhållande till utvecklingen i den digitala världen och vad det innebär för skyddet av immateriella rättigheter. Därefter jämförs gällande rätt med praxis från ett antal medlemsstater med varandra, med avsikten att utröna eventuella skillnader medlemsstaternas tillämpning liksom eventuella behov av förändring. Eftersom uppgiften för uppsatsen inte stannar vid en redogörelsen av gällande rätt utan går vidare i en analys av rätten och dess funktion, utifrån vissa inom EU grundläggande principer och rättigheter, används rättsanalytisk metod. Inom ramen för den rättsanalytiska metoden ligger också att jämföra utländsk rätt i ett antal avgöranden från nationella domstolar i några av EU:s medlemsstater, utan att för den sakens skull fastställa gällande rätt i utlandet.¹³ Avsikten är i denna del att belysa skillnader och likheter i medlemsstaternas tillämpning av blockeringsförelägganden i förhållande till frågeställningarna för denna uppsats.¹⁴

Utgångspunkten inom EU är att medlemsstaternas lagstiftning ska vara harmoniserad med EU-rätten. Man brukar med andra ord säga att den nationella rätten ska tolkas i ljuset av EU-rätten. Hur EU-rätten implementeras och tillämpas i medlemsstaterna är därför beroende av hur respektive medlemsstat tolkar rätten. Det i sig är oproblemiskt, så länge tillämpningen uppnår syftet och inte står i strid mot EU-rätten. När det kommer till att analysera nationella domstolars tillämpning i förhållande till EU-rätten är det däremot viktigt att ha detta tolkningsutrymme i bakhuvudet för att förstå skillnader och likheter, men också för att kunna avgöra om skillnaderna är så pass stora att det föreligger behov av ytterligare klargöranden eller vidare harmonisering. Den nationella lagen är som utgångspunkt resultatet av den styrande makten i staten som inom EU är folkvald. Det är därför av vikt att försöka förstå varför domstolarna dömer som de gör, vad som ligger bakom resonemangen och hur sådana skillnader ska beaktas i frågan om ytterligare harmonisering av sanktionssystemet inom EU.

Med den utgångspunkten har valet av material gjorts i ett försökt att vara så bred som möjligt. Utredningen börjar i svenska författningar. Sanktionssystemet för de immaterialrättsliga

¹³ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 47.

¹⁴ Ibid.

lagstiftningarna är nästintill identiskt utformade. Av den anledningen, samt att de immaterialrättsliga intrång som begås online allt som oftast rör intrång i upphovsrätt eller varumärkesrätt, är utgångspunkten i denna rättsutredning upphovsrättsliga- och varumärkesrättsliga bestämmelser. Härtill har information inhämtats från propositioner och doktrin för att öka förståelsen kring skälen till lagtextens utformning. Vad gäller EU-rättslig lagstiftning har utredningen inriktats på e-handelsdirektivet, infosoc-direktivet och ipred-direktivet. Anledningen till detta är att de två sistnämnda direktivet sätter ramarna för sanktionssystemet gällande skyddet av immateriella rättigheter inom EU. E-handelsdirektivet är av vikt eftersom det stadgar ansvarsbegränsningar för mellanhänder. Dessa tre direktiv anses ha störst relevans för denna utredning, för att kunna avgöra om utfärdandet av dynamiska blockeringsföreläggande mot mellanhänder är direktivkonformt.

Urvalet av praxis från Sverige har gjorts i syfte att belysa gällande rätt och de förelägganden som hittills har utfärdats av domstolarna. Urvalet av praxis från EUD har riktats in på de fall som klargör dels delar av frågeställningarna i denna uppsats, dels det traditionella blockeringsföreläggandet¹⁵ mot mellanhänder. Anledningen till detta är att få en kunskapsbas att stå på för att kunna bedöma behovet och möjligheterna av ett dynamiskt blockeringsföreläggande. Så vitt gäller praxis från medlemsstaterna har urvalet gjorts genom förfrågan till EU-kommissionen för att få tillgång till så aktuella avgöranden som möjligt. Fokus i urvalet har legat dels på svenska avgöranden för att belysa tillämpningen här utifrån gällande rätt och hur det kan problematiseras, dels på sådana fall inom EU där dynamiska blockeringsförelägganden har förekommit, dels på de fall där skillnader i synen på mellanhänder och kostnadsallokeringen kan belysas. Här ska tilläggas att redogörelsen av det franska respektive det italienska avgörandet är något kortare med anledning av att dessa avgöranden endast finns att tillgå på respektive nationellt språk. Istället ligger ett antal artiklar tillsammans med privata översättningar till grund för redogörelserna av dessa avgöranden.

Dynamiska blockeringsförelägganden är ett nytt fenomen vilket gör att tillgången på doktrin är sparsmakad. Urvalet av doktrin har därför riktats in på källor som beskriver grundläggande immaterial- och EU-rätt, samt förelägganden mot mellanhänder generellt. Det förekommer

¹⁵ Med *traditionellt blockeringsföreläggande* avses i denna uppsats sådana blockeringsförelägganden som endast riktar sig mot specifika domännamn/webbadresser, som alltså inte får dynamisk effekt.

också ett antal dokument från kommissionen som ur olika perspektiv tydliggör problematik och kommissionens syn på dessa frågor. Ett antal artiklar har också valts ut dels för vidare belysa ämnesområdet och de utmaningar som den traditionella formen av blockeringsförelägganden står inför. En del artiklarna är också till för att öka förståelsen kring de nationella avgörandena och eventuell kritik mot dessa, men främst för att alls förstå de italienska och franska avgöranden som inte finns översatta till varken svenska eller engelska. I det franska målet har dock en kort privat översättning till engelska funnits till hands.

1.5 Avgränsningar

Den här uppsatsen avser att utreda det nya fenomenet dynamiska blockeringsförelägganden i relation till vad som här benämns som ”traditionella blockeringsförelägganden”. Andra former av förbud med anledning av intrång i immateriella rättigheter behandlas inte.

Av de immateriella lagstiftningarna ligger fokus på upphovsrätt och närstående rättigheter samt varumärkesrätt. Anledningen till detta är dels att sanktionssystemet i svensk rätt rent materiellt är utformade på samma sätt, dels att praxis både i Sverige och EU nästan uteslutande berör intrång i upphovsrätt eller varumärkesrätt.

Det är uteslutande det civilrättsliga sanktionssystemet som berörs i denna uppsats. Straffrättsliga frågor avgränsad bort, förutom i den del där straffrättslig medverkan berörs, i samband med införandet av medverkansansvar i 53 b § URL.

I redogörelsen av traditionella blockeringsförelägganden ligger fokus på sådana förelägganden som avser blockering av webbadresser och/eller domännamn och de tillvägagångssätt som uppstått för att kringgå sådana förelägganden. Anledningen till denna avgränsning är att behovet av dynamiska blockeringsförelägganden beskrivs utifrån behovet att förhindra kringgåendet av blockering av webbadresser och/eller domännamn.

Eftersom fokus för uppsatsen är blockering av webbadresser och/eller domännamn behandlas under begreppet ”mellanhand” nästan uteslutande de internetleverantörer som erhåller tillgång till internet. Andra aktörer, som förvisso omfattas av begreppet ”mellanhand”, avgränsas bort.

1.6 Disposition

Inledningsvis följer i kapitel två en genomgång av den svenska lagstiftningen av vitesförbud och möjligheten att utfärda förelägganden vid intrång i immateriella rättigheter. Här beskrivs förutsättningarna för både vitesförbud och interimistiskt vitesförbud, liksom de begränsningar som vissa av rekvisiten utgör i förhållande till de möjligheter som finns för att kringgå ett föreläggande.

I avsnitt tre följer en genomgång av de EU-direktiv som är relevanta vid utfärdandet av förelägganden mot mellanhänder. Här beskrivs också andra aspekter inom EU-rätten som måste beaktas, så som praxis, proportionalitet och vissa grundläggande fri- och rättigheter. Bland annat görs en liten utveckling i fallet UPC Telekabel som berör flertalet av de utmaningar som förelägganden mot mellanhänder medför. I slutet av avsnittet redogörs för dynamiska blockeringsförelägganden och behovet av förändring i för att blockeringsförelägganden ska kunna fungera effektivt.

Därefter följer avsnitt fyra och en redogörelse för sex avgöranden från medlemsstaterna Sverige, Frankrike, Italien och Storbritannien. Det äldsta avgörandet är från 2017 och det senaste så sent som från februari 2019. Syftet med redogörelsen är att belysa hur yrkanden om blockeringsförelägganden framställs och hur domstolen tillämpar EU-rätten jämte nationell rätt i utformandet av föreläggandet. Här synliggörs de fall då dynamiska blockeringsförelägganden förekommer och hur de hanteras av domstolen. På samma sätt synliggörs hur kostnaderna fördelas på parterna i de olika medlemsstaterna samt anledningen till fördelningen.

I avsnitt fem analyseras rättsfallen jämfört med varandra och hur de nationella domstolarna tolkat och tillämpat EU-rätten jämte nationell rätt.

Uppsatsen avslutas i avsnitt sex med de slutsatser som följer av den rättsanalytiska utredningen.

2. Vitesförbudet i svensk rätt

Intrångsgörare kan idag, med hjälp av den snabba tekniska utvecklingen, både utveckla och förändra sina metoder för att begå intrång i snabb takt. Rättighetshavarnas intresse av att kunna stoppa pågående och förhindra framtida intrång i deras rättigheter förutsätter ett effektivt sanktionssystem som kan förhindra kringgåendet av förbudsförelägganden. I svensk rätt är de immaterialrättsliga lagstiftningarnas sanktionssystem indelade i straffrättsliga respektive civilrättsliga sanktioner. Vitesförbudet är en civilrättslig sanktion som återfinns i 53 b § lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (1960:729), 8 kap. 3 § varumärkeslag (2010:1877), 57 b § patentlag (1967:837) samt 35 b § mönsterskyddslag (1970:485). Vitesförbudet är i princip utformat på samma sätt i de immaterialrättsliga lagarna.¹⁶ Vad som i det följande sägs om vitesförbud i upphovsrättslagen (1960:729) gäller också för varumärkeslagen (2010:1877).¹⁷ Att förbudssanktionerna återfinns i de immaterialrättsliga lagstiftningarna innebär att förbudsreglerna i Rättegångsbalk (1942:740) är analogt tillämpliga.¹⁸

Att det för rättighetshavarna föreligger ett behov av att effektivt kunna beivra intrång framkom redan år 1993 då regeringen i en proposition med namnet ”*Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång*” lämnade förslag på en ny sanktionsform, nämligen vitesförbudet. Motiveringen bakom förslaget var att det mot bakgrund av rättighetshavares primära intresse att snabbt få slut på intrånget ansågs angeläget att hitta medel som kunde uppnå just ett effektivt beivrande.¹⁹ Bakgrunden till införandet av en ny sanktionsform var, vid denna tiden, den lavinartade ökningen av olovligt kommersiellt utnyttjande av andras verk, produkter eller varumärken på internet, genom s.k. *piratverksamhet*.²⁰ Vitesförbudet, som är en s.k. fullgörelsetalan som förpliktar svaranden att agera på ett visst sätt,²¹ är sedan införandet en av de viktigaste och mest tillämpade civilrättsliga sanktioner som finns att tillgå på det immaterialrättsliga området.²²

¹⁶ Maunsbach & Wennersten, *Grundläggande immaterialrätt*, 2015, s. 239.

¹⁷ Prop. 1993/94:122, *Skärpta åtgärder mot immaterialrättsliga intrång*, s. 73.

¹⁸ NJA 1990 s. 338; NJA 1998 s. 179.

¹⁹ Prop. 1993/94:122, s. 45.

²⁰ *Ibid.*, s. 37.

²¹ Maunsbach & Wennersten, s. 248.

²² Bengtsson, Henrik, *Utdömande av vite vid överträdelse av immaterial- och marknadsföringsrättsliga förbud*, 2018, s. 1.

2.1 Förutsättningar för vitesförbud

2.1.1 Precist och klart avgränsat yrkande

Kort sagt innebär vitesförbudet att en domstol, på yrkande av rättighetshavaren eller den som på grund av upplåtelse har rätt att utnyttja rättigheten i fråga, vid vite får förbjuda den som vidtar eller medverkar till en åtgärd som innebär intrång eller överträdelse att fortsätta med åtgärden.²³ Vid bedömningen av om ett vitesförbud ska utfärdas uppställs inga krav på att uppsåt eller oaktsamhet ska styrkas, med fördelen att beivrandet kan inriktas direkt på frågan om det i objektiv mening föreligger intrång, eller medverkan till intrång, eller inte.²⁴ Däremot uppställs krav på förbudets utformning. För att den som träffas av ett vitesförbud ska veta vad denne får eller inte får göra, måste ett yrkande om vitesförbud vara precist och klart avgränsat. Förbudsyrkandet måste också stå i relation till det påstådda intrånget och får inte gå längre än vad som är motiverat i det enskilda fallet.²⁵ För att upprätthålla proportionalitet får domstolen inskränka sitt beslut.²⁶ Skulle domstolen bifalla ett förbudsyrkande måste det också utformas så att kravet på konkretisering och entydighet uppfylls.²⁷

2.2 Interimistiskt vitesförbud

För att en rättighetshavare så snart som möjligt ska kunna få stopp på ett pågående intrång, samt att intrångsgöraren inte ska kunna tjäna på att förhala processen, finns möjligheten att ansöka om interimistiskt vitesförbud.²⁸ För interimistiskt vitesförbud stadgas, förutsatt att rekvisiten för ett vitesförbud är uppfyllda, att om kändan kan visa att det föreligger sannolika skäl för intrång eller medverkan till intrång, att det skäligen kan befaras att åtgärden kommer fortgå, att åtgärden förringar värdet av den immateriella rättigheten samt att kändan ställer säkerhet hos domstolen för den skada som svaranden kan tillfogas, får domstolen meddela interimistiskt vitesförbud.²⁹ Även i mål om interimistiska förbud krävs att yrkandet är precist och klart avgränsat.

²³ 53 b § 2 st URL; 8 kap 3 § 2 st VML; 35 b § 2 st ML; 57 b § 2 st PL.

²⁴ Prop. 1993/94:122, s. 41.

²⁵ Ibid., s. 67; *Utdömande av vite*, s. 152 ff.

²⁶ PMÖ 7579-18; HFD 2017 ref. 21; RÅ 1990 ref. 39; Bengtsson & Lyxell, s. 159.

²⁷ Bengtsson & Lyxell, s. 431.

²⁸ Prop. 1993/94:122, s. 48.

²⁹ 53 b § 2 st URL; 8 kap 3 § 2 st VML; 35 b § 2 st ML; 57 b § 2 st PL.

2.2.1 Sannolika skäl och sabotagerisk

Om en rättighetshavare kan visa sannolika skäl för att en åtgärd som innebär intrång eller överträdelse förekommer och om det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta med åtgärden förringar värdet av den rättighet som är för handen, s.k. sabotagerisk,³⁰ får domstolen meddela vitesförbud för tiden till dess att målet slutligt har avgjorts eller något annat har beslutats.³¹ Beviskravet *sannolika skäl* vid interimistiska vitesförbud är lägre ställt i förhållande till beviskravet vid bedömningen av utfärdandet av ett slutligt vitesförbud.³² Detta gäller även för den som medverkat till intrång. Innan ett sådant förbud meddelas ska svaranden ha fått tillfälle att yttra sig, om inte ett dröjsmål skulle medföra risk för skada. Sökanden får därmed saken prövad fortare än vanligt och om det interimistiska vitesförbudet meddelas får sökanden ett övertag vid en eventuell förlikningsförhandling. När målet väl är avgjort ska domstolen, om yrkandet bifallits, pröva huruvida det interimistiska förbudet ska bestå.

2.2.2 Åtgärder på grund av medverkansansvar

Förutsättningen för att kunna utfärda ett föreläggande mot en mellanhand är att mellanhanden kan tilldömas medverkansansvar till intrånget i fråga. Möjligheten att rikta åtgärder mot mellanhänder i svensk rätt infördes i samband med implementeringen av infosoc-direktivet och specifikt artikel 8(3). När direktivet skulle implementeras ansågs införandet av artikel 8(3) kunna tillgodoses genom gällande bestämmelser, utan behov av några lagändringar.³³ Motiveringen härtill var att det för vitesförbud inte förutsätts några subjektiva rekvisit utan att det är tillräckligt att intrång föreligger rent objektivt.³⁴ Istället kompletterades befintliga paragrafer med ett rekvisit om medverkansansvar. Ett vitesförbud måste dock, enligt svensk rätt, riktas mot den som begår intrång vilket medförde, för att förelägganden ska kunna riktas mot mellanhänder medförde att denne åtminstone måste anses medverka till intrång.³⁵ För straffbart medverkansansvar förutsätts enligt 23 kap 4 § Brottsbalk (1962:700) att gärningen i fråga har främjats med råd eller dåd, antingen med fysiskt eller psykiskt inflytande på brottets tillkomst eller utförande.³⁶ Det svenska medverkansansvaret är dock lågt ställt. Det krävs ingen

³⁰ PMÖ 7579-18, s. 11.

³¹ 53 b § 2 st URL; 8 kap 3 § 2 st VML; 35 b § 2 st ML; 57 b § 2 st PL.

³² Prop. 1993/94:122, s. 66; PMÖ 7579-18, s. 3.

³³ Prop. 2004/05:110, s. 338.

³⁴ Ibid. med hänvisning till Prop. 1993/94:122 s. 45.

³⁵ Ibid.

³⁶ Prop. 2004/05:110, *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*, s. 339.

betydande medverkan för att ansvar ska kunna utdömas, utan det har ansetts tillräckligt att rent objektivt bidra i nästintill obetydlig mening till gärningen.³⁷

2.2.3 Ställande av säkerhet

Ytterligare en förutsättning för att ett interimistiskt vitesförbud ska kunna meddelas är att sökanden ställer säkerhet för den skada som motparten kan tillfogas. Syftet med säkerheten är att sökanden ska kunna ersätta svaranden för den skada som denne drabbats av genom verkställighet av det interimistiska vitesförbudet, för det fall att något intrång inte visar sig ha ägt rum.³⁸ Ställande av säkerhet är dock inte helt oproblematiskt. Risken, om en rättighetshavare inte har möjlighet att ställa säkerhet för internetleverantörens eventuella förlust, är att ett interimistiskt förbud inte meddelas trots att rättighetshavaren kan visa att det med sannolika skäl föreligger både intrång och sabotagerisk.³⁹

Det vanligaste i det svenska förfarandet är att domstolen bestämmer säkerhetens storlek samt meddelar inom vilken tid denna skall ställas med äventyr att beslutet inte vinner laga kraft. Det har i doktrinen anförts att det interimistiska vitesförbudet har tagit vitesförbudets plats som den viktigaste och mest effektiva sanktionen.⁴⁰ Det är dock tveksamt om så är fallet eftersom ställandet av säkerhet är kostsamt och numera tämligen riskfyllt för rättighetshavaren då skadeståndet kan bli högt om domstolens utredning senare visar att det inte rört sig om ett intrång.⁴¹

2.3 Förbudsyrkandets begränsning

Gemensamt för både vitesförbud och interimistiskt förbud är att yrkandet måste vara precist och klart avgränsat samt att det ska stå i relation till det påstådda intrånget och inte får gå längre än vad som är motiverat i det enskilda fallet.⁴² Den faktiska innebörden av att förbudsyrkandet

³⁷ Prop. 2004/05:110, s. 339 med hänvisning till NJA 1963 s. 574 (Rockfallet) där en man dömdes för medverkansansvar till en misshandel endast av den anledningen att han höll gärningsmannens rock medan denne misshandlat en annan person; se även NJA 1984 s. 922, NJA 1985 s. 726; NJA 2006 s. 557.

³⁸ Prop. 1993/94:122, s. 48, 68; Bengtsson & Lyxell, s. 180 f.

³⁹ För den intresserade finns en utredning angående av problematiken kring kravet på ställande av säkerhet, Swedish Anti-Counterfeiting Group (SACG), *Position Paper Final*, 2015.

⁴⁰ Bengtsson & Lyxell, s. 165.

⁴¹ NJA 2017 s. 9 där skadeståndets storlek uppgick till 3,65 mkr för beräkning av utebliven vinst med anledning av att interimistiskt vitesförbud hade meddelats, när det senare visades att intrång inte förelegat.

⁴² Prop. 1993/94:122, s. 67.

måste vara precist, klart avgränsat och stå i relation till det påstådda intrånget innebär en del svårigheter när det intrång som ska beivras sker online till skillnad från intrång genom fysisk försäljning. En förbudstalan mot till exempel en försäljare av piratkopierade väskor kan tämligen enkelt utformas på så vis att intrångsgöraren inte längre får producera eller distribuera väskor som ser ut på samma sätt eller är märkta med samma märke som innehavaren av, i detta exempel, ensamrätt genom varumärkesregistrering. Att det inte alltid är helt enkelt att hitta dessa intrångsgörare är en annan fråga. I fall som detta finns dock möjligheten att stoppa import av piratkopior genom den svenska tullen på bekostnad av importören, just eftersom det föreligger ett objektivet rekvisit i fråga om intrång har begåtts eller ej. På samma vis fungerar beivrandet gentemot mellanhänder när intrång begås online. Däremot uppstår problem i förhållande till kravet på förbudsyrkandets precisering med beaktande av de tekniska möjligheter som finns för att kringgå ett föreläggande.

Kravet på ett precist och klart avgränsat förbudsyrkande är inte optimalt anpassat till en rörlig kontext så som internet och e-handel, åtminstone inte ur ett genomförandeperspektiv. Exempelvis kan en hemsida erbjuda en illegal streamingtjänst via ett visst domännamn. När rättighetshavaren ansöker om vitesförbud, vare sig det är interimistiskt eller ej, ska detta enligt kommunikationsprincipen kommuniceras med den påstådda intrångsgöraren. För att en domstol ska kunna fatta beslut utan att motparten hörs måste det föreligga fara i dröjsmål vilket ska visas av sökanden.⁴³ Eftersom yrkandet ska formuleras precist och klart avgränsat, får intrångsgöraren när denne delges information om ansökan reda på exakt vilka åtgärder som kommer förbjudas. Som konstaterats inledningsvis hinner intrångsgöraren under tiden tills förbudet meddelas ändra sitt förfarande till exempel så att hemsidan återuppstår via spegling,⁴⁴ men då under ett annat domännamn. Genom sådana åtgärder kan intrånget fortgå, oförhindrat av föreläggandet. I den svenska lagstiftningen verkar det föreligga ett behov av förändring för att kunna upprätthålla effektiva sanktioner även i en digital kontext. Innan detta behov och eventuella lösningar utreds vidare redogörs för de bestämmelser och den praxis som finns att tillgå i EU-rätten.

⁴³ 15 kap 5 § 3 st RB; Bengtsson & Lyxell, s. 188.

⁴⁴ Se not 9.

3. EU-rätten

3.1 Bakgrund

Utgångspunkten i processen mellan enskilda i frågor som är harmoniserade med EU-rätten, vilket är fallet i frågor om immaterialrättsintrång, är att nationell rätt så långt som möjligt ska tolkas i ljuset av EU-rätten.⁴⁵ Annorlunda uttryckt gäller för medlemsstaterna i EU att de nationella domstolarnas tillämpning av EU-rätten har företräde framför nationell lag.⁴⁶ Samtidigt är målet med en harmoniserad lagstiftning att medlemsstaternas lagstiftning ska närma sig varandra i så stor uträkning som möjligt.⁴⁷ Detta innebär för förbuds föreläggandenas del att alla förelägganden som utfärdas inom EU måste stå i överensstämmelse med generella krav i direktiven men också proportionalitetsprincipen och vissa grundläggande fri- och rättigheter.⁴⁸

Tre av de direktiv som berör immaterialrätten inom EU berörs i det följande. Det första är direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (e-handelsdirektivet). Syftet med direktivet är att *”skapa en rättslig ram för att säkerställa fri rörlighet för informationssamhällets tjänster mellan medlemsstaterna”*⁴⁹. Av intresse för den här uppsatsen är främst ansvarsfrihetsreglerna som riktats mot mellanhänder på den elektroniska marknaden. Avseende skyddet av immateriella rättigheter är också direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter (infosoc-direktivet) av intresse. Behovet av harmoniserade bestämmelser avseende upphovsrätt och närstående rättigheter motiverades med att avsaknaden av en harmonisering kan leda till betydande skillnader i skyddet, vilket i sin tur kan leda till splittring av den inre marknaden med inkonsekvent lagstiftning som följd.⁵⁰ Effekterna av rättsliga skillnader i lagstiftningen hade redan vid direktivets införande lett till att immateriella rättigheter utnyttjades över nationsgränserna i allt högre grad.⁵¹ Syftet med infosoc-direktivet är med andra ord att värna om upphovsrättens fortsatta levnad i en digital miljö. Efter införandet av infosoc-direktivet avseende upphovsrätt och närstående rättigheter

⁴⁵ Schütze, Robert, *European Union Law*, 2015, s. 103; Foster, Nigel, *EU law Directions*, 2012, s. 200.

⁴⁶ C-6/64 *Costa v E.N.E.L.*, s. 217 f. angående företrädesprincipen som grundläggande princip inom EU-rätten.

⁴⁷ Nationalencyklopedin, *harmonisering av lag/föreskrift*, (2019-01-03).

⁴⁸ Beaktandesats 59, infosoc-direktivet; The Guidance, s. 18.

⁴⁹ Beaktandesats 8, e-handelsdirektivet.

⁵⁰ Beaktandesats 6, infosoc-direktivet.

⁵¹ The Guidance, s. 18.

följde direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (ipred-direktivet) som även avser skyddet av de industriella rättigheterna, vars syfte är att underlätta möjligheten att ingripa mot olaglig fildelning.⁵²

3.2 Blockeringsförelägganden mot internetleverantörer

Ett föreläggande kan som utgångspunkt förstås som ett beordrande till den som föreläggandet riktas mot att utföra, eller att upphöra med, en viss åtgärd. I tvister mellan rättighetshavare och intrångsgörare riktas föreläggandet mot den person som *de facto* begår intrång i en immateriell rättighet. I EU-rätten finns också möjligheten att ansöka om ett förelägganden, inte bara mot intrångsgöraren, utan även mot en utomstående part som tillhandahåller en tjänst varigenom både lagligt och olagligt material kan röra sig. Villkoren för själva utfärdandet av förelägganden mot mellanhänder är till viss del harmoniserade på EU-nivå, dels genom de stadganden som återfinns i artikel 8(3) i infosoc-direktivet och artikel 11 i ipred-direktivet, dels genom ansvarsbegränsningarna i e-handelsdirektivet.

3.2.1 Infosoc – upphovsrätt och närstående rättigheter

Gällande sanktioner och rättsliga åtgärder på upphovsrättens område stadgar artikel 8(1) i infosoc-direktivet att medlemsstaterna ska se till att det finns lämpliga sanktioner och möjlighet att vidta rättsliga åtgärder. Enligt direktivet ska dessa sanktioner vara ”*effektiva, proportionerliga och avskräckande*”⁵³. Möjligheten för rättighetshavare att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång i upphovsrätt eller närstående rättighet regleras i artikel 8(3) i infosoc-direktivet. Innebörden av bestämmelsen är att mellanhänder kan åläggas att vidta åtgärder i syfte att få stopp på pågående intrång, till exempel genom att blockera kunders tillgång till en eller flera hemsidor som anses göra intrång i rättighetshavarens intellektuella egendom. Att ansöka om förelägganden gentemot mellanhänder är en etablerad taktik vid genomförandet av EU-rätten på internet.⁵⁴

⁵² Maunsbach & Wennersten, s. 21. De industriella rättigheterna är patenträttigheter, mönsterrättigheter och varumärkesrättigheter.

⁵³ Gällande proportionalitetskravet, se avsnitt xx.

⁵⁴ [2018] UKSC 28, *Cartier International AG and other v British Telecommunications Plc and another*, p. 4; Szkalej, Kacper, *Blocking injunctions against ISPs in Sweden 2.0 beta – the rise of the interim injunction? (Part 1)*, 2018.

Av beaktandesats 59 i ingressen till infosoc-direktivet följer dessutom att i den digitala miljön i synnerhet är det just mellanhänder som har störst möjlighet att sätta stopp för upphovsrättsintrång. Därför bör rättighetshavare ha möjlighet att begära föreläggandet mot en mellanhand som i ett nät förmedlar tredje mans intrång. Villkor och bestämmelser för förelägganden bör däremot bestämmas i medlemsstaternas nationella lagstiftning. Så långt stadgas skyddet mot intrång och möjligheten till föreläggande på upphovsrättens område. Vad gäller de industriella rättigheterna⁵⁵ finns motsvarande bestämmelse i ipred-direktivet.

3.2.2 Ipred-direktivet – industriella rättigheter

Enligt samma konstruktion som infosoc-direktivet lägger artikel 3 i ipred-direktivet grunden för tillgången till lämpliga sanktioner och möjlighet att vidta rättsliga åtgärder förutsatt att de är effektiva, proportionerliga och avskräckande. Skillnaden mot infosoc-direktivet som särreglerar skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter är att ipred-direktivet avser både upphovsrätt och närstående rättigheter samt de industriella rättigheterna. För det fall de upphovsrättsliga bestämmelserna skulle kollidera är ipred-direktivet underordnat infosoc-direktivet.⁵⁶ Syftet med ipred-direktivet är inte att påverka tillämpningen av den upphovsrättsliga särregleringen och särskilt inte tillämpningen av artikel 8(3) i infosoc-direktivet.⁵⁷

I ipred-direktivet stadgas att rättighetshavares ska möjlighet att ansöka om interimistiskt föreläggande mot mellanhänder. Artikel 11 i ipred-direktivet motsvarar artikel 8(3) i infosoc-direktivet och stadgar att medlemsstaterna ska se till att förelägganden mot intrångsgörare får utfärdas när det har fastställts att ett intrång har begåtts. Rättighetshavare ska också kunna begära förelägganden mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång, utan att tillämpningen av artikel 8(3) i infosoc-direktivet påverkas. EUD har klargjort att mellanhänder, som opererar på en elektronisk marknadsplats, under vissa omständigheter kan hållas ansvariga för varumärkesintrång som begås av tredje man som ett led i deras användares publiceringar på en hemsida.⁵⁸ Med andra ord ska de nationella domstolarna kunna

⁵⁵ Se not 47.

⁵⁶ Beaktandesats 16 och artikel 2(2), ipred-direktivet.

⁵⁷ Beaktandesats 23 och artikel 11, tredje meningen i ipred-direktivet.

⁵⁸ Mål C-324/09, *L'Oreal*.

förelägga en mellanhand att vidta åtgärder som bidrar till upphörandet av pågående intrång liksom förebyggandet av framtida intrång av tredje man.⁵⁹

3.2.3 Begreppet ”mellanhand”

I direktivens ordalydelser står det klart att förelägganden kan utfärdas mot mellanhänder, men vad som innefattas i begreppet ”mellanhand” klargörs inte i direktiven. År 2014 klargjordes dock detta i EUD:s avgörande *UPC Telekabel* där domstolen konstaterade att en internetleverantör ska ses som en mellanhand i enlighet med beaktandesats 59 och artikel 8(3) infosoc-direktivet.⁶⁰ Motiveringen var att en internetleverantör ger kunder tillgång till alster som tredje man tillgängliggjort för allmänheten på internet utan rättighetshavarnas samtycke, genom att tillhandahålla kunder internetanslutning. Domstolen ansåg vidare att en internetleverantör med nödvändighet är delaktig i varje överföring på internet eftersom denne ”genom att ge tillgång till ett nät gör denna överföring möjlig”.⁶¹ För att utfärda ett föreläggande mot en mellanhand krävs varken att det föreligger ett avtalsförhållande mellan internetleverantören och intrångsgöraren eller att kunderna faktiskt tagit del av de verk som tillgängliggjorts för allmänheten.⁶² EUD har efter *UPC Telekabel*, i målet *Hilfiger*,⁶³ klargjort att en internetleverantör ska betraktas som en mellanhand även i de fall då endast internetanslutning erbjuds dess kunder utan att internetleverantören samtidigt erbjuder andra tjänster. Motiveringen till att tillhandahållande av internetanslutning ansågs tillräckligt var att själva tillhandahållandet i sig är en sådan tjänst som kan användas av tredje man för att begå intrång i en eller flera immateriella rättigheter.⁶⁴

Vid en genomläsning av ovan nämnda bestämmelser i infosoc- och ipred-direktivet är det tydligt att mellanhänder kan bära visst ansvar att vidta åtgärder vid immaterialrättsintrång, men att det är upp till varje nationell domstol att tolka den egna rätten för att utröna vad ett sådant ansvar ska innebära. Möjligheterna att ålägga mellanhänder ansvar enligt infosoc- och ipred-direktivet är dock inte undantagslösa.

⁵⁹ Ibid., p. 131.

⁶⁰ *UPC Telekabel*, p. 40.

⁶¹ Ibid, p. 32.

⁶² *UPC Telekabel*, p. 34-39 med hänvisning till mål C-70/10, *Scarlet Extended* p. 31 och mål *SABAM v Netlog*, p. 29, samt att infosoc-direktivet kräver att medlemsstaterna inte bara vidtar åtgärder genom vilka intrången upphör utan också att nya intrång förhindras.

⁶³ Mål C-494/15, *Hilfiger*

⁶⁴ Ibid., p. 25.

3.2.3 Ansvarsfrihetsreglerna i e-handelsdirektivet

”*Safe harbours*”, artikel 12

År 2000 antogs e-handelsdirektivet som ger tjänstelevererande mellanhänder, innefattande internetleverantörer, skydd i form av ansvarsfrihet för den information som överförs av tredje man i deras nät. Ansvarsbegränsningarna i e-handelsdirektivet omfattar s.k. *safe harbours* som innebär en säkerhetsfär för mellanhänder. Dels undantas mellanhänder från ansvar när deras tjänster består i ren vidarebefordring, *mere conduit*,⁶⁵ dels när de består av *caching*,⁶⁶ eller *hosting*.⁶⁷ Undantagen ansågs oundgängliga för att upprätthålla den ram inom vilken internet och e-handeln ska kunna fortsätta utvecklas.⁶⁸ I artikel 12(1) stadgas skyddet för *mere conduits*, med andra ord för mellanhänder som överför information i ett kommunikationsnät eller tillhandahåller tillgång till ett kommunikationsnät. I artikel 12(3) stadgas dock att artikeln inte hindrar att i åläggs att upphöra med eller förhindra en överträdelse. Ansvarsfriheten i e-handelsdirektivet hindrar alltså inte att domstol utfärdar förelägganden gentemot mellanhänder för att stoppa eller förhindra intrång i immateriella rättigheter vilket också klargjordes i *McFadden*.⁶⁹ Där konstaterade EUD först att ansvarsfrihetsreglerna förvisso utgör hinder mot att kräva civilrättsligt skadestånd från mellanhänder med anledning av intrång som begås av tredje man genom deras tjänster. Däremot utgör samma regler inte hinder mot att söka förelägganden mot en mellanhand för förbud mot fortsatta intrång eller framtida intrång, så länge det står mellanhanden fritt att välja teknisk åtgärd för efterlevande av föreläggandet.⁷⁰ Inte heller föreligger hinder för rättighetshavare att yrka betalning rättegångskostnader från mellanhänder.⁷¹ Det följer också av artikel 11 mening tre i ipred-direktivet att rättighetshavare ska ha möjlighet att ansöka om förelägganden mot mellanhänder, vars tjänster används av tredje man för att begå intrång.

⁶⁵ Angående begreppet *mere conduit* anges i artikel 12, e-handelsdirektivet att det som avses är tjänster som endast avser vidarebefordran; Husovec, Martin, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union - Accountable But Not Liable?*, 2018.

⁶⁶ TechTarget, *cache server*, 2009. Cachetjänster innebär tillfälliga lagringstjänster av webbinnehåll för snabb åtkomst.

⁶⁷ TechTarget, *hosting*, 2005. Hostingtjänster innebär tjänster för inhysande, leverans och upprätthållande av filer tillgängligt på internet.

⁶⁸ Kommissionen, *First Report on the application of Directive 2000/31/EC*, COM(2003) 702 final, s. 12; Husovec, s. 50 ff.

⁶⁹ Artikel 12(3), e-handelsdirektivet; C-484/14, *McFadden*.

⁷⁰ Artikel 12(1) jämförd med artikel 12(3), e-handelsdirektivet; *McFadden* p. 101-102.

⁷¹ *McFadden*, p. 102 st. 6.

”Övervakningsförbudet”, artikel 15

Ytterligare undantag från mellanhänders ansvar är avsaknaden av en allmän övervakningsskyldighet i artikel 15 i e-handelsdirektivet. Med andra ord föreligger det ett generellt övervakningsförbud vilket innebär att mellanhänder inte får åläggas en allmän skyldighet att övervaka den information de överför eller lagar. Övervakningsförbudet är begränsat till sådan övervakning som innebär en allmän skyldighet att övervaka överförd eller lagrad information samt aktivt efterforskande av olaglig verksamhet. Likaså får mellanhänder åläggas en skyldighet att på behöriga myndigheters begäran lämna information som möjliggör identifiering av mottagare av deras tjänster. Vad förbudet inte omfattar är däremot möjligheten att ålägga mellanhänder en skyldighet att omedelbart informera behöriga myndigheter om påstådd olaglig verksamhet eller olaglig information som tillhandahålls genom deras tjänster. Utanför förbudet faller också övervakning i specifika fall liksom den omsorg som medlemsstaterna kan kräva att mellanhänder förväntas visa för att upptäcka och förhindra olaglig verksamhet.⁷²

Bedömningen av vad som utgör allmän eller generell kontra specifik övervakning fastställs inte i direktiven.⁷³ Bedömningen verkar röra sig i en gråskala där det i enda änden rör sig om övervakning av all trafik, utan att syftet för övervakningen är fastställt, medan det i andra änden rör det sig om övervakning av t.ex. ett specifikt verk i ett konkret och begränsat syfte som undantas från övervakningsförbudet.⁷⁴ Var gränsen mellan generell kontra specifik övervakning går är inte helt klarlagt och ordalydelsen i artiklarna och beaktandesatserna i både infosoc- och ipred-direktivet skapar nästan fler frågor än de ger svar på.⁷⁵ Utgångspunkten verkar ändå vara att bedömningen av vad som utgör generell kontra specifik övervakning får göras från fall till fall.⁷⁶

I *SABAM v Netlog* som rörde frågor kring generell övervakning, har EUD slagit fast att direktiven, jämförda med varandra och tolkade mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna utgör hinder för att ålägga internetleverantörer att installera generella filtreringssystem som

⁷² Beaktandesats 47-48, e-handelsdirektivet; *L’Oreal*, p. 139-143.

⁷³ Husovec, s. 119 f.

⁷⁴ Riordan, Jaani, *The Liability of Internet Intermediaries*. 420 ff.

⁷⁵ Dessa frågor är ett ämne för en annan uppsats. För den som är intresserad av problematiseringen övervakningsförbudet och den praxis som följt, se Husovec s. 117 ff.

⁷⁶ *L’Oreal*, p. 139; *Scarlet Extended*, p. 36-39; UPC Telekabel, *Förslag till avgörande av GA Cruz Villalón*, p. 78; Mc Fadden, *Förslag till avgörande av GA Maciej Spzunar*, p. 132.

innebär aktiv övervakning. Med generella filtreringssystem avsågs i dessa fall filtrering av information som användare lagrat på internetleverantörens servrar som, utan begränsning i tiden, skulle tillämpas i förebyggande syfte, i förhållande till samtliga kunder och på tjänsteleverantörens egen bekostnad.⁷⁷ Det ena filtreringssystemet skulle också kunna upptäcka elektroniska filer som innehöll skyddade verk i syfte att blockera tillhandahållande till allmänheten, medan det andra skulle gälla all elektronisk kommunikation som passerade via internetleverantörens tjänster, framför allt med hjälp av peer-to-peer program.⁷⁸ Båda dessa system ansågs inkompatibla med det generella övervakningsförbudet i artikel 15(1) i e-handelsdirektivet.

I detta sammanhang bör erinras att beaktandesats 47 i e-handelsdirektivet föreskriver att artikel 15(1) i samma direktiv endast rör övervakningsansvar av generell karaktär. Direktivet täcker med andra ord inte övervakningsansvar i specifika fall när syftet är att förhindra fortsatta intrång. När mellanhänder åläggs särskilda åtgärder som syftar till att förhindra fortsatta intrång får dessa åtgärder, enligt kommissionen, när det anses lämpligt innebära specifika övervakningsskyldigheter.⁷⁹ Däremot innebär övervakningsförbudet, tillsammans med de tillämpliga grundläggande rättigheterna, utgör ett förbud mot åtgärder som kräver att mellanhänder ska installera omfattande filtreringssystem.⁸⁰

Beaktandesats 48 i e-handelsdirektivet stadgar dessutom att direktivet inte påverkar medlemsstaternas möjlighet att kräva att mellanhänder applicerar rimliga åtgärder för att upptäcka och förhindra alla typer av illegal aktivitet.

3.2.4 Proportionalitet

Proportionalitetsprincipen är en av de äldsta generella principerna i EU-rätten och är sedan år 1992 kodifierad i artikel 5 i Fördraget om Europeiska Unionen (FEU). Principens innebörd är att *”unionens åtgärder till innehåll och form inte [ska] gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördraget”*. Principen ställer krav på domstolar och myndigheter att utdöma minsta möjliga åtgärd för att resultatet ska uppnås.⁸¹ Med andra ord får åtgärder inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till ändamålet. Vid utfärdandet av förelägganden mot mellanhänder

⁷⁷ SABAM v. Netlog, p. 53.

⁷⁸ Ibid., p. 55

⁷⁹ The Guidance, s. 20.

⁸⁰ Ibid.; Jfr *Scarlet Extended* och *SABAM v Netlog*.

⁸¹ Foster, s. 116.

innebär proportionalitetsprincipen att parternas olika intressen måste beaktas, att föreläggandet måste uppfylla kraven på effektivitet liksom de generella kraven under direktiven, men också att de kostnader som åläggs mellanhanden inte får vara onödigt betungande. Ofta uppstår också frågor kring proportionen av legalt och illegalt innehåll eftersom att åtgärderna enligt föreläggandet kommer blockera tillgång som låter andra ta emot och vidarebefordra information.⁸² Därför måste parternas grundläggande fri- och rättigheter också balanseras mot varandra för att ett föreläggande ska kunna vara proportionerligt.

3.2.5 Vissa grundläggande fri- och rättigheter

I Europeiska Unionens Stadga om de Grundläggande Rättigheterna (EU-stadgan) har de grundläggande fri- och rättigheter som tillerkänns alla medborgare inom EU kodifierats. De rättigheter som aktualiseras vid utfärdandet av förelägganden mot mellanhänder är dels rättighetshavarnas intresse att skydda sitt intellektuella ägande som genom rätten till egendom utgör en grundläggande rättighet.⁸³ Mot rättighetshavarnas äganderätt står mellanhändernas rätt till näringsfrihet⁸⁴ i och med att ett föreläggande ofta, åtminstone i någon mån, begränsar deras verksamhet.⁸⁵ När mellanhänder åläggs att övervaka kommunikation i deras nät, eller blockera tillgång till vissa sidor, måste också internetanvändarnas rättigheter tas i beaktning. Därmed ska avvägningen även omfatta internetanvändarnas rätt till privatliv,⁸⁶ rätten till skydd av personuppgifter⁸⁷ samt yttrande- och informationsfriheten.⁸⁸ För att ett föreläggande ska vara proportionerligt, utöver att det ska överensstämma med generella krav i direktiven, måste också dessa rättigheter balanseras mot varandra.⁸⁹

Rättighetsbalanseringen och UPC Telekabel

Balanseringen av de grundläggande fri- och rättigheterna i mål om förelägganden mot mellanhänder är sällan en enkel sak. I det uppmärksammade målet *UPC Telekabel* som kort

⁸² Szkalej, part 1.

⁸³ Artikel 17, EU-stadgan; Rätten till immateriell egendom är dock inte absolut, jfr *UPC Telekabel* p. 58-60 och *Scarlet Extended*, p. 43.

⁸⁴ Artikel 16, EU-stadgan.

⁸⁵ *Ibid.*; *UPC Telekabel*; *Scarlet Extended*.

⁸⁶ Artikel 7, EU-stadgan; Denna rättighet skyddas också genom det generella övervakningsförbudet i artikel 15, e-handelsdirektivet.

⁸⁷ Artikel 8, EU-stadgan.

⁸⁸ Artikel 11, EU-stadgan.

⁸⁹ Se *Scarlet Extended* p. 46-53; *UPC Telekabel* p. 47 ff.; *Promusicae* p. 68.

berördes här ovan,⁹⁰ hade en internetleverantör, genom interimistiskt vitesförbud, ålagts att blockera sin kunders tillgång till en webbplats som erbjöd streaming och nedladdning av filmer, till vilka två filmbolag, Constantin Film och Wega, ägde rättigheterna. I detta avgörande tog EUD för det första ställning till huruvida de grundläggande rättigheterna ska tolkas som att de utgör hinder mot att utfärda ett föreläggande mot en internetleverantör när det i föreläggandet inte preciserats vilka åtgärder denne ska vidta. För det andra utreddes huruvida en internetleverantör kan undgå vite för en överträdelse av ett blockeringsföreläggande genom att visa att alla rimliga åtgärder vidtagits.⁹¹ I den första frågan konstaterade domstolen att de villkor och förfaranden som ska gälla för ett föreläggande ska regleras i nationell lagstiftning. Denna lagstiftning måste dock vara förenlig med de begränsningar som följer av infosoc-direktivet, samt med hänsyn till de grundläggande rättigheterna. När grundläggande rättigheter står i motsättning till varandra ska tolkningen av infosoc-direktivet utgå från en rimlig avvägning mellan de grundläggande rättigheterna.⁹² I den andra frågan konstaterade EUD att ett blockeringsföreläggande som utgångspunkt begränsar internetleverantörernas näringsfrihet, eftersom åtgärderna kan innebära en betydande kostnad, ha inverkan på organisationen och kräva komplicerade tekniska lösningar.⁹³

Den omständighet att en internetleverantörs näringsfrihet begränsas när andra internetleverantörers näringsfrihet på samma marknad inte också begränsas i samma utsträckning, innebär en risk för att föreläggandet snedvrider konkurrensen på marknaden. Förutsatt att två villkor uppfylls ansåg EUD i *UPC Telekabel* att näringsfriheten ändå inte begränsas: för det första ska internetleverantören själv kunna välja att vidta de åtgärder som är bäst anpassade till dess resurser, kapacitet och annat som ska beaktas i verksamheten. För det andra ska internetleverantören kunna undgå ansvar genom att visa att alla rimliga åtgärder har vidtagits.⁹⁴ Det är enligt EUD inte internetleverantören som föranlett att föreläggandet utfärdats, utan den intrångsgöraren som *de facto* har begått intrånget. Därav ska det inte föreligga en skyldighet för denne att göra orimliga uppoffringar. I valet av åtgärder måste dock internetanvändarnas informationsfrihet beaktas av internetleverantören.⁹⁵

⁹⁰ Se avsnitt 3.2.3 ovan.

⁹¹ *UPC Telekabel*, p. 42-50.

⁹² *Ibid.* p. 43-46.

⁹³ *Ibid.*, p. 48-50.

⁹⁴ *Ibid.* p. 52-53.

⁹⁵ *UPC Telekabel*, p. 56.

En kommentar till UPC Telekabel

Det kan konstateras att målet är komplext och uppställer en rad krav för parterna att förhålla sig till. Samtidigt lämnas en del frågor obesvarade. Vilka tekniska åtgärder som är förenliga med unionsrätten och därmed uppfyller kraven på proportionalitet klargörs inte. Det står förvisso klart att artikel 8(3) infosoc-direktivet och artikel 11 ipred-direktivet tillsammans med UPC Telekabel medför en skyldighet för medlemsstaterna att säkerställa att internetleverantörer, vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i en immateriell rättighet, kan tvingas vidta åtgärder för att se till att dessa intrång upphör. Det omfattar även en skyldighet att förhindra nya intrång. EUD slog också fast att de åtgärder som en internetleverantör väljer att vidta måste vara välriktade på så vis att intrången upphör, förutsatt att de inte inskränker användarnas informationsfrihet. Här förefaller domstolen alltså ålägga internetleverantören att respektera det allmännas grundläggande rättigheter.

3.2.5 Kostnadsfördelning

Genomförandekostnader

När domstolen väl utfärdar ett blockeringsföreläggande mot en mellanhand uppstår frågan vart kostnaden för genomförandet av blockeringsföreläggandet ska placeras. Infosoc-direktivet nämner över huvud taget inget om kostnader för genomförandet av förelägganden mot icke intrångsgörande parter. I ipred-direktivet nämns förvisso kostnader, men endast i den mån att åtgärderna, förfarandena och sanktionerna ska vara rättvisa och skäliga, och inte onödigt kostsamma.⁹⁶ Det finns därutöver inga andra bestämmelser i något direktiv som berör kostnader för implementering av ett förelägganden. Det innebär att så länge kostnaderna inte är onödigt kostsamma så är frågan föremål för bedömning av nationell domstol.⁹⁷

Rättegångskostnader

Så vitt gäller rättegångskostnader stadgar artikel 14(1) i ipred-direktivet explicit att rimliga och proportionerliga kostnader för förfarandet och andra kostnader som åsamkats den vinnande parten i allmänhet ersätts av den förlorande parten, om det inte är oskäligt.⁹⁸ I målet *Mc Fadden* uttalade EUD dessutom att artikel 12(1) i e-handelsdirektivet tolkas på så vis att

⁹⁶ Artikel 3, andra meningen, ipred-direktivet.

⁹⁷ Husovec, s. 138 f.

⁹⁸ Artikel 14, Ipred-direktivet.

rättighetshavare ska ha möjlighet att yrka på betalning av förfarandekostnader⁹⁹ och domstolskostnader¹⁰⁰ av en mellanhand, när denne genom ett föreläggande har förbjudits från att möjliggöra fortsatta intrång.¹⁰¹

Med beaktande av hur artikel 14(1) i ipred-direktivet är formulerad slog EUD i målet *Diageo Brands* fast att bestämmelsen är tillämplig på kostnader i samtliga förfaranden som omfattas av direktivets tillämpningsområde. Enligt Martin Husovec förefaller begreppet ”den förlorande parten” innefatta samtliga svaranden och därmed även en icke intrångsgörande part.¹⁰² Men, innebörden av att mellanhänder innefattas i begreppet ”den förlorande parten” tillsammans med ordalydelsen ”om det inte är oskäligt” i artikel 14(1) i ipred-direktivet innebär enligt Husovec att,

“[the] exoneration of innocent intermediaries from legal costs has to be resolved by resorting to considerations of equity and the innocent character of their behavior. Given that the primary purpose of the provision is to burden the those who infringed, or falsely invoked their rights, abstaining from burdening those defendants who did nothing wrong seems more compatible with the aim of the provision.”¹⁰³

Med andra ord skulle det, enligt Husovecs resonemang, gå att befria mellanhänder från rättegångskostnaderna för att de är oskyldiga till intrång. Det skulle därmed kunna argumenteras för att det vore oskäligt att ålägga dem ett kostnadsansvar, när syftet med ipred-direktivet är att belasta intrångsgöraren.

3.4 Behovet av förändring?

3.4.1 Den svenska implementeringen av artikel 8(3) i infosoc-direktivet

När infosoc-direktivet genomfördes i svensk rätt kompletterades den civilrättsliga bestämmelsen i 53 b § URL med rekvisitet ”medverkan” till upphovsrättsintrång, vilket i svensk

⁹⁹ Förfarandekostnader omfattar kostnader som uppstår i samband med alternativ tvistelösning, till exempel genom skiljeförfarande.

¹⁰⁰ Domstolskostnader avser kostnader som uppkommer i domstol, alltså inte förfarandekostnader som uppstår i t.ex. genom skiljeförfarande, och används synonymt med rättegångskostnader, jfr not 110.

¹⁰¹ *Mc Fadden*, p. 79.

¹⁰² Husovec s. 139 med hänvisning till C-681/13 *Diageo Brands BV mot Simiramida-04 EOOD*, p. 78.

¹⁰³ *Ibid.*

rätt är förutsättningen för att förelägganden ska kunna meddelas mot mellanhänder. Med begreppet medverkan avsågs enligt förarbetena medverkan i objektiv straffrättslig mening, närmare bestämt främjande med råd eller dåd.¹⁰⁴ Enligt förarbetena krävdes för medverkansansvar något mer än enbart tillhandahållande, vilket avviker från EU-rätten.¹⁰⁵

Implementeringen av artikel 8(3) i infosoc-direktivet något märkligt och har fått kritik, bland annat av Kacper Szkalej som i två blogginlägg kritiserar den svenska implementeringen av artikel 8(3) i infosoc-direktivet.¹⁰⁶ Szkalej anför att syftet med artikel, som förefaller vara en ganska enkel bestämmelse, är inte mer än att möjliggöra förelägganden mot internetleverantörer eftersom de ofta har störst möjligheter att få stopp på ett intrång.¹⁰⁷ Szkalej riktar också kritik mot valet att i svensk rätt införa ett krav på medverkan, vilket innebär att internetleverantörerna dras inför rätta som medskyldiga till intrång, istället för att bjudas in till förhandling med rättighetshavarna för att försäkra föreläggandets effektivitet, proportionalitet och avskräckande verkan.¹⁰⁸ I Szkalejs mening litar rättighetshavare å ena sidan på internetleverantörers hjälp för att lagligt material ska kunna nå de som konsumerar immateriella rättigheter på lagligt väg, medan rättighetshavarna å andra sidan vänder sig mot internetleverantörerna och anklagar dem för medverkan till intrång. Resultatet blir att internetleverantörer i Sverige är ansvariga för att de är skyldiga till intrång vilket innebär att de, när ett föreläggande meddelas, är förlorande part och får betala rättegångskostnaderna. Enligt Szkalej måste den svenska lagen ändras om artikel 8(3) i infosoc-direktivet ska tjäna sitt fulla syfte. Alternativet är att 53 b § URL inte uppfyller syftet med artikel 8(3), vilket skulle innebära att ett föreläggande mot en internetleverantör inte kan meddelas om internetleverantören endast tillhandahåller internetanslutning.¹⁰⁹ I annat fall anser Szkalej att för de fall internetleverantören också tillhandahåller tillgång till lagligt material, måste effekt ges åt principen om social adekvans som upplöser skulden om handlandet gör mer gott än ont.¹¹⁰

¹⁰⁴ Prop. 2004/05:110 s. 338-341.

¹⁰⁵ *UPC Telekabel*, p. 32; *Hilfiger*, p. 25; Internetleverantörer är med nödvändighet delaktiga i varje överföring på internet mellan deras kunder och tredje man, som begår intrång. Genom att ge kunderna tillgång till nätet gör de också sådan intrångsgörande överföring möjlig.

¹⁰⁶ Szkalej, Kacper, *Blocking injunctions against ISPs in Sweden 2.0 beta – the rise of the interim injunction? Part 1*; Szkalej, Kacper, *Blocking injunctions against ISPs in Sweden 2.0 beta – the rise of the interim injunction? Part 2*.

¹⁰⁷ Beaktandesats 59, infosoc-direktivet; Szkalej, part 2.

¹⁰⁸ Szkalej, part 2.

¹⁰⁹ *Ibid.* med hänvisning till Prop 2004/05:110 s. 339-340, 342; Prop 2008/09:67, *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG*, p. 195.

¹¹⁰ Szkalej part 2.

Hur man ser på mellanhänders iblandning i intrånget har uppenbarligen en avgörande betydelse för tolkningen av EU-rätten och hur kostnaderna fördelas. I vissa medlemsstater, till exempel Storbritannien, anses möjligheten att effektivt beivra intrång vara större med internetleverantörers hjälp. De ses som oskyldiga till intrång, men skyldiga att bistå i beivrandet om de haft kännedom om att intrång begås genom deras tjänster, helt enkelt för att de kan göra mer än vad rättighetshavarna kan göra.¹¹¹ Man kan också tala om intrångsgörarens ansvar vid intrång som primärt medan internetleverantörers ansvar är sekundärt.¹¹² Detta synsätt står i bjärt kontrast till den svenska synen på internetleverantörer, där de anses medverkande till intrång genom tillhandahållandet av sina tjänster.¹¹³ Resultatet av att de ses som medskyldiga till intrång blir också att de enligt grundprincipen att förlorande part får betala även den vinnande partens rättegångskostnader.¹¹⁴ Det kan verka lite märkligt ur internetleverantörernas perspektiv. Som Szkalej uttrycker det så sköter internetleverantörerna sig själva,¹¹⁵ de driver sin egen verksamhet och ger sina kunder tillgång till internet, när de plötsligt blir dragna inför domstol och föremål för ett blockeringsföreläggande på grund av medverkan till immaterialrättsintrång.

3.4.2 Effektivitetsfrågan

Effektivitetsproblematiken som lyftes fram i avsnitt 2.3 har lyfts fram även på EU-nivå. År 2017 publicerade Europeiska kommissionen (kommissionen) det vägledande dokumentet ”the Guidance” gällande tillämpningen av ipred-direktivet.¹¹⁶ Anledningen bakom publikationen av the Guidance var att det förekom skillnader rättsordningarnas implementering av ipred-direktivet, och framför allt att de nationella domstolarna inte tillämpade direktivet. Det pågår just nu ett arbete inom EU i syfte att medlemsstaterna ska kunna utbyta metoder för att uppnå en mer enhetlig tillämpning och implementering, också för att rättssäkerheten ska vara oförändrad oavsett vilken medlemsstat processen förs i. Till dess att det sker är det i många fall svårt för rättighetshavare att bedöma hur utgången i en tvist kommer bli i en annan medlemsstat.

¹¹¹ Husovec, s. 12; Sektion 97A Copyright, Designs and Patents Act 1988.

¹¹² Ibid., s. 13.

¹¹³ PMT 11706-15 *B2 Bredband*, se s 39 f. nedan.

¹¹⁴ I svensk rätt är detta en huvudregel i 18 kap 1 § RB, gällande vilken part som ska bära rättegångskostnaderna.

¹¹⁵ Szkalej, part 1.

¹¹⁶ Se not. 10.

Den osäkerheten inbjuder till s.k. *forum shopping*,¹¹⁷ vilket innebär att rättighetshavaren väljer det processland som är mest förmånligt ur rättighetshavarens synvinkel.

Kommissionen konstaterar i the Guidance att blockeringsförelägganden riskerar att förlora sin effektivitet när hemsidor som blockeras genom förelägganden återuppstår genom spegling under andra domännamn, eftersom sidorna då inte längre omfattas av det utfärdade föreläggandet. Kommissionen belyser också att vissa medlemsstater redan försöker de nationella domstolarna med möjligheten att utfärda dynamiska förelägganden.¹¹⁸ Trots att begreppet dynamiska blockeringsförelägganden inte förekommer i direktiven anser kommissionen att sådana förelägganden kan vara ett effektivt medel för att förhindra fortsatta intrång, förutsatt att nödvändiga skyddsåtgärder vidtas.¹¹⁹ Det föreligger med andra ord inga direkta hinder mot dynamiska blockeringsföreläggande på EU-rättslig nivå. Samtidigt uppställer ipred-direktivet endast minimikrav på den nationella rättstillämpningen.¹²⁰ Hur domstolarna tillämpar nationell rätt utöver ipred-direktivets minimikrav går utöver vad som är harmoniserat på immaterialrättens område. Det innebär att det är upp till de nationella domstolarna att avgöra om ett dynamiskt blockeringsföreläggande kan utfärdas under nationell lag eller inte och vilka villkor som ska gälla för detta. Samtidigt framgår av the Guidance att kommissionen inte anser att det, åtminstone vid den tiden då dokumentet författades, fanns tydliga indikationer på behovet av dynamiska förelägganden. Enligt kommissionen bör behovet av sådana förelägganden dock bedömas från fall till fall.¹²¹ Tilläggas bör att the Guidance publicerades år 2017 och att en del har hänt på de knappa två år som passerat sedan dess.

Efter publiceringen av the Guidance publicerade Observatory¹²² i oktober 2018 ståndpunktsdokumentdokumentet *Study on blocking orders – Position Paper*.¹²³ Bakgrunden till dokumentet var kommissionens slutsatser i the Guidance, där förekomsten av vissa skillnader i medlemsstaterna tillämpning av blockeringsförelägganden hade lyfts fram. Skillnaderna förekom bland annat i hur de nationella rättssystemen adresserade nära

¹¹⁷ Nationalencyklopedin, *forum shopping*. Forum shopping är ett förfaringssätt som ibland används av kärandesidan i privaträttsliga tvister av internationell beskaffenhet och som går ut på att undersöka de tänkbara processländerna för att kunna väcka talan vid domstolarna i det land som är förmånligast ur kärandens synvinkel.

¹¹⁸ The Guidance, s. 20-21.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid., s. 2.

¹²¹ Ibid, s. 22.

¹²² The European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights (Observatory).

¹²³ Observatory, *Study on blocking orders – Position Paper Version 0.1 – 26/10/2018*.

förestående eller upprepade intrång, liksom tillgången till förelägganden med dynamisk effekt.¹²⁴ I Observatorys *Position Paper* hänvisades till en studie från kommissionen på blockeringsförelägganden från 2015, *the Public consultation on the evaluation and modernization of the legal framework for the enforcement of intellectual property rights*.¹²⁵ Syftet med denna studie var att utvärdera ipred-direktivets funktion på internet för att utröna eventuella behov av förändringar i direktivet och förslag på korrigerande åtgärder. Studien mottog 978 svar som resulterade i en sammanställning av medlemsstaternas, rättighetshavares, medborgares, mellanhäänders och juridiskt verksamma syn på funktionen av det rättsliga ramverket för genomförandet av immateriella rättigheter, samt behovet av eventuella förändringar.¹²⁶ Inledningsvis kan konstateras att nästintill samtliga av de tillfrågade rättighetshavarna och mellanhänderna upplevde negativ ekonomisk påverkan på grund av intrång, dels på grund av minskad omsättning, dels på grund av högre verksamhetskostnader.¹²⁷ Medlemsstaternas och de nationella myndigheternas samlade syn var att intrångens påverkan på samhället är betydande och att de inte ska underskattas.¹²⁸ Vad gällde behovet av justeringar i ipred-direktivet svarade rättighetshavarna respektive mellanhänderna som följer.

Rättighetshavarna ansåg att det förelåg ett behov att justera reglerna kring förelägganden. För det första krävde rättighetshavarna att direktivet explicit ska stadga alla typer av mellanhänder som kan vara föremål för ett föreläggande. Rättighetshavarna ansågs också att skuld- eller ansvarsfrågan inte ska påverka möjligheten att utfärda förelägganden mot mellanhänder. Enligt rättighetshavarna måste de nationella domstolarna tillåtas att ålägga mellanhänder åtgärder som både stoppar pågående intrång men som också förhindrar fortsatta intrång, utan att mellanhänderna åläggs ett generellt övervakningsansvar. Rättighetshavarna lyfte också frågan om dynamiska blockeringsförelägganden i relation till behovet av förändringar direktivet. Det kan också noteras att av majoriteten av de svarande som tillhörde den juridiska professionen ansåg att direktiven explicit borde fastställa att nationella domstolar kan ålägga mellanhänder

¹²⁴ Ibid., s. 1 med hänvisning till the Guidance.

¹²⁵ Ibid. med hänvisning till Kommissionen, *the Public consultation on the evaluation and modernization of the legal framework for the enforcement of intellectual property rights*, 2015.

¹²⁶ Kommissionen, *the Public consultation on the evaluation and modernization of the legal framework for the enforcement of intellectual property rights*, Summary of responses, 2016, s. 36 ff.

¹²⁷ Ibid., s. 9.

¹²⁸ Ibid., s. 10.

åtgärder som syftar till att förhindra fortsatta intrång. Mellanhänderna ansåg däremot att det inte förelåg något behov av att ändra ipred-direktivet.¹²⁹

Enligt mellanhänderna vore åtgärder i syfte att förhindra fortsatta intrång snarare oproportionerliga, främst av den anledningen att mellanhänder inte står i direkt relation till intrångsgöraren. Enligt EUD krävs dock inget särskilt förhållande mellan mellanhand och intrångsgörare för att ett föreläggande ska kunna meddelas.¹³⁰ Mellanhänderna invände också mot ett stadgande om förebyggande åtgärder för att det skulle innebära en generell övervakningsskyldighet, vilket vore inkompatibelt med e-handelsdirektivet.¹³¹ Enligt artikel 15(1) i e-handelsdirektivet omfattar övervakningsförbudet också ett förbud mot att ålägga mellanhänder en allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller andra omständigheter som kan tyda på olagligt verksamhet. Däremot påverkar inte begränsningarna i e-handelsdirektivet sådana förelägganden som innebär åtgärder i syfte att intrång ska upphöra eller förhindras.¹³²

3.4.3 Ett behov av förändring

Av det hittills anförda förefaller det svårt att dra någon annan slutsats än att det föreligger ett uppenbart behov av utvecklade former av blockeringsförelägganden. Alternativet är att sanktionssystemet inte mår konkurrera med den snabba utvecklingen som möjliggör kringgåenden, exv. genom att trafiken leds genom eller döljs av en extern aktör.¹³³ Det rent traditionella vitesförbudet är inte tillräckligt för att effektivt beivra intrång, framförallt inte så som det är utformat i Sverige, men kanske inte heller i övriga EU. Ett blockeringsföreläggande behöver kunna omfatta till exempel även andra domännamn än det som kan identifieras för stunden. Det, i sin tur, innebär att ett föreläggande mot en internetleverantör behöver kunna omfatta åtgärder som går längre än att enbart blockera de domännamn som specificerats i yrkandet om blockeringsföreläggande. Ju mer komplexa förelägganden som tillåts, ju viktigare blir det att fördela kostnaderna av ett föreläggande med beaktande av proportionalitet. Men, vad är egentligen ett dynamiskt blockeringsföreläggande?

¹²⁹ Kommissionen, Summary of responses, s. 36-37.

¹³⁰ Ibid., s. 39; UPC Telekabel p. 35.

¹³¹ Ibid., s. 39; UPC Telekabel p. 52. Möjligen skulle ett sådant stadgande också innebära en kränkning av mellanhänders näringsfrihet, om bestämmelsen skulle vara uttömmande. Om det däremot endast räknar upp ett antal åtgärder, men fortfarande lämnar åt mellanhänderna att avgöra vilka åtgärder som ska vidtas med hänsyn till deras verksamhets kapacitet, torde stadgandet ändå inte innebära en begränsning i näringsfriheten.

¹³² Beaktandesats 45, e-handelsdirektivet.

¹³³ T.ex. genom proxy-sajter, speglingssidor eller genom att surfa med VPN-tunnlar.

3.5 Dynamiska blockeringsförelägganden

Ett dynamiskt blockeringsföreläggande, även kallat *open-ended-injunction* eller *forward-looking-injunction* är möjligt att erhålla i vissa medlemsstater inom EU, till exempel i Storbritannien, och kan meddelas vid upphovsrättsintrång.¹³⁴ Dynamiska blockeringsförelägganden kan utformas så att det redan vid utfärdandet omfattar även andra domännamn, webb-, URL- eller IP-adresser än de som specificerats i blockeringsföreläggandet. Effekten av en sådan utformning blir att både befintliga och nya domännamn eller adresser som används för att begå intrång i samma rättighetshavares rättigheter omfattas av föreläggandet. Den stora fördelen med att tillåta även ospecificerade domännamn att omfattas av ett blockeringsföreläggande är att rättighetshavarna inte behöver ansöka om nya förelägganden mot näst intill identiska intrång, i samma rättigheter, av samma intrångsgörare. En annan fördel är att det för intrångsgörarens del inte är fullt lika enkelt att kringgå föreläggandet.¹³⁵

Samma förfarande, innebärande att föreläggandet omfattning inte begränsas till intrångsgörarens tillvägagångssätt vid tiden för utfärdandet, skulle kunna tillämpas även vid intrång i andra immateriella rättigheter. Ett blockeringsföreläggande mot exempelvis varumärkesintrång skulle kunna omfatta sådana tillvägagångssätt som väsentligen liknar det sätt som det ursprungliga intrånget begicks med. Sett till hur Marknadsdomstolen på sin tid utformade förelägganden,¹³⁶ där det i det närmsta förekom förelägganden med dynamisk effekt, är ett sådant förfarande kanske inte helt främmande. Marknadsdomstolen förbjöd nämligen även sådana handlingar som väsentligen liknade den handling som talan väcktes mot.¹³⁷ Med andra ord blev sådana förelägganden inte riktigt lika precisa, jämfört med kraven på förbudsyrkandet idag.

Dynamiska blockeringsförelägganden är ur effektivitetshänsyn ett möjligt medel för att förhindra fortsatta och framtida intrång, även enligt kommissionens uppfattning.¹³⁸ Men att luckra upp kraven på förbudsyrkandets precisering, även i begränsad mån, är inte helt oproblematiskt. Grundprincipen är att den som förbjuds att göra något med säkerhet måste veta

¹³⁴ The Guidance, s. 20-21.

¹³⁵ Ibid.; Fratti & Pellicciari, *Copyright infringement: the scope of injunction against ISP*, 2018.

¹³⁶ Marknadsdomstolen upphörde år 2016 och överfördes till Patent- och Marknadsdomstolen.

¹³⁷ Marknadsdomstolens dom 2014:4, mål nr B 1/12, *KO mot Berndtson Brands AB*, p. 1.

¹³⁸ The Guidance, s. 21.

vad denne inte får göra. Enbart det faktum att det inte föreligger uttryckliga hinder mot sådana förelägganden i EU:s direktiv innebär inte *per se* att det är fritt fram att utfärda dynamiska förelägganden. Utöver detta gäller samma för dynamiska blockeringsförelägganden som för de traditionella blockeringsföreläggandena; hänsyn måste tas till nationell lagstiftning, allmänna EU-rättsliga principer samt parternas grundläggande fri- och rättigheter.¹³⁹ Hur görs då den bedömningen i de medlemsstater där dynamiska blockeringsförelägganden är möjliga att erhålla? Hur skiljer sig argumentationen åt i de medlemsstaterna, jämfört med de medlemsstater där det inte är möjligt att erhålla dynamiska blockeringsförelägganden? I nästa avsnitt redogörs för sex nationella mål från Sverige, Frankrike, Italien respektive Storbritannien. I syfte att utreda skillnaderna i de nationella domstolarnas tillämpning utreds följande frågor: 1) Vilka åtgärder rättighetshavarna yrkar på i respektive mål och var det förekommer yrkanden om dynamiska blockeringsförelägganden, 2) hur domstolarna hanterar proportionalitetsprincipen och avvägningen av de grundläggande fri- och rättigheterna, 3) hur själva föreläggandet utformas i domstolarna och vad motiveringen är därtill och 4) vilken part som får bära dels rättegångskostnader, dels implementeringskostnader kopplat till åtgärderna som föreläggs?

¹³⁹ Se avsnitt 3.2.5 ovan.

4. Utvecklingen i medlemsstaterna

4.1 Sverige: B2 Bredband

Omständigheterna i målet

I februari 2017 meddelade Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) dom i ett mål mellan ett antal musik- och filmbolag å ena sidan. och internetleverantören B2 Bredband å andra sidan.¹⁴⁰ Målet var det första av sitt slag i Sverige och rörde huruvida ett blockeringsföreläggande kunde utfärdas mot en internetleverantör i svensk rätt. Bakgrunden till ansökan var att B2 Bredband tillhandahöll internetuppkoppling till sina kunder genom vilken kunderna kunde nå olovligt tillgängliggjort material på sidorna The Pirate Bay och Swefilmer.

I Stockholms tingsrätt avslogs käromålet med anledning av att tingsrätten inte ansåg att B2 Bredband i enlighet med 53 b § URL hade medverkat aktivt till intrång.¹⁴¹ Gällande den svenska implementeringen av artikel 8(3) noterade tingsrätten att den svenska implementeringen inte gjordes genom att införa ordalydelsen i artikel 8(3) i infosoc-direktivet. Istället infördes den nuvarande formuleringen i 53 § URL som tillåter förelägganden mot intrångsgörare, samt den som medverkar till intrång. Frågan om medverkan skulle enligt tingsrätten bedömas utifrån att svaranden medverkat aktivt. Att endast tillhandahålla en tjänst, så som en internetleverantör gör utan att erbjuda direkt assistans till den primära intrångsgöraren, var alltså inte tillräckligt. Tingsrätten beviljade inte föreläggande med motiveringen att svensk lag är oförenlig med EU-rätten liksom att *UPC Telekabel* inte skulle ha någon relevans för målet. I tingsrättens mening hindrar förvisso inte artikel 8(3) i infosoc-direktivet medlemsstaterna från att införa ytterligare villkor för förbud att beviljas. Emellertid konstaterade tingsrätten att tolkning av villkoren inte får innebära att rättighetshavares möjlighet till förbud enbart blir skenbart.¹⁴²

Yrkandet

Rättighetshavarnas yrkade i PMÖD med ändring av tingsrättens dom skulle ålägga B2 bredband ett förbud mot att medverka till tillgängliggörande för allmänheten samt framställande av exemplar av musikaliska- respektive filmverk till vilka bolagen ägde rättigheterna.¹⁴³ Yrkandet avsåg med andra ord ett blockeringsföreläggande mot tjänsterna The Pirate Bay och Swefilmer,

¹⁴⁰ Patent- och Marknadsdomstolens dom, mål PMT 11706-15, *Universal Musik Aktiebolag m.fl v B2 Bredband*.

¹⁴¹ Stockholms Tingsrätts dom, mål T 15142-14, *Universal Musik Aktiebolag m.fl v B2 Bredband*, 2015.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid., s. 3.

de hemsidor som var åtkomliga ”via någon av de domänadresser, webbadresser, IP-adresser eller proxytjänster” som specificerats i yrkandet.¹⁴⁴

Den rättsliga bedömningen

Inledningsvis konstaterade PMÖD att ställning måste tas till artikel 8(3) i infosoc-direktivet och vad EU-rätten innebär för tillämpningen i förhållande till svensk rätt.¹⁴⁵ PMÖD konstaterade också att det i specifika fall, utan hinder av ansvarsbegränsningarna i e-handelsdirektivet,¹⁴⁶ går att rikta förelägganden mot internetleverantörer utan krav på att det föreligger något avtalsförhållande mellan mellanhanden och intrånggöraren.¹⁴⁷

Så vitt gällde kravet på medverkan och en direktivkonform tolkning av 53 b § URL gjorde PMÖD följande bedömning. När infosoc-direktivet implementerades med svensk rätt infördes inte artikelns ordalydelse i lagen, utan lagtexten kompletterades med att ett förbud får meddelas även mot den som medverkar till intrång. Med begreppet medverkan avsågs medverkan i straffrättslig mening, närmare bestämt främjande med råd eller dåd vilket enligt förarbetsuttalandena krävde mer än enbart tillhandahållande av en tjänst.¹⁴⁸ De uttalanden som gjordes i förarbetena hindrar inte enligt PMÖD att 53 b § URL tolkas enligt de krav som följer av ipred-direktivet. Det framgår dessutom av EUD:s praxis att den nationella rätten ska tolkas mot bakgrund av direktivets syfte och ordalydelse så långt det är möjligt, även om uttalande i förarbetena har motsatt innebörd.¹⁴⁹

Enligt PMÖD var det också av betydelse för tolkningsutrymmet att det i lagtexten till den civilrättsliga bestämmelsen i 53 b § URL inte finns någon hänvisning till att det med medverkan avses främjande med råd eller dåd i straffrättslig mening. I domstolen åsikt var det också av särskild betydelse att kompletteringen gjordes just för att genomföra artikel 8(3) i infosoc-direktivet. PMÖD:s slutsats blev därmed att 53 b § URL ska tolkas direktivkonformt, vilket innebär att det för medverkan till intrång inte krävs mer än att en internetleverantör, vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå syfte, tillhandahåller sina kunder internetanslutning. I den

¹⁴⁴ PMT 11706-15, *B2 Bredband*, s. 3, 5.

¹⁴⁵ *Ibid.*, s. 12.

¹⁴⁶ *Ibid.*, s. 14 med hänvisning till C-494/15 *Tommy Hilfiger*, p. 79; EUD uttalade här att artikel 12(1) i e-handelsdirektivet inte ska tolkas så att den utgör hinder mot att yrka förbud mot fortsatta intrång.

¹⁴⁷ *Ibid.*, s. 13 med hänvisning till UPC Telekabel p. 34-36.

¹⁴⁸ *Ibid.*, s. 17-18 med hänvisning till prop. 2004/05:110 s. 338-341.

¹⁴⁹ *Ibid.*, s. 20 med hänvisning till C-314/12 *UPC Telekabel*, p. 32, C-494/15 *Tommy Hilfiger*, p. 25..

delen ansåg PMÖD att det fanns förutsättningar för ett vitesförbud mot B2 Bredband, förutsatt att övriga förutsättningar var uppfyllda.¹⁵⁰

Rättighetsbalansering och proportionalitet

PMÖD noterade inledningsvis att utfärdandet av ett vitesförbud förutsätter att åtgärderna är proportionerliga. Vid proportionalitetsbedömningen konstaterade PMÖD därför att en avvägning av vissa grundläggande rättigheter skulle göras. I denna del balanserade PMÖD rättighetshavarnas intresse av skydd för sina immateriella rättigheter mot B2 Bredbands näringsfrihet samt möjligheten för B2 Bredband att fortsätta bedriva verksamhet utan att den skulle försämrans av åtgärderna. Eftersom åtgärderna skulle innebära att B2 Bredbands abonnenters tillgång begränsades, beaktade domstolen även användarnas informationsfrihet. Domstolen balanserade dessa rättigheter genom att konstatera att de kostnader som åtgärderna skulle innebära fick anses ligga inom ramen för B2 Bredbands verksamhet. Med hänvisning till *UPC Telekabel* skulle föreläggandet inte heller påverka kärnan i näringsfriheten. Gällande rättighetshavarnas intresse konstaterade domstolen att en stor mängd skyddat material gjorts tillgängligt. Den omständighet att delar av tjänsterna vid detta laget hade stängts ner, och att risken för fortsatta intrången därmed skulle vara begränsad, ansågs inte tillräckligt för att underlåta ett förbud.¹⁵¹

Vad gällde abonnenternas informationsfrihet konstaterade PMÖD att verken tillgängliggjorts utan rättighetshavarnas samtycke, varför vitesförbudet i det avseendet inte kunde anses oproportionerligt. Den del av innehållet som inte utgjordes av rättighetshavarnas verk utgjorde inte heller hinder för föreläggandet. Anledningen till detta var att utredningen visat att även denna del av innehållet utgjordes av upphovsrättsskyddat material som tillgängliggjorts olovligt.¹⁵² Vad gällde åtgärdernas effektivitet bedömde PMÖD att det förvisso framgick av utredningen att webbadresserna förändras konstant men att det inte är någon rättslig förutsättning att åtgärderna leder till att intrång upphör helt utan att det räcker att åtgärderna försvårar tillgången till det skyddade materialet för att föreläggandet ska anses effektivt. Sammanfattningsvis fann PMÖD att föreläggandet var proportionerligt och att det i övrigt fanns förutsättningar för att bifalla rättighetshavarnas tala.¹⁵³

¹⁵⁰ PMT 11706-15, *B2 Bredband*, s. 20-22.

¹⁵¹ *Ibid.*, s. 24-25; *UPC Telekabel*, p. 51

¹⁵² *Ibid.*, s. 26.

¹⁵³ *Ibid.*, s. 26-27 med hänvisning till *UPC Telekabel*, p. 62-63.

Föreläggandets utformning

Gällande blockeringsföreläggandets utformning konstaterade PMÖD att ett vitesförbud måste vara tydligt utformat och att det inte heller får gå längre än vad som är motiverat i det enskilda fallet. Vad gällde föreläggandets omfattning bedömde PMÖD att det inte skulle omfatta blockering av IP-adresser. Anledningen till detta ansågs vara att det inte kunde uteslutas att de IP-adresser som omfattades av yrkandet inte också användes för tillgång till andra än de intrångsgörande tjänsterna. Däremot kunde domän- och webbadresser omfattas av föreläggandet eftersom yrkandet var preciserat i antal domän- och webbadresser samt att utredningen i målet inte "[u]tredningen har inte visat att det skulle innebära någon oklarhet eller teknisk svårighet att hindra tillgången till tjänsterna genom blockeringsåtgärder avseende domännamn och webbadresser"¹⁵⁴. Valet av teknik för utförande av åtgärderna lämnades upp till internetleverantören B2 Bredband att avgöra. Mot denna bakgrund biföll PMÖD musik- och filmbolagens talan.¹⁵⁵

PMÖD beslutade dessutom att begränsa föreläggandet till en giltighetstid på tre år. Motiveringen bakom begränsningen i tiden var att föreläggandet riktats mot annan än intrångsgöraren varför PMÖD ansåg att det fanns särskild anledning att vaka över information- och näringsfriheten. Begränsningen i tiden fick PMÖD dock inte göras för snäv med hänsyn till rättighetshavarnas rätt till ett effektivt skydd mot fortsatta intrång. Vid en avvägning av dessa rättigheter ansågs tre år vara lämplig begränsning.¹⁵⁶

Kostnadsallokeringen

Så vitt gällde kostnader för åtgärderna hade B2 Bredband själva upplyst om att det var fråga om kostnader i en storleksordning som bolaget kunde hantera inom ramen för sin verksamhet. Vad gällde rättegångskostnaderna konstaterade PMÖD i all korthet att rättighetshavarna fått bifall för sin talan, varpå B2 Bredband ålades att ersätta rättighetshavarna för deras rättegångskostnader.¹⁵⁷

¹⁵⁴ PMT 11706-15, *B2 Bredband*, s. 29, st. 2.

¹⁵⁵ *Ibid.*, s. 27 med hänvisning till prop. 93/94:122, s. 67; PMT 11706-15, s. 28-30.

¹⁵⁶ *Ibid.*, s. 31.

¹⁵⁷ *Ibid.*, s. 25 och s. 33 med hänvisning till C-484/14, *Mc Fadden*, p. 79.

4.2 Sverige: Telia

Omständigheterna i målet

Den 2 februari 2019 upphävde PMÖD ett beslut om interimistiskt blockeringsföreläggande mot Telia Sverige AB, som den 10 oktober 2018 hade utfärdats av Patent- och Marknadsdomstolen (PMD).¹⁵⁸

I PMD hade kärandebolagen Aktiebolaget Svensk Filmindustri m.fl., yrkat att Telia skulle åläggas att hindra abonnenters tillgång till tjänsterna The Pirate Bay, Dreamfilm, Nyafilmer och Fmovies genom att blockera ett antal specificerade domännamn och webbadresser samt ”*andra domännamn/webbadresser vars enda eller övervägande ändamål är att möjliggöra eller underlätta tillgången till de aktuella tjänsterna som Telia genom kärandebolagens försorg underrättas om för tid till annan*”¹⁵⁹. Som synes var yrkandets andra del inte preciserat utan omfattade även ”*andra domännamn och webbadresser*”. Yrkandet innebar med andra ord ett blockeringsföreläggande med dynamisk effekt. Det är första gången ett sådant yrkande har framställts i svensk domstol. Kärandebolagen hade i sitt yrkande påtalat problematiken kring blockeringsföreläggandens effektivitet, i och med de möjligheter som finns att kringgå dessa t.ex. genom proxysajter eller byte av domännamn.¹⁶⁰ I bedömningen gällande medverkansansvaret ansåg PMD inte att det förelåg skäl att göra någon annan bedömning än den PMÖD gjorde i B2 Bredband-målet, med innebörden att 53 b § URL ska tolkas direktivkonformt med artikel 8(3) i infoc och EUD:s praxis.¹⁶¹ Därmed konstaterade PMD att Telia medverkat till åtgärd som innebar upphovsrättsintrång. PMD ansåg inte att de domännamn och webbadresser som specificerats påverkade kärnan i Telias näringsfrihet. Den inskränkning i näringsfriheten som förbudet ändå skulle innebära ansågs motiverad och proportionerlig med hänsyn till förbudets syfte.¹⁶²

I fråga om förbudets utformning konstaterade PMD att de specificerade domännamnen och webbadresserna uppfyllde regeln för ett vitesförbud, att det som förbjuds är ett precist förfarande. Vad gäller yrkandets dynamiska moment gjorde domstolen bedömningen att de

¹⁵⁸ Patent- och Marknadsöverdomstolen, mål PMÖ 9945-18, *Telia Sverige AB mot Aktiebolaget Svensk Filmindustri m.fl.*, 2019.

¹⁵⁹ Patent- och Marknadsdomstolen, mål PMT 7262-18, *Aktiebolaget Svensk Filmindustri m.fl. mot Telia Sverige AB*, 2018, s. 4.

¹⁶⁰ Stockholms Tingsrätt, mål PMT 7262-18, s. 5, näst sista stycket.

¹⁶¹ *Ibid.*, s. 14; Se sida 39 ovan, angående den rättsliga bedömningen i *B2 Bredband*.

¹⁶² *Ibid.*, s. 15, med hänvisning till *B2 Bredband* och *UPC Telekabel*, p. 51.

krav som bör ställas på ett förbudsyrkande inte var uppfyllda. Enligt PMD vore det inte lämpligt att låta en part besluta när ett domännamn eller en webbadress ska omfattas av ett föreläggande som ligger till grund för en skyldighet att utge offentlighetsligt vite.¹⁶³

Yrkandet i Patent- och Marknadsöverdomstolen

Avgörandet överklagades till PMÖD där Telia yrkade att beslutet skulle upphävas i sin helhet.¹⁶⁴

Den rättsliga bedömningen

I fråga om upphovsrättsintrång och tillämpningen av 53 b § URL höll PMÖD med om PMD:s bedömning. Däremot, och med anledning av att det inte längre gick att få tillgång till tjänsten Dreamfilm via de angivna domännamnen, konstaterade PMÖD att det inte heller längre fanns förutsättningar för interimistiskt förbud avseende denna tjänst. I fråga om de övriga tjänster fanns dock förutsättningar för interimistiskt förbud, förutsatt att de ansågs proportionerliga. PMÖD övergick därefter till proportionalitetsbedömningen.¹⁶⁵

Rättighetsbalansering och proportionalitet

Vad gällde Telias näringsfrihet konstaterade PMÖD, med hänvisning till *UPC Telekabel* att kärnan i näringsfriheten inte påverkas om internetleverantören själv kan avgöra vilka åtgärder som ska vidtas. I prövningen av ett förbudsyrkande, i avvägningen mellan rättighetshavarnas intresse och näringsfriheten, måste internetleverantörens resurser och kapacitet samt andra skyldigheter och utmaningar i verksamheten också beaktas. Gällande abonnenternas informationsfrihet påpekade PMÖD att ett föreläggande måste vara välriktat på så vis att tredje mans intrång beivras, utan att abonnenternas tillgång till laglig information påverkas.¹⁶⁶

Därefter belyste PMÖD en väsentlig skillnad mellan förevarande mål och B2 Bredband-målet. I B2 Bredband utgjordes materialet på de sidor som blockeras i princip uteslutande av olovligt tillgängliggjort upphovsrättsskyddat material. Proportionalitetsbedömningen måste innefatta en prövning av hur stor del det intrångsgörande innehållet utgör av den totala mängden innehåll

¹⁶³ Stockholms Tingsrätt, mål PMT 7262-18, s. 16-17; Prop. 1993/94:122, s. 67.

¹⁶⁴ PMÖ 9945-18, *Telia mot the Pirate Bay m.fl.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, 6-8.

¹⁶⁶ *Ibid.*, s. 6-10 med hänvisning till *UPC Telekabel* p. 47, 56-57. Vad som gäller när åtgärderna, som i förevarande fall, istället bestämts i föreläggandet framgår inte av *UPC Telekabel*.

som domännamnet och webbadresserna ger tillgång till. Enligt PMÖD fanns det inget underlag som kunde stryka att den övervägande delen av innehållet utgjordes av intrångsgörande material. Därav kunde det inte heller bedömas i vilken utsträckning eventuellt lagligt material skulle påverkas av föreläggandet. Av den anledningen, och med beaktande av abonnenternas informationsfrihet, kunde det interimistiska föreläggandet inte anses vara proportionerligt. PMD:s beslut upphävdes därför av PMÖD.¹⁶⁷

Kostnadsallokeringen

Vid överklagandet ålades rättighetshavarna som förlorande part att betala rättegångskostnaderna.¹⁶⁸ Eftersom några blockeringsåtgärder aldrig genomfördes finns inget underlag för att bedöma allokeringen av eventuella implementerings- eller driftskostnader.

¹⁶⁷ PMÖ 9945-18, *Telia*, s. 11.

¹⁶⁸ *Ibid.*, s. 12.

4.3 Frankrike: Société Française

Omständigheterna i målet

I juli 2017 avkunnade Cour de cassation, Frankrikes högsta domstol, dom i målet mellan flera föreningar för den franska biografbranschen och ett antal mellanhänder som utgjordes av både internetleverantörer och sökmotorleverantörer (härefter, tjänsteleverantörerna).¹⁶⁹ Bakgrunden till målet var att flertalet verk, till vilka föreningarna ägde upphovsrätten, hade tillgängliggjorts genom streaming på fyra olika hemsidor. Domen i första instans resulterade i att kostnaderna för blockeringsåtgärder inte skulle bäras av tjänsteleverantörerna. Anledningen till detta var dels att åläggandet av kostnader på tjänsteleverantörerna ansågs stå i strid mot ett beslut från Conseil Constitutionnel,¹⁷⁰ dels att tjänsteleverantörerna näringsfrihet skulle inskränkas.¹⁷¹

Domen överklagades till Cour d'appel de Paris, den franska appellationsdomstolen, som ändrade beslutet i kostnadsfrågan och placerade istället kostnaderna på tjänsteleverantörerna. Cour d'appel de Paris anförde att så länge tjänsteleverantörerna inte kunde visa att kostnaderna inneburit orimligt uppföringar för dem skulle de bära kostnader för implementering av blockeringsåtgärderna. Domen överklagades av tjänsteleverantörerna som bestred kostnadsansvar inför Cour de cassation.¹⁷²

Yrkandet

Enligt yrkandet skulle tjänsteleverantörerna åläggas att blockera åtkomst till ett antal angivna streamingtjänster. Tvisten i Cour de cassation rörde därför i huvudsak kostnadsfrågan för att förhindra tillgång till, eller blockera, intrångsgörande innehåll genom sökresultat på hemsidorna.¹⁷³

¹⁶⁹ Cour de cassation, 1ère civ., July 6th 2017 no. 16-18.595, *Société Française du Radiotéléphone v Union des Producteurs de Cinema*, 2017 [privat översättning].

¹⁷⁰ Bloum, Alya, *Intermediaries must pay for blocking measures against illegal streaming websites*, 2017. Den konstitutionella domstolen, *Conseil constitutionnel*, som är en fristående domstol som kontrollerar den franska lagens överensstämmelse med konstitutionen anförde i ett beslut från den 29 december 2000 (no. 2000-441 DC) att åläggandet av kostnader på teleoperatörer stod i strid mot konstitutionen.

¹⁷¹ *Ibid.*, med hänvisning till *SABAM v Netlog*, p. 46. EUD konstaterade i *SABAM v Netlog* att ett föreläggande som ålägger tjänsteleverantörer att implementera filtreringssystem allvarligt kränker dennes näringsfrihet; *Scarlet Extended* p. 48.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Cour de cassation, 1ère civ., July 6th 2017 no. 16-18.595 [privat översättning].

Den rättsliga bedömningen

Inledningsvis bekräftade Cour de cassation tjänsteleverantörernas invändning gällande att de inte är ansvariga för intrång i andra hand, förutsatt att de antingen varit i god tro gällande de intrångsgörande aktiviteterna eller att de aktivt försökt stoppa sådana aktiviteter på uppfordran av rättighetshavarna.¹⁷⁴ Vad gällde hänvisningen som Cour d'appel de Paris gjorde till beslutet från Conseil Constitutionnel, konstaterade Cour de cassation att avgörandet i detta mål inte kan baseras på ett beslut från Conseil Constitutionnel.¹⁷⁵

Cour de cassation konstaterade dessutom att en vinnande och skadelidande parts rätt till ersättning inte kan åläggas den förlorande parten om denne anses vara ansvarslös. Vad gäller tjänsteleverantörers ansvar vid intrång resonerade Cour de cassation följande: För internetleverantörers del föreligger ansvar antingen på grund av att de utgör källan till det intrångsgörande innehållet, för att de väljer mottagare av innehållet eller för att de på något vis modifierar sådant innehåll. För sökmotorleverantörernas del föreligger ansvar endast när de haft kännedom om förekomsten av intrångsgörande innehåll, men underlåtit att omedelbart avlägsna eller förhindra tillgång till innehållet. Trots att tjänsteleverantörer har störst möjlighet att sätta stopp för intrång, vilket också innebär att domstolarna också kan kräva att tjänsteleverantörer bidrar till bekämpandet av intrång, måste alla åtgärder som åläggs tjänsteleverantörer vara strikt nödvändiga och proportionerliga med fara för att åtgärderna annars inskränker tjänsteleverantörernas näringsfrihet. Domstolen övergick därefter till proportionalitetsbedömningen.¹⁷⁶

Rättighetsbalansering och proportionalitet

Avseende rättighetsbalanseringen anförde Cour de cassation att tjänsteleverantörernas näringsfrihet inte inskränks enbart av det faktum att de åläggs kostnader under förevarande omständigheter, förutsatt att det står mellanhänderna fritt att besluta vilka konkreta åtgärder som ska implementeras för att uppnå det resultat som eftersträvas. Däremot inskränks rätten till

¹⁷⁴ Pavis, Matilde, *France: Costs of blocking injunctions to be borne by internet intermediaries*, 2017.

¹⁷⁵ Bloum, Alya, *Intermediaries must pay: "The Supreme Court then considered that, given that these intermediaries participate in the defence of rights holders' interests, which are of private nature, they cannot rely on the above-mentioned decision of the Constitutional Council, which related to a law on public safety matters."*

¹⁷⁶ Pavis, Matilde, *Costs of blocking injunctions*, 2017; Cour de cassation, 1ère civ., July 6th 2017 no. 16-18.595 [privat översättning]; Beaktandesats 59, Infosoc-direktivet;

näringsfrihet om mellanhänderna kan visa att åtgärderna innebär orimliga uppoffringar.¹⁷⁷ I detta fall hade mellanhänderna inte lyckats visa tillräckligt stöd för att den ekonomiska bördan av att avlägsna det intrångsgörande materialet avsevärt skulle påverka lönsamheten. Åtgärderna ansågs också strikt nödvändiga för bevarandet av rättighetshavarnas skydd. Cour de cassation grundade till slut sitt beslut utifrån ett skälighetsresonemang bredvid balanseringen av de motstående rättigheterna och konstaterade att rättighetshavarnas ekonomi redan var kraftigt försvagad.¹⁷⁸

Kostnadsallokeringen

Mot bakgrund av redogörelsen ovan fastställde Cour de cassation beslutet från Cour d'appel de Paris och placerade kostnaderna för åtgärderna enligt föreläggandet på tjänsteleverantörerna. Tjänsteleverantörerna fick sammanfattningsvis bära kostnaden för implementering av blockeringsåtgärderna eftersom åtgärderna inte var oproportionerligt komplexa, kostsamma eller varaktiga. Det ansågs inte heller styrkt att tjänsteleverantörernas lönsamhet skulle drabbas i sådan utsträckning att kostnaderna istället borde bäras av rättighetshavarna. Kostnaderna ansågs också strikt nödvändiga för att bevara rättighetshavarnas rättigheter.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Bloum, Alya, *Intermediaries must pay*; Pavis, Matilde, *Costs of blocking injunctions*. Att bevisbördan ligger på mellanhänderna har bekräftats av EUD i *UPC Telekabel*, p. 47.

¹⁷⁸ Ibid.; Cour de cassation, 1ère civ., July 6th 2017 no. 16-18.595 [privat översättning].

¹⁷⁹ Bloum, Alya, *Intermediaries must pay*; Pavis, Matilde, *Costs of blocking injunctions*.

4.4 Italien: Mondadori

Omständigheterna i målet

I juni 2018 avkunnade domstolen i Milano dom i ett mål rörande ett dynamiskt blockeringsföreläggande.¹⁸⁰ Målet föregicks av att tidningsutgivaren Mondadori under år 2017 hade ansökt om ett interimistiskt blockeringsföreläggande mot några av Italiens största internetleverantörer vid domstolen i Milano. I det första av de två målen beviljade domstolen ett föreläggande mot de fyra internetleverantörerna med anledning av att deras tjänster utan Mondadoris samtycke tillgängliggjorde ett antal fullständiga nummer av Mondadoris tidskrift.¹⁸¹ Blockeringsförelägandet ålade internetleverantörerna, samt deras hosting-tjänster, att blockera användares tillgång till portalen *Dasolo* oavsett vilket toppdomän portalen antog.¹⁸² Det tog dock inte lång tid innan *Dasolo* återuppstod med samma illegala innehåll, denna gång med ändrat huvuddomän istället för toppdomän. Efter ett misslyckats försök från Mondadoris sida att utanför domstol försöka få de fyra internetleverantörerna att vidta tekniska åtgärder för att inaktivera det nya domännamnet ansökte Mondadori om ett nytt och mer långtgående blockeringsföreläggande.¹⁸³

Yrkandet

Enligt den sistnämnda ansökan skulle internetleverantörerna åläggas att vidta lämpliga åtgärder för att blockera tillgång även till nya versioner av plattformen. Frågan i målet var därmed huruvida ett blockeringsföreläggande riktat mot internetleverantörer kan avse inte endast de domännamn som specificeras i yrkandet, utan också framtida intrång genom andra domännamn.¹⁸⁴ Internetleverantörerna invände att de var *mere conduits* och därmed utan ansvar för intrång från tredje man. De invände vidare att åtgärderna skulle innebära ett generellt övervakningsansvar vilket är förbjudet enligt artikel 15(1) i e-handelsdirektivet samt att domstolen borde höra de faktiska intrångsgörarna.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Tribunale di Milano, *Mondadori v Fastweb S.P.A, Telecom Italia S.P.A, Vodafone Italia S.P.A, Wind Tre S.P.A*, 2018.

¹⁸¹ Rosati, Eleonora, *Milan court issues dynamic blocking injunctions against Italian ISPs*, 2018; Fratti & Pellicciari, *The scope of injunction*.

¹⁸² Tribunale di Milano, *Mondadori*, p. 1.

¹⁸³ Fratti & Pellicciari, *The scope of injunction*. På engelska, *second level domain*. Ändringen av huvuddomän gjordes från *Dasolo* till *Italshare*.

¹⁸⁴ Rosati, Eleonora, *Milan court issues dynamic blocking injunctions*.

¹⁸⁵ *Ibid.*; Fratti & Pellicciari, *The scope of injunction*.

Den rättsliga bedömningen

Domstolen beviljade det dynamiska blockeringsföreläggandet utan att höra de faktiska intrångsgörarna de faktiska intrångsgörarna och konstaterade att ett föreläggande enligt yrkandet var kompatibelt med e-handelsdirektivet med motiveringen att internetleverantörerna de facto inte åläggs ett övervakningsansvar. Deras ingripande är alltid föremål för särskild anmälan från rättighetshavaren vilket enligt domstolen inte skulle innebära en generell övervakningsskyldighet. Enligt domstolen fordrar e-handelsdirektivet att mellanhänder implementerar effektiva åtgärder både i preventivt och repressivt syfte utifrån rapporter från rättighetshavarna, vilket i sig ger rättighetshavarna en proaktiv roll i skyddandet av deras rättigheter. Domstolen uppmärksammade vidare att övervakningsförbudet undantas i förevarande fall, eftersom medlemsstaterna inte är förhindrande från att ålägga internetleverantörer övervakningsskyldighet i ett speciellt fall.¹⁸⁶

Rättighetsbalansering och proportionalitet

Den milanesiska domstolen beaktade också att proportionalitetsprincipen måste balanseras mot effektivitetsprincipen vid utfärdandet av ett dynamiskt blockeringsföreläggande. Enligt domstolen innebar en sådan balansering att det krävs att mellanhänder vidtar alla lämpliga åtgärder för att förhindra återupptagandet olagliga handlingar, vilket ansågs stämma överens med EUD:s beslut i UPC Telekabel.¹⁸⁷

Föreläggandets utformning

Gällande vikten av preventiv verkan argumenterade domstolen att en intrångsgörare redan under tiden för utfärdandet av ett blockeringsföreläggande troligen börjar operera under ett annat domännamn. Ett föreläggande som begränsas till vissa specifika domännamn riskerar alltså att bli verkningslöst. Enligt domstolen förefaller dynamiska förelägganden som ålägger mellanhänder blockering av intrång i samma rättigheter därmed vara det enda sättet för blockeringsförelägganden att verka preventiv, eller åtminstone motverkande, gentemot

¹⁸⁶ Fratti & Pellicciari, *The scope of injunction*; Rosati, Eleonora, *Milan court issues dynamic blocking injunctions*; Beaktandesats 47, e-handelsdirektivet.

¹⁸⁷ Fratti & Pellicciari, *The scope of injunction*; *UPC Telekabel*, p. 62, där EUD konstaterade att de åtgärder som vidtas av internetleverantören "måste vara tillräckligt effektiva för att säkerställa ett verkningsfullt skydd av den grundläggande rättigheten i fråga", vilket innebär att åtgärden "måste hindra, eller åtminstone göra det svårt, att få otillåten tillgång till alster och i betydande utsträckning avhålla de internetanvändare som nyttjar tjänster från mottagaren av föreläggandet från att ta del av alster som gjorts tillgängliga för dem i strid med rätten till immateriell egendom."

internetanvändare. Domstolen tillade dock att ett dynamiskt blockeringsföreläggande måste, för att vara förenligt med förbudet mot generell övervakning, inkludera ett åtagande för rättighetshavaren i fråga att i förväg tillhandahålla mellanhänderna med en särskild underrättelse om de nya domännamn genom vilka intrång begås.¹⁸⁸

Kostnadsallokeringen

I kostnadsfrågan anförde den milanesiska domstolen att bedömningen av den begärda åtgärden var frånskild frågan om internetleverantörernas ansvar och konstaterade att kostnader som relateras till tekniska utgifter. De begärda åtgärderna var strikt nödvändiga för tillvaratagandet av rättighetshavarens intressen. Det rörde sig dessutom om åtgärder begärda av rättighetshavaren. Därför fick kostnaderna preliminärt bäras av rättighetshavaren själv.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Fratti & Pellicciari, *The scope of injunction.*; Rosati, Eleonora, *Milan court issues dynamic blocking injunctions*; Artikel 11, första och tredje meningen, ipred-direktivet; *UPC Telekabel*, p. 64; *L'Oreal*, p. 144.

¹⁸⁹ Rosati, Eleonora, *Milan court issues dynamic blocking injunctions*.

4.5 Storbritannien: FAPL v BT

Omständigheterna i målet

I detta mål från 2017 ansökte the Football Association Premier League Limited (FAPL), rättighetshavare till filmmaterial från samtliga Premier League-matcher och de konstnärliga verk som är synliga i filmmaterialet, om ett blockeringsföreläggande mot de sex största internetleverantörerna på den brittiska marknaden, British Telecommunications med flera (BT). Det här målet var det första av sitt slag i Storbritannien där ett föreläggande riktades mot streamingsserverar istället för en hemsida.¹⁹⁰

Yrkandet

FAPL hade ansökt om ett blockeringsföreläggande som innebar att BT skulle åläggas att vidta åtgärder för att blockera, eller försöka blockera, deras kunders tillgång till de streamingsserverar som tillhandahöll intrångsgörande material. Bakgrunden till föreläggandets utformning var en lista på serverar som hade sammanställts av FAPL.

Skillnaden med detta yrkande, jämfört med tidigare yrkanden om blockeringsförelägganden i Storbritannien, beskrevs av domstolen i fyra led. För det första rörde det sig om ett s.k. *live blocking-föreläggande*, vilket bara skulle ha effekt vid tiden för Premier League-sändningar. För det andra skulle rapporten på IP- och URL-adresser från rättighetshavaren uppdateras närhelst det ansågs nödvändigt. Rapporterna skulle också kunna återställas inför varje matchvecka under Premier League-säsongen, vilket skulle möjliggöra för FAPL att identifiera nya serverar samt att blockeringen kunde hävas mot serverar som inte längre utgjorde källa till intrångsgörande innehåll. För det tredje skulle blockeringsföreläggandet endast gälla en kort period, från 18 mars 2017 till 22 maj 2017, för att effektiviteten av föreläggandet skulle därefter kunna bedömas. För det fjärde förutsattes, utöver de skyddsåtgärder som redan krävs enligt brittisk lag, att BT erhöll veckovisa meddelanden så länge deras IP-adresser var föremål för blockering. Enligt sista punkten gavs också webbhotell, operatörer samt BT:s målserverleverantörer och kunder som ansåg sig påverkade av föreläggandet tillåtelse att ansöka om åsidosättande eller ändring av detsamma.¹⁹¹

¹⁹⁰ [2017] EWCH 480 (Ch) *Football Association Premier League Limited v British Telecommunications et al*, (FAPL v BT)

¹⁹¹ *FAPL v BT*, p. 24-27.

Den rättsliga bedömningen

The High Court of Justice konstaterade inledningsvis att svaranden, BT, är tjänsteleverantörer i enlighet med e-handelsdirektivet. I fråga om intrång och tillgängliggörande till allmänheten konstaterade domstolen att upphovsrättsintrång på grund av olovligt tillgängliggörande till allmänheten förelåg på grund av att tjänsteleverantörerna, genom elektronisk överföring, avsiktligt och med full kännedom gett användarna tillgång till kostnadsfria källor av Premier League-sändningar. Bevisen visade också att streamingen möjliggjort tillgång för ett obestämt antal potentiella användare.¹⁹²

Syftet med föreläggandet var att förhindra framtida intrång i FAPL:s rättigheter i enlighet med artikel 8(3) i infosoc-direktivet. Här kan noteras att möjligheten att ansöka om förelägganden mot mellanhänder är särreglerat i brittisk rätt. En förutsättning för sådana förelägganden är att mellanhanden har haft faktisk kännedom om det intrång som begåtts genom deras tjänster.¹⁹³ Eftersom kunderna hade brukat BT:s tjänster för att få tillgång till streamingen ansågs BT ha spelat en avgörande roll i tillgängliggörandet, genom vilket kunderna kunnat erhålla kopior av verken. BT ansågs också ha haft faktisk kännedom om att deras tjänster använts i intrångsgörande ändamål, eftersom ansökan av föreläggandet hade föregåtts av detaljerad korrespondens mellan parterna. Därmed konstaterade the High Court of Justice att det fanns förutsättningar för att utfärda föreläggandet mot BT.¹⁹⁴

Rättighetsbalansering och proportionalitet

Domstolen ställde sedan frågan huruvida ett sådant här föreläggande borde utfärdas beaktat kravet på balansering av vissa grundläggande fri- och rättigheter, effektivitet samt proportionalitetsprincipen. Gällande rättighetsbalanseringen ställdes FAPL:s upphovsrätt mot BT:s rätt till näringsfrihet och internetanvändarnas informationsfrihet.¹⁹⁵ Enligt domstolen förelåg det uppenbarligen en kränkning av FAPL:s upphovsrätt och därmed också ett legitimt intresse för FAPL att minska sådan aktivitet. Det ansågs vidare föreligga ett samhällligt

¹⁹² Ibid., p. 29-38.

¹⁹³ Sektion 97A, Copyright, Designs and Patent Act 1988. I avgörandet huruvida en tjänsteleverantör har faktiskt kännedom ska domstolen ta hänsyn till alla frågor som förefaller relevanta under de särskilda omständigheterna, bland annat med hänsyn till, a) om tjänsteleverantören har mottagit meddelande enligt artikel 6(1)(c), b) i vilken utsträckning meddelandet innehåller, i) avsändarens namn och adress, ii) detaljer om intrånget i fråga, [min översättning].

¹⁹⁴ *FAPL v BT*, p. 40- 42; *UPC Telekabel*, p. 30-32.

¹⁹⁵ Ibid., p. 43-44.

intresse av att bekämpa dessa intrång.¹⁹⁶ Med anledning av att BT inte skulle behöva anskaffa ny teknik för att uppfylla föreläggandet ansåg domstolen inte att näringsfriheten inskränktes. Eftersom någon ny teknik inte behövde anskaffas skulle den huvudsakliga kostnadsmässiga effekten endast bestå av ökade driftskostnader. Det faktum att fem av svarandebolagen stödde föreläggandet pekade också starkt på att deras näringsfrihet inte ansågs inskränkt. Beträffande användarnas informationsfrihet framhöll domstolen att informationsfriheten inte utsträcker sig till rätten att delta i upphovsrättsintrång.¹⁹⁷ Domstolen ansåg inte heller att någon laglig aktivitet skulle påverkas negativt av förelägganden. Dessutom framförde domstolen en förhoppning om en samhällsdirigerande effekt på så vis att de brittiska konsumenterna, genom att tjänsterna blockeras, kanske skulle lära sig att intrångsgörande streaming varken är ett lagligt eller pålitligt sätt att få åtkomst till Premier League-sändningar.¹⁹⁸

Enligt domstolen fick live blocking-föreläggandet också anses uppfylla kraven på effektivitet och preventiv verkan, i och med att det skulle reducera intrången i FAPL:s upphovsrätt. Det faktum att intrång ändå skulle kunna begås genom andra hemsidor än den blockerade förhindrade inte synen på föreläggandets effektivitet. I fråga om påverkan på tillgång till lagligt material på dessa streamingsiter framhöll domstolen att det förvisso förelåg en risk för att tillgången till lagligt material skulle påverkas, men att risken var så liten att åtgärderna fick anses motiverade med hänsyn till FAPL:s intresse att skydda sin upphovsrätt. Eventuellt påverkan på tillgången till lagligt material skulle dessutom vara så pass tillfällig med anledning av föreläggandets begränsning i tiden. Domstolen fann inte heller att det förelåg några alternativa åtgärder som var lika effektiva som live blocking-föreläggandet. Det ansågs inte heller vara onödigt komplicerat eller kostsamt. Enligt domstolen inskränkte inte föreläggandet svarandens näringsfrihet. Användarnas informationsfrihet skulle endast inskränkas till en begränsad del, vilket ansågs rättfärdigat med syftet att förhindra storskaliga intrång i FAPL:s rättigheter. Mot denna bakgrund konstaterade domstolen att live blocking-föreläggandet var proportionerligt.¹⁹⁹

¹⁹⁶ *FAPL v BT*, p. 45; Samhällsintresset ansågs ligga i FAPLs bidragande stöd till sporten samt FAPL och dess licenstagares bidrag till den brittiska ekonomin.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 47

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 46-54.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 48- 64, 69-70.

Föreläggandets utformning

Föreläggandet utformades enligt FAPL:s yrkande.²⁰⁰ Efter att föreläggandet meddelades har det på FAPL:s ansökan förlängts i två omgångar, först för säsongen 2017/2018 och sedan för säsongen 2018/2019, med motiveringen att live-blockeringen verkat mycket effektivt.²⁰¹

Kostnadsallokeringen

Enligt domstolen förekom inga indikationer från BT på att föreläggandet var onödigt komplicerat eller kostsamt. Fem av de svarande ställde sig också positivt till föreläggandet. Kostnaderna för åtgärderna placerades därför på internetleverantörerna.²⁰²

²⁰⁰ *FAPL v BT*, p. 70, 20-27; se s. 52 ovan under ”Yrkandet”;

²⁰¹ *Ibid.*, p. 5; Malovic, Nedim, *Arnold J extends Premier League’s live blocking order*, 2018.

²⁰² *Ibid.*, p. 64.

4.6 Storbritannien - Cartier

Omständigheterna i målet

Den 23 juni 2018 avkunnade the Supreme Court of the United Kingdom (the Supreme Court) domen i det uppmärksammade målet mellan Cartier International AG and others (Cartier) och British Telecommunications Plc and another (BT). Även detta mål är det första av sitt slag i Storbritannien, där ett blockeringsföreläggande meddelats till skydd för varumärkesrättigheter.

Bakgrunden till målet är följande: Cartier äger varumärkesrättigheterna till ett flertal varumärken, bland annat Cartier och Montblanc. I the High Court of Justice hade Cartier ansökt om och beviljats ett dynamiskt blockeringsföreläggande där svaranden BT ålagts att blockera tillgång till ett antal hemsidor, dess domännamn och subdomännamn, men även andra IP-adresser eller URL:er vars syfte var att tillåta åtkomst till en målwebbsida.²⁰³ Med andra ord hade ett dynamiskt blockeringsföreläggande meddelats. Bakgrunden till yrkandet var att BT hade tillgängliggjort sex hemsidor där piratkopior som gjorde intrång i Cartiers rättigheter både marknadsfördes och såldes. BT ålades kostnaderna för implementering åtgärderna, medan Cartier ålades kostnaderna för själva ansökan. Avgörandet överklagades till the Court of Appeal of England and Wales, där domstolen fastslog att kostnaderna för åtgärdernas implementering skulle bäras av BT. Avgörandet överklagades därefter av BT till the Supreme Court.

Yrkandet

Den huvudsakliga frågan i målet i the Supreme Court var frågan om vem som ska betala kostnaderna för sådana åtgärder som åläggs en oskyldig mellanhand, när dennes tjänster utnyttjas i illegala syften.²⁰⁴

Inledningsvis påpekade the Supreme Court att implementeringskostnader av ett föreläggande varierar från fall till fall, men att det i regel rör sig om kostnader i fem kategorier, där kategori ett omfattar kostnader för anskaffning och uppgradering av hård- och mjukvara för blockeringen, kategori två; administrativa kostnader, kategori tre; marginalkostnader för föreläggandets implementering, kategori fyra; uppdateringskostnader med anledning av rapporterna från rättighetshavaren och kategori fem; kostnader och förpliktelser som kan uppstå

²⁰³ [2018] UKSC 28, *Cartier International AG and others mot British Telecommunications Plc and another*, p. 4.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 1.

på grund av funktionsfel i blockeringen, som inte beror på internetleverantören.²⁰⁵ Internetleverantörerna motsatte sig endast kostnaderna i kategori tre till fem eftersom resterande kostnader skulle kunna uppstå oavsett om föreläggandet utfärdats eller inte. Frågan i målet var därmed huruvida Cartier skulle ersätta BT för marginalkostnader för föreläggandets första genomförande, uppdateringskostnader med anledning av rapporterna från rättighetshavaren samt kostnader och förpliktelser som kan uppstå på grund av funktionsfel i blockeringen, som inte beror på internetleverantören.²⁰⁶

Den rättsliga bedömningen

The Supreme Court redogjorde inledningsvis för, och kritiserade samtidigt, den gällande brittiska praxis som sedan år 2012 inneburit att rättegångskostnader placerats på rättighetshavaren medan implementeringskostnader placerats på internetleverantören. Placeringen av implementeringskostnader på internetleverantören hade rättfärdigats på två grunder: För det första driver internetleverantörer kommersiella företag i vinstsyfte genom att tillhandahålla tjänster som i vissa fall används av tredje man i intrångsgörande syfte, varför implementeringskostnaderna ansetts ingå i internetleverantörens verksamhetskostnader. För det andra ansågs det framgå implicit av beaktandesats 59 i infosoc-direktivet och beaktandesats 23 i ipred-direktivet att implementeringskostnader ska bäras av mellanhänderna, med hänvisning till *L'Oreal* och *UPC Telekabel*.²⁰⁷

The Supreme Court motsatte sig den tolkning av beaktandesats 59 i infosoc-direktivet och beaktandesats 23 i ipred-direktivet som the Court Appeal gjort och anförde att beaktandesatserna inte på något sätt indikerar vilka villkor som är lämpliga eller ej. Utformningen av villkoren hänvisas istället till nationell rätt. Så vitt gäller direktiven anförde the Supreme Court att några slutsatser kring genomförandekostnader inte kan dras från dessa, eftersom direktiven inte föreskriver något om genomförandekostnader. Vad som förklaras i beaktandesatserna är snarare motiveringen bakom ansvarsfrihetsreglerna. Bakgrunden till den motiveringen är att det är skillnaderna i de nationella lagarna gällande skuldfrågan, tillsammans med den omständigheten att mellanhänder har liten eller ingen kontroll över innehållet på internet, som riskerar att snedvrider den inre marknadens funktion. Den motiveringen har inget

²⁰⁵ *Cartier*, p. 5.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 6, 29.

att göra med fördelningen av kostnaderna när ett föreläggande meddelas. I domstolens mening finns det alltså, till skillnad från tolkningen i the Court of Appeal, inget i beaktandesatserna som pekar på hur kostnaderna av ett föreläggande ska fördelas. Enligt the Supreme Courts tolkning av *L'Oreal* och *UPC Telekabel* konstaterade domstolen att effekten av dessa två avgöranden inte är att implementeringskostnaderna måste bäras av mellanhanden. Effekten är snarare att kostnaderna, för de fall de placeras på mellanhänderna, inte får vara överdrivna.²⁰⁸

Vidare konstaterade högsta domstolen att av de tre direktiven är det endast ipred-direktivet som berör kostnadsfrågan vid verkställighet av rättsmedel. Enligt artikel 10(1) och 15 i ipred-direktivet ska åtgärder bekostas av intrångsgöraren. Trots att beaktandesats 59 i infosoc-direktivet betraktar mellanhänder som den part som har de största möjligheterna att sätta stopp för intrång nämns inget i direktiven om hur kostnaden ska fördelas mellan rättighetshavare och mellanhand. The Supreme Court's slutsats blev av den anledningen att kostnadsallokeringen som utgångspunkt är en fråga för den nationella rätten.²⁰⁹

Principen under brittisk lag är att en oskyldig mellanhand har rätt att bli ersatt av rättighetshavaren för efterlevnadskostnader av ett föreläggande. Enligt the Supreme Court beror kostnadsfördelningen i common law-länder i allmänhet på den riskfördelning som domstolen bedömer föreligga, till skillnad från civil-law systemets grundprincip där förlorande part får bära kostnaderna. Eftersom utgångspunkten i brittisk lag är att mellanhänder är oskyldiga skulle de inte ens i frånvaro av ansvarsfrihetsreglerna i e-handelsdirektivet anses skyldiga till varumärkesintrång. Mellanhänder som erbjuder *mere conduit*-tjänster ansågs enligt domstolen inte ha någon möjlighet att veta om nätverket används av tredje man för att distribuera illegalt innehåll. Domstolen fann inte heller någon rättslig grund för att mellanhänder ska åläggas att åtgärda en orättvisa, åtminstone inte i de fall då mellanhänder genom föreläggande åläggs att vidta åtgärder, när de inte anses ha juridiskt ansvar i frågan. Domstolen ansåg att det ligger i rättighetshavarens intresse att skydda sina rättigheter. Därav fanns det inte någon anledning till att någon annan än intrångsgöraren ska bidra med kostnader kopplat till intrånget.²¹⁰ The Supreme Court påtalade också att det i bedömningen av kostnadsfördelningen ibland argumenteras för att internetleverantörer drar ekonomisk fördel av innehållet på internet,

²⁰⁸ *Cartier*, p. 29-30.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 27, 29-31.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 31-35.

inklusive intrångsgörande material, varför det skulle anses rättvist att de också bidrar till kostnaderna. Mot detta anförde domstolen att när en rättighetshavare ansöker om ett blockeringsföreläggande, är det rättighetshavaren som till fullo drar fördel av att föreläggandet efterlevs. Skyddet av immateriella rättigheter är enligt domstolen en naturlig kostnad i rättighetshavarens verksamhet, men inte i internetleverantörens verksamhet eftersom denne över huvud taget inte har något att göra med rättigheten i fråga. Domstolen såg därför ingen anledning till varför Cartier skulle berättigas bidra till kostnaderna för att försvara sina rättigheter från någon annan än intrångsgöraren. Slutsatsen blev därmed att Cartier skulle ersätta BT för deras efterlevandekostnader.²¹¹

Föreläggandets utformning

Eftersom endast kostnadsfrågan överklagades till the Supreme Court ålades BT fortsatt att blockera tillgång till ett antal s.k. *target websites*, dess domännamn och subdomännamn, samt andra IP-adresser eller URL:er vars syfte var att tillåta åtkomst till en målwebbsida. I och med avgörandet fick förelägganden däremot justeras gällande kostnadsfördelningen.²¹²

Kostnadsallokeringen

Avgörande för domstolens slutsatser var att BT är juridiskt oskyldiga eftersom de är *mere conduits*. Möjligen kan andra beaktanden göras i förhållande till mellanhänder som erbjuder *caching* eller *hosting* eftersom sådana tjänster innebär en högre grad av deltagande.²¹³ Cartier ålades att ersätta mellanhänderna för marginalkostnader för föreläggandets första genomförande, uppdateringskostnader med anledning av rapporterna från rättighetshavaren samt kostnader och förpliktelser som kan uppstå på grund av funktionsfel i blockeringen, som inte beror på internetleverantören. Cartier ålades också att ersätta BT för skäligen rättegångskostnader.²¹⁴

²¹¹ *Cartier*, p. 35.

²¹² *Ibid.*, p. 4, 39.

²¹³ *Ibid.*, p. 37.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 39 med hänvisning till p. 5, se not 198 ovan.

5. Analys

5.1 Skillnader och likheter i medlemsstaterna implementering och tillämpning

I de nationella avgörandena som redogjorts för ovan är bedömningen åtminstone i vissa delar likartad. Samtliga domstolar gjorde en proportionalitetsbedömning där rättighetshavarnas äganderätt vägdes mot mellanhändernas näringsfrihet och internetanvändarnas informationsfrihet. Vad som i viss mån skiljer sig åt är snarare hur dessa rättigheter viktas mot varandra, vilket visat sig få effekt på fördelningen av kostnaderna av ett föreläggande.

I de båda svenska målen ansåg domstolen att mellanhändernas näringsfriheten inte begränsades på grund av att implementeringskostnaderna fick anses ingå i deras verksamhet, vars kärna inte ansågs påverkas av föreläggandet. I *B2 Bredband* resulterade det faktum att en stor del av rättighetshavarnas skyddade alster hade tillgängliggjorts olovligen, tillsammans med att nästintill allt annat innehåll på de blockerade sidorna som inte tillhörde rättighetshavarna också hade tillgängliggjorts olovligen, i att äganderätten ansågs väga tyngre än informationsfriheten. I *Société Francais* blev den franska domstolen proportionalitetsbedömning mer eller mindre densamma som i *B2 Bredband*. Det som däremot skiljde den franska och den svenska bedömningen åt låg istället i skälen bakom balanseringen, där det i *Société Francais* konstaterades att oskyldiga mellanhänder som utgångspunkt inte ska bära kostnader av ett blockeringsföreläggande. Men, beaktat att rättighetshavarnas ekonomi redan var kraftigt försvagad samt att implementeringskostnaderna inte ansågs påverka mellanhändernas verksamhet nämnvärt, placerades kostnaderna ändå på mellanhänderna. Slutsatsen blev alltså densamma i båda fallen.

I det italienska fallet viktades istället effektivitetsprincipen mot proportionalitetsprincipen. Den italienska domstolen ställde högre krav på att mellanhanden skulle vidta alla rimliga åtgärder för att förhindra intrångsgörande handlingar och visar prov på samma flexibilitet som den brittiska. Den italienska domstolen ansåg att föreläggandet ska ha preventiv verkan och att ett specificerat föreläggande därför riskerar att bli verkningslöst, och därmed ineffektivt. Eftersom kostnaderna för de tekniska åtgärderna ansågs strikt nödvändiga för rättighetshavarnas tillvaratagande av sina rättigheter, samt att åtgärderna begärts av rättighetshavarna, fick rättighetshavarna också bära kostnaderna. Till skillnad från *Société Francais*, där åtgärderna inte ansågs vara varken onödigt komplexa, kostsamma eller varaktiga, rörde det sig i *Mondadori* om ett dynamiskt föreläggande som torde omfattat mer komplexa och kostsamma

åtgärder. Att domstolarna gjorde olika bedömningar gällande åtgärdernas proportionalitet och kostnadernas placering i dessa två fall är därför inte så märkligt.

Det ska också noteras att det italienska fallet rörde ett interimistiskt dynamiskt blockeringsföreläggande. Det faktum att domstolen gav mer tyngd åt effektiviteten torde kunna förklaras med att det förelåg upprepade och pågående intrång, liksom ett tekniskt kringgående av ett tidigare meddelat föreläggandet. Domstolen konstaterade också, med hänvisning till *UPC Telekabel*, att det krävs att internetleverantören vidtar alla lämpliga åtgärder för att förhindra intrångsgörande handlingar samt att åtgärderna måste hindra eller försvåra otillåten tillgång till skyddade alster. Frågan är om den italienska domstolen även beaktade slutsatsen i *UPC Telekabel* där EUD konstaterade att även sådana åtgärder som inte leder till att intrång upphör i sin helhet kan anses förenliga med kravet på ett rättvis avvägning av de tillämpliga grundläggande rättigheterna.²¹⁵ En tolkning av det uttalandet skulle kunna vara att åtgärderna i *Mondadori* var för långtgående eftersom intrånget inte måste förhindras fullt ut.

Den uppmärksamme kanske noterar att den svenska domstolen i *B2 Bredband* baserade bedömningen av åtgärdernas proportionalitet på just det uttalandet i *UPC Telekabel*. I detta fall gjordes hänvisningen till *UPC Telekabel* dock av en helt annan anledning, nämligen att det inte kunde garanteras att åtgärderna skulle förhindra intrång, eftersom webbadresserna och domännamnen till de intrångsgörande hemsidorna hela tiden förändrades.²¹⁶ Hade det krävts att åtgärderna förhindra intrånget i sin helhet hade föreläggandet i *B2 Bredband* inte kunnat meddelas. Det hade i så fall varit oproportionerligt. För att det ska kunna krävas att ett blockeringsföreläggande över huvud taget beivrar intrång i en rörlig, digital kontext förutsätts det med andra ord att dynamiska blockeringsförelägganden kan meddelas. Om det hade varit en möjlighet i *B2 Bredband* hade den svenska domstolen inte behövs argumentera för föreläggandets proportionalitet genom att det inte är en rättslig förutsättning att intrång helt beivras. Ett sådant förfarande verkar aningen bakvänt beaktat att åtgärderna enligt EUD måste vara tillräckligt effektiva för att säkerställa ett verkningsfullt skydd av äganderätten.²¹⁷ Både *Mondadori* och *B2 Bredband* är förenliga med EU-rätten. Frågan är vilket av avgörandena som får anses mest effektiva i kampen mot intrång i en digital kontext.

²¹⁵ *UPC Telekabel*, p. 63.

²¹⁶ *B2 Bredband*, s. 26.

²¹⁷ *UPC Telekabel*, p. 62.

5.2 Vad beror skillnaderna på?

Av de genomgångna rättsfallen är det tydligt att det förekommer skillnader såväl som likheter både i tolkningen och tillämpningen av EU-rätten. Anledningen bakom de skillnader som förekommer i medlemsstaternas tillämpning kan förklaras utifrån att staternas syn på samhället, politik och ekonomi skiljer sig åt. Det i sig kan förklaras utifrån flera teorier som kanske snarare är ett ämne för en annan uppsats. En faktor som spelar in är att det inom EU förekommer två olika rättssystem: common law, som härstammar från anglosaxiska traditioner, och civil law som härstammar från den romersk-germanska rätten.²¹⁸ Common law förekommer i länder som är engelskspråkiga, som har varit brittiska kolonier och som influerats av anglosaxisk tradition, medan civil law-systemet förekommer i näst intill resten världen undantaget Kina och många av de islamska nationerna.²¹⁹ Skillnaderna i rättssystemen ligger idag främst i rättskällornas ursprung. Inom civil law är kodifierade lagar och regler de främsta rättskällorna och praxis ses mer som en vägledande rättskälla, vilket ger domarna en mer begränsad roll än i t.ex. Storbritannien. Verksamma inom civil law-systemet förefaller ibland anse att deras system är mer stabilt och rättvist eftersom lagarna är kodifierade och därmed enklare att urskilja. Inom common law, där domarna ges en aktiv roll i rättsutvecklingen, visar sig istället en stolthet i systemets flexibilitet, vilket gör det mer anpassningsbart. Common law-systemet är inte beroende av parlamentet för att anta nya lagar vilket innebär att rätten blir anpassningsbar i en helt annan takt. Den flexibiliteten har onekligen visat sig vara en fördel i beivrande av intrång i takt med den tekniska utvecklingen. Slutsatsen av orsaken bakom skillnaderna i medlemsstaterna är att de snarare är ett resultat av samhällsanda och politisk natur, än av juridisk natur. Medlemsstaterna har helt enkelt vitt skilda traditioner.

5.3 Effekten av skillnader i implementering och tillämpning

5.3.1 En harmoniserings -eller implementeringsfråga?

Trots att det finns direktiv som avser att harmonisera nationella lagstiftningar förekommer det generellt sett skillnader i medlemsstaternas implementering och tillämpning eftersom EU-rätten ska tolkas av medlemsstaterna. Skillnaderna i föreläggandens utformning beror också på att det

²¹⁸ The Economist, *What is the difference between common and civil law?*, 2013.

²¹⁹ About-France.com, *The French Legal System, A short Guide to the law and legal system in France*. Exempel på common law-länder är Storbritannien, Österrike, Kanada, USA och Indien.

i både infosoc- och ipred-direktivet framgår att det är mellanhänder har störst möjligheter att få stopp på intrång från tredje man, samtidigt som medlemsstaterna ges mandat att i nationell lagstiftning utforma föreläggandet, liksom villkoren för att det ska kunna meddelas.²²⁰ Effekten av detta mandat är att själva regelverket i EU som sådant inbjuder till både diskrepanser i medlemsstaternas implementering och tillämpning, men även till *forum shopping*.²²¹ Resultatet blir en uppsjö av nationella lösningar. Förekomsten av skillnader i medlemsstaternas implementering och tillämpning av direktiven är inte helt oproblematiske. Det riskerar att underminera upprätthållandet av ett effektivt rättighetskydd på internet samt att fragmentera den inre marknaden och försvaga den materiella immaterialrätten. Riskerna med det är i sin tur att förtroendet för den inre marknaden skadas, med konsekvensen att incitamenten för att investera i innovation och skapande reduceras.²²²

I takt med den ökade handeln på internet ökar också behovet av sanktioner som säkerställer rättighetshavarnas intresse av att skydda sina rättigheter på ett effektivt sätt. Samtidigt behöver sanktionerna vara rättssäkra och förutsebara för att de mellanhänder som agerar på internet ska kunna förhålla sig till vad de får och inte får göra. Så länge det förekommer nationella avvikelser i tillämpningen av sanktioner mellan medlemsstaterna är det svårt för rättighetshavare att förutspå hur rättigheterna kan tas tillvara i respektive medlemsstat. Rättssäkerheten är alltså oklar för immateriella rättigheter, som konsumeras över nationsgränser. Trots EUD:s aktiva roll i immaterialrättsliga frågor väcker det faktum att tolkningen på nationell nivå leder till avvikande resultat frågan om det inte snarare än att förändra nuvarande regelverk föreligger ett behov av ytterligare harmonisering.²²³ Risken är att vägledande dokument som exv. the Guidance inte är tillräckliga för att medlemsstaterna ska förändra och förbättra implementeringen. Mer troligt är att det behövs ytterligare harmonisering. Det torde inte vara en omöjlighet att harmonisera synen på mellanhanders ansvar eller skuld, just eftersom mellanhänder inte vidtar några aktiva åtgärder. De är istället

²²⁰ Beaktandesats 59, infosoc-direktivet; Beaktandesats 23, ipred-direktivet.

²²¹ Malovic, Nedim, *Presumed Innocent: Should the Law on Online Copyright Enforcement and ISP Liability Change?*, 2017, s. 128 f. angående effekten av medlemsstaternas mandat att forma den nationella lagstiftningen; Se not 11 ovan, angående begreppet *forum shopping*.

²²² *Presumed Innocent*, s. 98 ff., 129 angående syftet med harmonisering, riskerna med att harmonisering inte undanröjer skillnader i medlemsstaternas implementering och tillämpning, samt innebörden av fragmentering av den inre marknaden.

²²³ *Presumed Innocent*, s. 128

passiva i förhållande till intrånget. Det enda de kan hållas ansvariga för är de fall där de inte vidtar aktiva kontrollåtgärder, eftersom de erbjuder tjänster som möjliggör intrång.

5.3.2 Effekten i de nationella målen

Effekten av skillnaderna i de nationella målen blir tydliga i jämförelsen mellan kostnadsfördelningen i medlemsstaterna, både vad gäller rättegångskostnader och implementeringskostnader. Den brittiska domstolens flexibilitet står i kontrast mot den franska domstolens fördelning av kostnader, vilket också belystes i *Cartier*-avgörandet. Enligt the Supreme court beror kostnadernas fördelning vid en tvist i common law-systemet i allmänhet på den riskfördelning som enligt domstolen bedöms föreligga.²²⁴ I detta hänseende skiljer sig common law-systemet från civil law-systemet där grundprincipen är att förlorande part får bära rättegångskostnaderna.²²⁵ Den franska domstolen lät i *Societe Francais* mellanhänderna bära kostnaderna, med argumentet att e-handelsdirektivet inte hindrar att kostnader för nödvändiga åtgärder åläggs mellanhänder, samt att det saknas bestämmelser i fransk lag som berättigar mellanhänderna deras kostnader.²²⁶

I *Cartier* för domstolen ett klassiskt marknadstillvänt resonemang; det är rättighetshavarna som ska tjäna pengar på sina rättigheter och åtminstone vissa kostnader ingår i deras verksamhet. Antingen får rättighetshavarna sköta sin egen rättighetsbevakning, eller betala mellanhänderna för en sådan tjänst. Den franska domen lägger istället kostnaderna där resurserna anses finnas, hos internetleverantörerna. Rent praktiskt är det internetleverantörerna som har störst möjlighet att sköta rättighetsbevakningen och därför får de också bekosta den. Till grund för den franska domstolens resonemang ligger troligen en värdegapstanke. Det argumenteras ibland för att det uppstår ett värdegap när internetleverantörer får stora intäkter genom abonnenternas avgifter och annonsintäkter, medan rättighetshavarna tjänar betydligt mindre och dessutom inte får information om i vilken mån deras rättigheter sprids och brukas.²²⁷ I de fall ett sådant värdegap uppstår finns det argumentationsrum för att internetleverantörerna ska bära kostnaderna. Den bedömningen bör dock ske från fall till fall och baseras på skälighet. Mot det argumentet står the Supreme Courts argumentation i *Cartier* där skyddet av immateriella rättigheter ansågs vara en naturlig kostnad i rättighetshavarens verksamhet, men inte i internetleverantörens

²²⁴ *Cartier*, p. 32.

²²⁵ Ibid;

²²⁶ *Société Française; Cartier*, p. 32.

²²⁷ Öster, Ulrica, *Copyrightreform ska modernisera immaterialrätten*, 2018, citat Advokat Karin Cederlund, st. 5.

verksamhet eftersom denne över huvud taget inte har något att göra med rättigheten i fråga. Det finns därför ingen anledning till varför rättighetshavaren ska berättigas bidrag till kostnaderna för att försvara sina rättigheter från någon annan än intrångsgöraren.²²⁸

5.3.3 Implementeringskostnader

Det är givet att det finns kulturella skillnader som påverkar synen på internetleverantörers deltagande i själva intrånget, vilket ansvar de anses ha och vilken inverkan det får på fördelningen av rättegångskostnaderna. Vid en närmare analys av fördelningen av implementeringskostnaderna är frågan om det egentligen föreligger någon större skillnad mellan den brittiska och den franska domstolen. I det franska fallet placerades implementeringskostnaderna på internetleverantörerna eftersom åtgärderna inte ansågs vara oproportionerligt komplexa, kostsamma eller varaktiga. Däremot konstaterade domstolen inledningsvis att rätten för vinnande part att få ersättning som utgångspunkt inte ska belasta den förlorande parten om denne är skuldfri. Här bör noteras att i det franska fallet rörde det sig om ett traditionellt blockeringsföreläggande utan dynamiska moment, medan det i *Cartier* rörde sig om ett dynamiskt blockeringsföreläggande respektive ett live blocking-föreläggande.²²⁹ Föreläggandet i det franska fallet torde med andra ord inte varit alls lika komplicerat eller kostsamt som i *Cartier*-fallet. Motiveringen i den franska domstolen förefaller helt rimlig: eftersom rättighetshavarnas ekonomi redan var kraftigt försvagad och skulle fortsätta försvagas än mer om kostnaden för att beivra intrången ålades dem, medan internetleverantörerna inte hade visat att kostnaderna skulle påverka dem, fick internetleverantörerna stå för implementeringskostnaderna.

Den brittiska domstolen har i och med *Cartier*-domen fått kritik eftersom domstolen valde att placera kostnaderna på rättighetshavarna, som var den vinnande parten.²³⁰ Vid en första anblick kan domen tyckas okonventionell utifrån de civil law-resonemang vi är vana vid. Men beaktat den omständighet att föreläggandet i *Cartier*, i motsats till franska fallet, utgjordes av ett dynamiskt blockeringsföreläggande, tillsammans med den omständighet att den brittiska domstolen delade upp kostnaderna i kategorier som ansågs direkt hänförliga till rättighetshavarens respektive internetleverantörens verksamhet, är frågan om avgörandet

²²⁸ Se s. 59 och not 203 ovan.

²²⁹ Se *FAPL v BT*, s. 54 ovan.

²³⁰ Smith & Burke, *UKSC judgement in Cartier – who pays for website blocking orders?*, 2018.

verkligen är så främmande. Eftersom det i *Cartier* rörde sig om ett dynamiskt blockeringsföreläggande hade det troligtvis varit oproportionerligt att ålägga internetleverantörerna att bekosta så pass komplexa åtgärder. Vid en närmare anblick verkar resonemangen i både den franska och den brittiska domstolen bygga på samma grunder: proportionalitet och skälighet utifrån föreläggandets komplexitet och kostnad samt vilken part som bör bära kostnaderna utifrån ett rimlighetsresonemang. Den brittiska domstolen kanske inte är så okonventionell som väljer att placera en del av implementeringskostnaderna på rättighetshavaren när ett effektivt beivrande av intrång förutsätter ett mer komplext föreläggande. Kan det vara en ovana vid dynamiska blockeringsförelägganden och oerfarenheten av att hantera kostnaderna därav, som får *Cartier* att sticka ut bland civil law-länderna? Kanske är snarare den italienska domstolen mer progressiv när det i *Mondadori* konstaterades att kostnader kopplat till åtgärder som relateras till tekniska utgifter, som är strikt nödvändiga för rättighetsbevaringen och som begärs av rättighetshavarna, till fullo får bäras av rättighetshavarna själva.

5.3.4 Rättegångskostnader och synen på internetleverantörers ansvar

Hur medlemsstaterna ser på parterna förefaller få större effekt vid fördelningen av rättegångskostnader. När internetleverantörer anses vara medskyldiga till intrång blir den också förlorande part i tvisten. Effekten av det blir att internetleverantörerna får bära rättegångskostnaderna i de stater där grundprincipen är att förlorande part betalar. Ser man istället internetleverantören som en part som förvisso ska bära ansvar, men som är rent rättsligt oskyldig part blir det svårt att tillämpa den principen även i dessa länder. I Storbritannien fördelas istället kostnaderna utifrån rimlighetsskäl. Vore det främmande att implementera en sådan bedömning i övriga EU?

I fördelningen av rättegångskostnader återkommer skillnaden mellan den svenska synen på internetleverantörer som medgärningsmän kontra den brittiska synen på internetleverantörer som en oskyldig part. I Storbritannien hålls internetleverantörer inte ansvariga för intrång genom medverkan, utan möjligheten att ansöka om förelägganden mot mellanhänder är särreglerad.²³¹ Som berördes i avsnitt 3.4.1 ovan har den svenska synen på internetleverantörer fått kritik i och med att kravet på medverkan riskerar att försvåra processen när utfärdandet av ett civilrättsligt föreläggande tvingas ta vägen via straffrätten för att visa att det föreligger

²³¹ Se not 187 ovan.

medverkan till intrång. Men, efter domen i *B2 Bredband* är kravet på mellanhänders medverkan lägre ställt än det straffrättsliga begreppet *medverkan* som låg till grund för förarbetsuttalandena vid implementeringen av artikel 8(3) i infosoc-direktivet.²³² Det krävs numera endast ett tillhandahållande av internettillgång för att en internetleverantör ska anses medverka till intrång.²³³ Givet det nu ännu lägre ställda medverkanskravet i svensk rätt är frågan om skillnaden i synen på mellanhänder och förutsättningen om medverkan verkligen innebär ett problem i praktiken, eller om det snarare utgör en rent teoretisk skillnad. I och med att PMÖD ändrat kravet på medverkan öppnar det också upp för en mer flexibel bedömning gällande fördelning av kostnader kopplar till åtgärderna. Däremot utgör kravet på medverkan fortfarande en väsentlig skillnad vid fördelningen av rättegångskostnader. Som förlorande part åläggs mellanhänderna att betala rättegångskostnaderna, utan någon som helst rimlighetsbedömning. Av det material som ligger till grund för denna uppsats ses mellanhänder nästan uteslutande som oskyldiga till intrånget som sådant, förutom i de svenska avgörandena. Kanske kan det tala för att en förändring av synen på mellanhänder i Sverige är påkallad.

5.4 Dynamiska blockeringsförelägganden - utmaningarna

Det har redan konstaterats att dynamiska blockeringsförelägganden behövs för att uppfylla EU-rättens krav på föreläggandenas effektivitet och avskräckande effekt. I denna utredning av dynamiska blockeringsförelägganden uppkommer också en del utmaningar. I dagsläget kan dynamiska blockeringsförelägganden inte utfärdas i Sverige med anledning av kravet på ett precist och klart avgränsat förbudsyrcande, vilket också bekräftades av PMD i *Telia*. I *Mondadori* blev slutsatsen den motsatta. I Storbritannien föreligger knappt några betänkligheter alls gällande att utfärda mer komplexa förelägganden, både dynamiska blockeringsförelägganden som i *Cartier* och live-blocking-förelägganden som i *FAPL*, dels eftersom förelägganden mot mellanhänder är särreglerat, dels eftersom common law-systemet erbjuder mer flexibilitet än vad civil law-systemet gör. Det innebär att sanktionernas effektivitet varierar inom EU, trots att sanktionssystemen till skydd för immateriella rättigheter ska vara harmoniserade genom infosoc-direktivet och ipred-direktivet. Det föreligger ett behov av förändring, men också ett behov av en större tillnärmning av sanktionssystemen nationellt. Behovet av föreläggandenas ökade effektivitet mot intrång på internet föranleder ett behov av dynamiska blockeringsförelägganden. Som redan konstaterats föreligger det inga hinder mot

²³² Se avsnitt 2.2.2 ovan, angående implementeringen av artikel 8(3), infosoc-direktivet i svensk rätt.

²³³ Se s. 39 ovan, angående den direktivkonforma tillämpningen av 53 b § URL.

dynamiska blockeringsförelägganden i EU-rätten, tvärt om. Det finns alla möjligheter för medlemsstaterna att implementera sanktioner som uppfyller direktivens krav på effektiva rättsmedel i beivrandet av intrång online, så som dynamiska blockeringsförelägganden.

5.4.1 Behovet av förändring i den svenska lagstiftningen

Till att börja med är det i dagsläget inte möjligt att framställa ett förbudsyrkande på ett sådant sätt att föreläggandet blir dynamiskt, dvs. att det kan omfatta även kommande typer av intrång. Så länge kravet upprätthålls kommer de blockeringsförelägganden som meddelas utifrån yrkande om blockering av specifika domännamn och webbadresser, bli mer och mer ineffektiva tack vare möjligheterna att med tekniska medel kringgå ett sådant föreläggande. Risken med att tillåta mer ospecificerade yrkanden är möjligen att ansökningarna om dynamiska blockeringsförelägganden från rättighetshavare riskerar att bli mer slentrianmässig när kraven på förbudsyrkandet luckras upp. Samtidigt är frågan om rättighetshavare verkligen kan tänkas ha ett intresse av att agera slentrianmässigt när det kommer till skyddet av immateriella rättigheter. Oavsett om en sådan risk föreligger kan det knappast i sig utgöra tillräckliga skäl för att förbudsyrkandet inte ska vidgas, med effekten av att ett bibehållet krav på ett precist yrkande blir att sanktionen som sådan blir ineffektiv. Det kommer för rättighetshavarnas del innebära att de i tid efter annan får väcka ny talan mot internetleverantörer i takt med att föreläggandena blir verkningslösa. För internetleverantörernas del innebär ett sådant förfarande att de blir part i fler och fler processer i jakten på att beivra intrång. Kostnaden av ett sådant ineffektivt förfarande kommer drabba rättighetshavarnas äganderätt och internetleverantörernas näringsfrihet i takt med att förfarandekostnaderna drabbar båda parternas verksamheter. En sådan ordning kan knappast anses proportionerlig. Vad gäller användarnas informationsfrihet måste den självfallet beaktas, men i förhållande till kampen mot intrångsgörande innehåll på internet bör den inte ges allt för stort utrymme. Ett citat från *FAPL*-avgörandet är i detta sammanhang värt att uppmärksamma: *"När det gäller internetanvändarnas frihet att vidarebefordra eller motta information, innebär detta inte en rätt att delta i upphovsrättsintrång"*.²³⁴

Vad gäller synen på internetleverantörer, eller mellanhänder i stort, som medverkande till intrång behöver någonting förändras, men vad? Att ändra eller plocka bort medverkan från det immaterialrättsliga sanktionssystemet skulle påverka möjligheten att meddela vitesförbud mot

²³⁴ *FAPL v BT*, p 47 [min översättning].

dem som faktiskt medverkar till intrång. Den effekten är allt annat än önskvärd. Däremot skulle en harmonisering från EU om hur mellanhänders roll ska uppfattas och hanteras kunna få effekt även i Sverige. Kanske behöver möjligheten att ansöka om förelägganden mot mellanhänder särregleras även i svensk rätt. Ett annat alternativ är att ett sådant mål tas upp i HD, där det kan förtydligas hur internetleverantörers ansvar ska hanteras i dessa fall. Oavsett hur förtydligandet kommer till, så är ett förtydligande önskvärt.

5.4.2 Proaktiva åtgärder och rättssäkerhet

Dynamiska blockeringsförelägganden förutsätter också proaktiva åtgärder i och med att även framtida intrång ska förhindras. Vad gäller övervakningsförbudet har det redan konstaterats att övervakning i specifika fall, i syfte att beivra intrång, undantas från förbudet i e-handelsdirektivet, men var gränsen går mellan allmän och specifik övervakning klargörs inte i direktiven utan får bedömas från fall till fall.²³⁵

De proaktiva åtgärderna kan bland annat gå ut på att internetleverantören uppdaterar blockeringen utefter rapporter från rättighetshavare innehållande domännamn och/eller webbadresser med intrångsgörande innehåll. Fördelen med en sådan lösning är att övervakningen istället läggs på rättighetshavaren, som inte omfattas av övervakningsförbudet i e-handelsdirektivet, som sedan rapporterar intrångsgörande domännamn eller webbadresser till internetleverantören. Nackdelen är att det uppstår en rättssäkerhetsproblematik när blockering, som ligger till grund för offentlighetsvite, ska ske utifrån rapporter från en privat part istället för att blockeringen grundas på domstolens bedömning av vilket innehåll som är intrångsgörande eller inte. Här är dock frågan om inte allmänintresset av att det inte ska förekomma illegalt innehåll på internet väger tyngre än internetleverantörernas rättssäkerhet. Lika väl som att internetanvändarnas informationsfrihet inte kan innebära en rätt att få tillgång till intrångsgörande material, bör kanske inte heller internetleverantörernas rättssäkerhet innebära att verksamheten utgör källa till intrångsgörande material. Faktum är att dynamiska blockeringsförelägganden behövs för att upprätthålla föreläggandenas effektivitet när intrång begås på internet.

5.4.3 Förelägganden mot en eller flera internetleverantörer?

²³⁵ Se s. 25 ovan.

Risken finns att ett blockeringsföreläggande, vare sig det rör sig om ett traditionellt blockeringsföreläggande eller ett dynamiskt, som riktar sig mot en enda internetleverantör får konkurrensbegränsande effekt. I *UPC Telekabel* konstaterade dock EUD att internetleverantörers näringsfrihet inte ska anses begränsad om två villkor uppfylls av föreläggandet. För det första ska internetleverantören själv få välja vilka åtgärder som ska vidtas. För det andra ska internetleverantören kunna undgå vite genom att visa att alla rimliga åtgärder för att beivra intrånget har vidtagits. Av effektivitetsskäl vore det ändå önskvärt om samtliga internetleverantörer omfattades av ett föreläggande, även om det rent praktiskt vore svårt att genomföra. Effekten skulle dock vara mycket god eftersom det motsatta, att endast en internetleverantör berörs av föreläggandet, innebär att det återstår otaliga möjligheter för internetanvändare att få tillgång till intrångsgörande innehåll på internet. I dagsläget räcker med att byta internetleverantör. En möjlig lösning är att låta internetleverantörer som inte är föremål för blockeringsföreläggandet, frivilligt åta sig att följa föreläggandet. Värt att notera är att marknadsdominerande internetleverantörer i vissa medlemsstater, exempelvis Danmark och Portugal, har gått med på att implementera blockeringsförelägganden, trots att föreläggandet rent formellt bara riktar sig mot en leverantör.²³⁶ Om sådana frivilliga åtaganden kan bli verklighet bland marknadsdominerande internetleverantörer i hela EU blir effekten av blockeringsföreläggandena, och därmed beivrandet av illegalt innehåll på internet, troligen avsevärt förbättrad.

En lösning med frivilliga åtaganden väcker också en samarbetstanke mellan internetleverantörer och rättighetshavare. Det förutsätter dock att synen på internetleverantörer kan harmoniseras inom EU, så att de inte ses som medverkande till intrång, utan som den part i distributionskedjan av varor och tjänster på internet som är bäst lämpade och har störst möjligheter att få stopp på pågående och förhindra fortsatta och framtida intrång. Under den förutsättningen kan det kanske bli möjligt att inom hela EU, även i Sverige, finna lösningar utanför domstolsväsendet. I de allra flesta medlemsstaterna är det endast domstolarna som har befogenhet att meddela blockeringsförelägganden. I några få stater förekommer det, utöver domstolarna, även andra myndigheter eller administrationer som har befogenhet att meddela blockeringsförelägganden. I Italien får blockeringsförelägganden meddelas av den italienska

²³⁶ Study on Legislative Measures, s. 43.

konkurrensmyndigheten AGCM,²³⁷ och i Slovakien, av den slovakiska registraren SK-NIC som hanterar den slovakiska toppdomänen .sk.²³⁸

Att det bara finns två alternativ för att försöka få till ett samarbete, antingen att processa i domstol eller att låta den ena parten bedöma lagligheten i innehållet på internet, verkar inte rimligt. Det måste gå att finna ett mellanläge, ett alternativ som underlättar samarbetet mellan rättighetshavare och internetleverantörer för att effektivt kunna förhindra immaterialrättsliga intrång, inte bara för stunden utan även på lång sikt.. Ett sådant alternativ verkar faktiskt vara att parterna möts i annat institut, en annan myndighet eller administration, som i Italien och Slovakien. Det finns flera fördelar med att låta rättighetshavare och internetleverantörer mötas under andra premisser än som motstående parter i en domstol. Att få till en lösning som i Italien och Slovakien skulle kunna innebära lösningen på rättssäkerhetsproblematiken med de rapporter som ska ligga till grund för rättighetshavarnas meddelande om intrångsgörande sidor, då den bedömningen kan kontrolleras av en utomstående, oberoende och behörig aktör. Dessutom faller frågan om vem som ska betala rättegångskostnaderna bort av en sådan lösning. Dock förutsätter en sådan lösning att synen på internetleverantörer harmoniseras inom EU. Så länge de ses som medverkande och därmed skyldiga till intrång är internetleverantörernas vilja att mötas och samarbeta troligtvis tämligen begränsade.

En annan möjlig lösning är att låta var part bära sina rättegångskostnader medan implementeringskostnaderna delas upp utifrån en skälighetsbedömning. Även denna lösning förutsätter dock att internetleverantörer inte ses som medverkande till intrång och därmed förlorande part. Resultatet skulle bli att rättighetshavarna får bekosta skyddet för sina rättigheter, medan internetleverantörerna slipper belastas för själva intrånget och därmed försvara sin heder. Istället kan de fokusera på att utifrån respektive verksamhets resurser, med möjligheten att slippa vite genom att vidta rimliga åtgärder, så effektivt som möjligt blockera illegalt material. Blockering av illegalt material ligger rimligtvis inte enbart i rättighetshavarens intresse, utan samhällets intresse i stort.

²³⁷ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

²³⁸ Study on Legislative Measures, s. 43.

6. Slutsats och avslutande kommentar

Dynamiska blockeringsförelägganden behövs för att förbuds-föreläggandet över huvud taget ska fungera effektivt i framtiden. Det föreligger inga hinder i EU-rätten mot att implementera dynamiska blockeringsförelägganden. Tvärt om finns det förutsättningar för att möjliggöra tillgång till dynamiska blockeringsförelägganden inom hela EU. Den svenska lagstiftningen kan förändras genom att kravet på förbudsyrkandet luckras upp samt att mellanhänders ansvar antingen särregleras eller åtminstone förändras, så att medverkan inte är en förutsättning för att förelägganden över huvud taget ska kunna meddelas. Alternativet, att blockeringsföreläggandena blir mer och mer ineffektiva, kan inte rimligen vara ett realistiskt alternativt.

Oavsett om synen på internetleverantörer som medverkande till intrång i praktiken endast utgör en teoretiskt eller rentav filosofisk skillnad, finns det ändå anledning att beakta den skillnaden. I denna del ska Szkalejs åsikt framhållas ännu en gång.²³⁹ Det finns en diskrepans i att rättighetshavare å ena sidan förlitar sig på internetleverantörers tjänster i det lovliga tillgängliggörandet av alster, när rättighetshavare å andra sidan ställer internetleverantörer inför rätta just för att de erbjuder dessa tjänster. Hur ansvarsfrågan bedöms avgör också fördelningen av rättegångskostnaderna utifrån om internetleverantören ses som förlorande part eller inte. Här bör istället en skälighetsbedömning kunna göras. För att undslippa skillnader i hur rättegångskostnaderna fördelas i medlemsstaterna vore det önskvärt med ett klagande från EUD kring vilken roll i intrånget internetleverantörer ska anses ha.

Så vitt gäller frågan om implementeringskostnader är det nog ofrånkomligt att dynamiska blockeringsförelägganden blir mer komplexa, varpå kostnaderna för att uppfylla syftet med föreläggandet också ökar. Dynamiska blockeringsförelägganden innebär mer långtgående åtgärder och större krav på internetleverantörerna. För att föreläggandena ska kunna anses proportionerliga bör även dessa kostnader fördelas utifrån en skälighetsbedömning. Istället för att placera hela kostnaden på den ena eller andra parten kan en ordning med inspiration från *Cartier* kanske passa väl in i en sådan skälighetsbedömning, där kostnaderna delas upp

²³⁹ Se avsnitt 3.4.1 ovan.

beroende på föreläggandets omfattning, åtgärdernas komplexitet och vilken verksamhet som rimligen bör bära respektive kostnader.²⁴⁰

Förekomsten av skillnader i de nationella domstolarnas tillämpning av direktiven beror på skillnader i synen på politik, ekonomi och vilket rättssystem som råder i landet. Att skillnader alls kan uppstå i utformningen av blockeringsförelägganden när målet med EU-rätten är att lagstiftningen inom EU ska vara harmoniserad, beror på att medlemsstaterna ges mandat att själva bestämma villkoren för sådana förelägganden i nationell lag. Det gör också att det uppstår skillnader i proportionalitetsbedömningarna och avvägningen av de grundläggande fri- och rättigheter som aktualiseras i mål om blockeringsförelägganden, åtminstone i de fall som redogjorts för i denna uppsats. Det kan ifrågasättas om den ordningen verkligen är kompatibel med målet om en harmoniserad lag inom EU. För att få en rättvisande och korrekt bild av de skillnader som förekommer i medlemsstaterna behöver dock fler avgöranden, från fler medlemsstater än vad som redogjorts för i denna uppsats, analyseras.

Den lösning som förefaller mest rimlig är en kombination av de alternativa lösningar nu har presenterats. Det bör införas en möjlighet för rättighetshavare och mellanhänder att mötas utanför domstol, till exempel genom likande lösningar som i Italien och Slovakien där en annan myndighet eller administration har getts befogenhet att utfärda blockeringsförelägganden. Detta förutsätter dock att synen på internetleverantörer harmoniseras. Oavsett om parterna möts i eller utanför domstol skulle förfarandet gynnas av att blockeringsförelägganden åtföljs av ett frivilligt åtagande för samtliga mellanhänder på den aktuella marknaden, liksom i Danmark och Portugal. För det fall då saken inte kan lösas utanför domstol parterna ändå möts i domstol kan kostnadsfördelningen lösas på så vis att vardera part bär sina egna rättegångskostnader. Även denna förändring underlättas av att synen på mellanhänder som oskyldiga harmoniseras. Vad gäller implementeringskostnaderna förefaller det rimligt att dela upp dessa kostnader, förslagsvis med ledning från *Cartier*, för att sedan placera dem i respektive parts verksamhet, där de utifrån en skälighetsbedömning förefaller mest rimliga att placera.

²⁴⁰ Se not 198 ovan, angående uppdelningen i kategorierna anskaffnings- och uppgraderingskostnader av ny eller befintlig teknik, implementeringskostnader, administrativa kostnader, uppdateringskostnader med anledning av rapporter från rättighetshavare samt uppkomsten av kostnader och förpliktelser som inte beror på internetleverantören.

Om det går att få till dessa lösningar så löser sig flertalet av de utmaning som processen kring både traditionella och dynamiska blockeringsförelägganden ställs inför. Huruvida de lösningar som föreslagits ovan rent praktiskt kan implementeras eller ej, överlämnas med varm hand till de mer praktiskt bevandrade i vår yrkeskår. Oavsett hur den utmaningen hanteras kvarstår det faktum att det kommer behöva införas en möjlighet att erhålla dynamiska blockeringsförelägganden i svensk rätt. Dagens förfarande, där en oskyldig mellanhand får betala rättegångskostnader för ett intrång som de inte har begått, kan varken anses rättssäkert eller proportionerligt. Bristen på tillgång till dynamiska blockeringsförelägganden innebär att rättighetshavare får processa om och om igen, i takt med att föreläggandena blir verkningslösa, medan internetleverantörer blir indragna i process efter process. Kostnaden kommer i slutänden drabba både rättighetshavarnas och internetleverantörernas respektive verksamheter. Tillgången till dynamiska blockeringsförelägganden säkerställer både rättssäkerhet och proportionalitet, för samtliga parter, men framförallt ett effektivt beivrande av immaterialrättsintrång på internet, även i framtiden.

7. Källförteckning

Offentligt tryck

EU

Fördraget om Europeiska Unionen C 326/13 (konsoliderad version)

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt C 326/47

Europeiska Unionens Stadga om de Grundläggande Rättigheterna (2010/C 83/02) [cit. EU-stadgan]

Rådets första direktiv 89/194/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar

Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram
Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden [cit. e-handelsdirektivet]

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället [cit. infosoc-direktivet]

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter [cit. ipred-direktivet]

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2436 av den 16 december 2015 för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning

Sverige

Rättegångsbalk (1942:740)

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

Brottsbalk (1962:700)

Patentlag (1967:837)

Mönsterskyddslag (1970:485)

Varumärkeslag (2010:1877)

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

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

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

Storbritannien

The Copyright, Patents and Design Act 1988

Praxis

Europadomstolen

Domstolens dom av den 15 juli 1964, Flaminio Costa mot E.N.E.L, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 [cit. Costa v E.N.E.L]

Domstolens dom (stora avdelningen) den 29 januari 2008, Productores de Música de España (Promusicae) mot Telefónica de España SAU, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 [cit. Promusicae]

Domstolens dom (andra avdelningen) den 12 juli 2011, L'Oréal SA v eBay International AG, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 [cit. L'Oreal]

Domstolens dom (tredje avdelningen) den 24 november 2011, Scarlet Extended SA mot Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 [cit. Scarlet]

Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 16 februari 2012, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) mot Netlog NV, C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 [cit. SABAM v Netlog]

Förslag till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón föredraget den 26 november 2013, UPC Telekabel Wien GmbH mot Constantin Film Verleih GmbH och Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, C-314/12, ECLI:EU:C:2013:781

Domstolens dom (fjärde avdelningen) av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien GmbH mot Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 [cit. UPC Telekabel]

Domstolens dom (första avdelningen) av den 16 juli 2015, Diageo Brands BV mot Simiramida-04 EOOD, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471 [cit. Diageo Brands]

Domstolens dom (andra avdelningen) av den 7 juli 2016, Tommy Hilfiger Licensing LLC m.fl. mot DELTA CENTER a.s, C-494/15, ECLI:EU:C:2016:528 [cit. Hilfiger]

Förslag till avgörande av generaladvokat Maciej Szpunar föredraget den 16 mars 2016, Tobias Mc Fadden mot Sony Music Entertainment Germany GmbH, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:170

Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 15 september 2016, Tobias Mc Fadden mot Sony Music Entertainment Germany GmbH, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 [cit. McFadden]

Högsta Domstolen

NJA 1963 s. 547

NJA 1984 s. 922

NJA 1985 s. 726

NJA 1990 s. 338

NJA 1998 s. 179

NJA 2006 s. 557

NJA 2017 s. 9

Stockholms Tingsrätt

Mål T 15142-14, Universal Musik Aktiebolag m.fl v B2 Bredband, 2015

Högsta Förvaltningsdomstolen

RÅ 1990 ref. 39

HFD 2017 ref. 21

Patent- och Marknadsöverdomstolen

PMT 11706-15 Universal Musik Aktiebolag m.fl v B2 Bredband, 2017-02-13 [cit. B2 Bredband]

PMÖ 9945-18, Telia Sverige AB mot Aktiebolaget Svensk Filmindustri m.fl, 2019-02-01 [cit. Telia]

Patent- och Marknadsdomstolen

PMT 7262-18, Aktiebolaget Svensk Filmindustri m.fl. mot Telia Sverige AB, 2018-10-15

Cour de cassation

Cour de cassation, Société Française du Radiotéléphone v Union des Producteurs de Cinema, 1e Civ, 6 July 2017 [cit. Société Française]

Tribunale di Milano, Italien

Tribunale di Milano, Mondadori v Fastweb S.P.A, Telecom Italia S.P.A, Vodafone Italia S.P.A, Wind Tre S.P.A, 18 giugno 2018 [cit. Mondadori] tillgängligt via:
https://drive.google.com/drive/folders/1Orx5_B07TCpBe2lPs5_UJYbshp2GtETH)

The Supreme Court, Storbritannien

[2017] EXHC 480 (Ch) Football Association Premier League Limited v British Telecommunications et al. [cit. FAPL v BT]

[2018] UKSC 28 Cartier International AG and other v British Telecommunications Plc and another [cit. Cartier]

Doktrin

Bengtsson, Henrik, Lyxell, Ralf, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, uppl. 1:1, Stockholm: Elanders Gotab, 2006

Foster, Nigel, EU law Directions, uppl. 3, Oxford University Press: Oxford, 2012

Husovec, Martin, Injunctions Against Intermediaries in the European Union - Accountable But Not Liable?, University Printing House: Cambridge, 2018

Maunsbach Ulf, Wennersten Ulrika, Grundläggande immaterialrätt, uppl. 3, Gleerups Utbildning AB: Malmö, 2015

Pila, Justine, Torremans, Paul, European Intellectual Property Law, Oxford University Press: Oxford, 2015

Riordan, Jaani, The Liability of Internet Intermediaries, Oxford University Press: Oxford, 2016

Sandegren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation, uppl. 3:2, Nordstedts Juridik AB: Uppsala, 2015

Schütze, Robert, European Union Law, University Printing House: Cambridge, 2015

Artiklar

Bengtsson Henrik, Brandberg Katja, Domsrätt över immaterialrättsintrång – deliktsforum vid intrång på Internet, tillgänglig på:
<http://www.infotorgjuridik.se/premium/mittijuridiken/praktikerartiklar/article96811.ece>, 17 september 2008

Bengtsson, Henrik, Utdömmande av vite vid överträdelse av immaterial- och marknadsföringsrättsliga förbud, NIR 2/2018, tillgänglig på:
<http://www.nir.nu/Journal/1163/nir-2018-2> [cit. Utdömmande av vite]

Malovic, Nedim, Presumed Innocent: Should the Law on Online Copyright Enforcement and ISP Liability Change?, (2017) 2(17) Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 97, tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2941087> [cit. Presumed Innocent]

Rättzén, Mattias, Den territoriella begränsningen och domsrätt för immaterialrättsliga intrång, NIR 4/2017, tillgänglig på: <http://www.nir.nu/Journal/1085/nir-2017-4>, 2017

Öster, Ulrica, Copyrightreform ska modernisera immaterialrätten, Advokaten – Tidsskrift för Sveriges Advokatsamfund, nr 5 2018 Årgång 84, tillgänglig på:
<https://www.advokaten.se/Tidningsnummer/2018/nr-5-2018-argang-84/copyrightreform-ska-modernisera-immaterialratten/>

Elektroniska källor

Officiella dokument

Europeiska Kommissionen, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Intellectual Property, https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property_en, (hämtad 2019-01-17)

Europeiska Kommissionen, the Public consultation on the evaluation and modernization of the legal framework for the enforcement of intellectual property rights, https://ec.europa.eu/growth/content/public-consultation-evaluation-and-modernisation-ipr-enforcement-framework-0_en, 2015-12-07 (hämtad 2018-12-21)

Europeiska Kommissionen, the Public consultation on the evaluation and modernization of the legal framework for the enforcement of intellectual property rights, Summary of responses, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8r7kkF-i-IUJ:ec.europa.eu/DocsRoom/documents/18661/attachments/1/translations/en/renditions/native+&cd=1&hl=sv&ct=clnk&gl=se&client=safari>, 2016 (hämtad 2018-12-21) [cit. Kommissionen, Summary of Responses]

EU-Kommissionen, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights, COM(2017) 708 final, [cit. the Guidance]

EU-Kommissionen, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), COM(2003) 702 final.

EUIPO, Riis, Thomas, Elholm, Thomas, Nordberg, Ana, Schwemer, Sebastian, Wallberg, Knud, Study on Legislative Measures Related to Online IPR Infringements, ISBN 978-92-9156-256-5, 2018 [cit. Study on Legislative Measures]

Blogginlägg

Ashby, Sara, UK Supreme Court decision on costs of ISPs issued with blocking injunctions, <http://aiippi.org/no-show/uk-supreme-court-decision-on-costs-of-isps-issued-with-blocking-injunctions/>, 2018 (hämtad 190117)

Bloum Alya, "French Supreme Court: Intermediaries must pay for blocking measures against illegal streaming websites, <https://www.hlmediacomms.com/2017/08/03/french-supreme-court-internet-intermediaries-must-pay-for-blocking-measures-against-illegal-streaming-websites/>, 2017 (hämtad 181015) [cit. Intermediaries must pay]

Burke, Sarah, Smith, Joel, UKSC judgement in Cartier – who pays for website blocking orders?, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=15b628ba-c764-4aff-9108-361f26e5e612>, 2018 (hämtad 2019-02-02-17)

Fratti, Alice, Pellicciari, Luca, Copyright infringement: the scope of injunction against ISP, <https://www.ipitalia.com/category/internet/>, 2018 (hämtad 2018-11-02) [cit. The scope of injunction]

Malovic, Nedim, Arnold J extends Premier League's live blocking order, <http://ipkitten.blogspot.com/2018/07/arnold-j-extends-premier-leagues-live.html>, 2018 (hämtad 181126)

Meale, Darren, Disputes 2018: Blocking Injunctions, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a3e42d56-79f2-4a6a-9513-0327832f60ca>, 2018 (hämtad 2018-09-27)

Pavis, Matilde, France: Costs of blocking injunctions to be borne by internet intermediaries, <http://ipkitten.blogspot.com/2017/08/france-costs-of-blocking-injunctions-to.html>, 2017 (hämtad 181011) [cit. Costs of blocking injunctions]

Rosati, Eleonora, Milan court issues dynamic blocking injunctions against Italian ISPs, <http://ipkitten.blogspot.com/2018/08/milan-court-issues-dynamic-blocking.html>, 2018 (hämtad 181102) [cit. Milan court issues dynamic blocking injunctions]

Szkalej, Kacper, Blocking injunctions against ISPs in Sweden 2.0 beta – the rise of the interim injunction? (Part 1), <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/11/22/blocking-injunctions-against-isps-in-sweden-2-0-beta-the-rise-of-the-interim-injunction-part-1/>, 2018 (hämtad 2018-10-10) [cit. Szkalej, part 1]

Szkalej, Kacper, Blocking injunctions against ISPs in Sweden 2.0 beta – the rise of the interim injunction? (Part 2), <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/11/26/blocking-injunctions-against-isps-in-sweden-2-0-beta-the-rise-of-the-interim-injunction-part-2/>, 2018 (hämtad 2018-10-10) [cit. Szkalej, part 2]

Övriga elektroniska källor

About-France.com, The French Legal System, A short Guide to the law and legal system in France, med bidrag från Dr. Audrey Guinchard, Department of Law, University of Essex, <https://about-france.com/french-legal-system.htm> (hämtad 2019-02-28)

Beal, Vangie, mirror site, https://www.webopedia.com/TERM/M/mirror_site.html (hämtad 190226)

The Economist, The Economist Explains, What is the difference between common and civil law?, <https://www.economist.com/the-economist-explains/2013/07/16/what-is-the-difference-between-common-and-civil-law>, 2013-07-17 (hämtad 2019-02-28) [cit. The economist, Common and civil law]

Eurostat Statistics Explained, E-commerce statistics for individuals https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=E-commerce_statistics_for_individuals, ISSN 2443-8219, 2018-12-20 (hämtad 2019-01-07) [cit. Eurostat Statistics]

Nationalencyklopedin, common law, <https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/common-law> (hämtad 2018-09-30)

Nationalencyklopedin, forum shopping,
<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/forum-shopping> (hämtad 2019-02-27)

Nationalencyklopedin, harmonisering av lag/föreskrift, <https://www-ne-se.ezproxy.ub.gu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/harmonisering-av-lagföreskrift> (hämtad 2019-02-27)

TechTarget, cache server, <https://whatis.techtarget.com/definition/cache-server>, 2009 (hämtad 2019-03-01)

TechTarget, hosting, <https://searchmicroservices.techtarget.com/definition/hosting-Web-site-hosting-Web-hosting-and-Webhosting>, 2005 (hämtad 2019-03-01)

Opublicerade källor

Swedish Anti-Counterfeiting Group, Position Paper Final, 2016-04-15. Dokumentet finns tillgängligt på förfrågan till: jenny.m.ollila@gmail.com

EUIPO Observatory, Study on blocking orders – Position Paper Version 0.1, 2018-10-26 [cit. Observatory, Study on blocking orders] Dokumentet finns tillgängligt på förfrågan till: jenny.m.ollila@gmail.com