



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 8 februari 2017¹

Mål C-610/15

**Stichting Brein
mot
Ziggo BV
XS4ALL Internet BV**

(begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen i Nederländerna))

”Upphovsrätt och närstående rättigheter — Direktiv 2001/29/EG — Artikel 3.1 — Överföring till allmänheten — Begrepp — Indexeringssida som möjliggör delning av skyddade verk utan samtycke från rättighetsinnehavarna — Artikel 8.3 — Utomståendes användning av tjänster som tillhandahålls av en mellanman för att göra intrång i upphovsrätten — Föreläggande”

Inledning

1. ”... the file being shared in the swarm is the treasure, the BitTorrent client is the ship, the torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map”.²

2. Det är genom denna märkliga analogi, som själv är värd att skyddas av upphovsrätten, som den australiensiske domaren Justice Cowdroy förklarade hur fildelning i strid med upphovsrätten med användning av bittorrent-protokoll går till.³ Domstolen har i förevarande mål anmodats att fastställa den rättsliga grunden och omfattningen av ett eventuellt ansvar för dessa intrång som gjorts av ”leverantörer av kartor”, det vill säga sådana webbplatser som The Pirate Bay (nedan kallad TPB). TPB är i själva verket en av de största och mest kända webbplatser på vilken filer som innehåller musik- och filmverk delas. Delningen sker utan kostnad och för den största delen av dessa verk i strid med upphovsrätten.

3. Kommissionen, vars uppfattning förefaller delas av Konungariket Storbritannien och Nordirland, har gjort gällande att frågan om ansvar för denna typ av webbplatser är en fråga om tillämpningen av upphovsrätten som inte kan lösas på unionsnivå, utan inom ramen för medlemsstaternas interna rättssystem. Ett sådant tillvägagångssätt skulle emellertid innebära att detta ansvar och slutligen omfattningen av de rättigheter som tillkommer rättighetsinnehavarna skulle vara beroende av lösningar som avsevärt skiljer sig åt i olika nationella rättssystem. Detta skulle emellertid äventyra

1 — Originalspråk: franska.

2 — ”Den delade filen är skatten, bittorrent-klienten är fartyget och torrent-filen är skattkartan. The Pirate Bay tillhandahåller kartor utan kostnad och trackern är den vise man som ska rådfrågas för att förstå kartan” (min översättning).

3 — Dom från Federal Court of Australia, av den 4 februari 2010, Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited (ne 3) (2010) FCA 24, punkt 70. Till detta utdrag har även generaladvokaten M. van Peursem vid Hoge Raad (Högsta domstolen, Nederländerna) hänvisat i det nationella målet.

målet med unionslagstiftningen på upphovsrättsområdet som är relativt omfattande, nämligen att harmonisera omfattningen av de rättigheter som tillkommer upphovsmän och andra rättighetsinnehavare på den inre marknaden. Av det skälet ska svaret på de frågor som uppkommer i förevarande fall enligt min mening snarare sökas i unionsrätten.

4. Jag vill även inledningsvis framhålla att frågan i förevarande fall enligt min mening avsevärt skiljer sig från de två mål som nyligen avgjordes avseende rätten till överföring av verk till allmänheten på internet, nämligen målen Svensson m.fl.⁴ och GS Media.⁵ Dessa mål avsåg sekundär överföring av verk som redan hade tillgängliggjorts på internet av en person som själv producerade innehåll på nätet, medan förevarande mål avser ursprunglig överföring inom ramen för ett peer to peer-nätverk ('peer-to-peer'). Jag anser således inte att det resonemang som domstolen förde i dessa mål kan tillämpas direkt på tvisten i det nationella målet.

Tillämpliga bestämmelser

5. I artikel 12 med rubriken "Enbart vidarefordran ('mere conduit') i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel")⁶ föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall se till att en tjänsteleverantör som levererar en informationssamhällets tjänst bestående av överföring i ett kommunikationsnät av information som lämnats av tjänstemottagaren, eller tillhandahållande av tillgång till ett kommunikationsnät, inte skall vara ansvarig för den överförda informationen ...

...

3. Denna artikel skall inte påverka möjligheten för en domstol eller administrativ myndighet att i enlighet med medlemsstaternas rättssystem kräva att tjänsteleverantören upphör med eller förhindrar en överträdelse."

6. Artikel 14 med rubriken "Värdtjänster" i nämnda direktiv har följande lydelse:

"1. Medlemsstaterna skall se till att en tjänsteleverantör som levererar någon av informationssamhällets tjänster bestående av lagring av information som tillhandahållits av tjänstemottagaren inte skall vara ansvarig för information som lagrats på begäran av en tjänstemottagare av tjänsten, under förutsättning att

a) tjänsteleverantören inte hade kännedom om förekomsten av olaglig verksamhet eller olaglig information och, beträffande skadeståndsanspråk, inte var medveten om fakta eller omständigheter som gjort förekomsten av den olagliga verksamheten eller den olagliga informationen uppenbar,

eller

b) tjänsteleverantören så snart han fått sådan kännedom eller blivit medveten om detta handlat utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig.

...

4 — Dom av den 13 februari 2014, C-466/12, EU:C:2014:76.

5 — Dom av den 8 september 2016, C-160/15, EU:C:2016:644.

6 — EGT L 178, 2000, s. 1.

3. Denna artikel skall inte påverka möjligheten för en domstol eller administrativ myndighet att i enlighet med medlemsstaternas rättssystem kräva att tjänsteleverantören upphör med eller förhindrar en överträdelse, inte heller skall den påverka medlemsstaternas möjlighet att inrätta förfaranden för att avlägsna information eller göra den oåtkomlig.”

7. I artikel 3 med rubriken ”Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten” i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.⁷ I artikel 3.1 anges följande:

”Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.”

8. Artikel 8 i direktiv 2001/29 har rubriken ”Sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder”. I artikel 8.3 anges följande:

”Medlemsstaterna skall se till att rättsinnehavare har möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet.”

9. Artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter har rubriken ”Tillämpningsområde”. Artikel 2.2 har följande lydelse:⁸

”Detta direktiv skall inte påverka tillämpningen av de särbestämmelser och undantag som finns i gemenskapslagstiftningen om säkerställande av skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter, särskilt inte bestämmelserna i ... direktiv 2001/29/EG och i synnerhet ... [artikel] 8 i det direktivet.”

10. I artikel 11 med rubriken ”Förelägganden” i det direktivet föreskrivs följande:

”... Medlemsstaterna skall även se till att rättighetshavare har möjlighet att begära ett föreläggande mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i en immateriell rättighet, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 8.3 i direktiv 2001/29/EG.”

Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågorna

11. Klaganden i det nationella målet, Stichting Brein, är en stiftelse som bildats enligt nederländsk rätt och vars främsta syfte är att bekämpa olagligt utnyttjande av alster som är skyddade enligt upphovsrätten eller närstående rättigheter och att tillvarata rättsinnehavarens intressen på det området.

12. Motparterna i det nationella målet Ziggo BV och XS4ALL Internet BV (nedan kallat XS4ALL) är bolag som bildats enligt nederländsk rätt och vars verksamhet särskilt består i att ge konsumenter tillgång till internet. Enligt de uppgifter som tillhandahållits i Stichting Breins skriftliga yttrande är de båda de två största internetleverantörerna på den nederländska marknaden.

7 — EGT L 167, 2001, s. 10.

8 — EUT L 157, 2004, s. 45.

13. Stichting Brein har begärt att Ziggo och XS4ALL, på grundval av de bestämmelser i den nederländska lagstiftningen genom vilka artikel 8.3 i direktiv 2001/29⁹ införlivats, ska föreläggas att blockera tillgången för mottagarna av de tjänster som tillhandahålls på The Pirate Bays webbplats som är en motor med vars hjälp filer kan delas peer-to-peer. Yrkandet grundar sig på den omständigheten att det är med hjälp av dessa motorer för fildelning som mottagarna av de tjänster som tillhandahålls av motparterna i det nationella målet, genom att utnyttja dessa tjänster, i stor skala begår intrång i upphovsrätter genom att dela filer som innehåller skyddade verk (i princip musik- eller filmverk) utan rättighetsinnehavarens tillstånd.

14. Detta yrkande som bifölls i första instans, ogillades i appellationsdomstolen, för det första med motiveringen att det är mottagarna av de tjänster som tillhandahålls av motparterna i det nationella målet och inte TPB som har gjort intrång i upphovsrätten och för det andra att den blockering som yrkats inte står i proportion till det mål som eftersträvas, nämligen att säkerställa ett effektivt skydd för upphovsrätten. Stichting Brein överklagade avgörandet till den hänskjutande domstolen.

15. Mot denna bakgrund beslutade Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1. Gör den som driver en webbplats en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 om webbplatsen inte innehåller några skyddade verk, men det finns ett system [...] varigenom metadata om de skyddade verk som finns på användares datorer indexerats och kategoriseras, så att användarna med hjälp av denna information kan finna skyddade verk och ladda upp och ladda ned dem?

2. För det fall den första frågan ska besvaras nekande,

är det tillåtet enligt artikel 8.3 i direktiv 2001/29 och artikel 11 i direktiv 2004/48 att utfärda ett föreläggande mot en mellanhand i den mening som avses i dessa bestämmelser, såvitt denna mellanhand underlättar intrångsgörande handlingar från utomståendes sida på det sätt som avses i fråga 1?”

16. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 18 november 2015. Skriftliga yttranden har inkommit från parterna i det nationella målet, den spanska, den italienska och den portugisiska regeringen samt Förenade kungarikets regering och kommissionen. Parterna i det nationella målet, den spanska och den franska regeringen samt kommissionen var företrädare vid förhandlingen, som hölls den 27 oktober 2016.

Bedömning

17. Genom de två tolkningsfrågor som ställts i förevarande mål vill den hänskjutande domstolen i själva verket få klarhet i vilket ansvar de som driver indexerade webbplatser i peer to peer-nätverk har för intrång i upphovsrätter som begåtts vid användningen av nätverken. Frågan uppkommer om dessa operatörer själva kan anses ha gjort intrång i upphovsrätten vilket skulle innebära att de har ett direkt ansvar (första frågan). Om de inte är direkt ansvariga uppkommer frågan om de kan föreläggas att blockera tillgången till sina webbplatser, vilket, såsom kommer att förklaras nedan, kräver en form av indirekt ansvar (andra frågan).

18. Jag kommer att inleda analysen med en kort översikt över hur peer to peer-nätverk fungerar och deras roll vid intrång i upphovsrätten.

9 — Nämligen artikel 26d i upphovsrättslagen (Auteurswet, nedan kallad Aw) och artikel 15 i lagen om till upphovsrätten närstående rättigheter (Wet naburige rechten, nedan kallad Wnr).

Inledande anmärkningar – peer to peer-nätverk

19. Även om internet har utformats som ett nätverk av datorer som drivs oberoende av varandra, drivs den mest spektakulära formen av internet, World Wide Web, enligt annan modell, nämligen en centraliserad arkitektur som kallas "klientserver". I denna modell lagras innehållet (normalt sett en webbsida) på en server som användarna kan ta del av med hjälp av sina datorer, kallade klienter, och deras klientmjukvara (en webbläsare). Det är lätt att förstå att en sådan arkitektur som World Wide Web gör det relativt enkelt att kontrollera materialets laglighet och bekämpa olagligt material. Det räcker att beslagta servern eller att få den som driver den att avlägsna olagligt material. Det bör även noteras att lagstiftningen avseende informationssamhällets tjänster, det vill säga huvudsakligen internet, är särskilt anpassad till denna modell genom att det bland annat föreskrivs att tjänstelevererande mellanhänder inte har något ansvar vad gäller materialet men att de har vissa skyldigheter att samarbeta i kampen mot olagligt material.

20. Peer to peer-nätverk har organiserats annorlunda. Inom ramen för denna modell är varje användares, det vill säga varje peers, dator, inte enbart en klient som erhåller information, utan även en server som lagrar informationen och gör denna tillgänglig för andra användare. Nätverket är således decentraliserat (det finns inga centrala servrar) och har en variabel geometri, eftersom enbart de användarservrar som är uppkopplade bildar nätverket vid en viss tidpunkt (till skillnad från ett "traditionellt nätverk där servrarna normalt sett är fast uppkopplade och endast klienterna kopplar upp sig eller kopplar ifrån sig tillfälligt). En sådan konfiguration av nätverket har flera fördelar, särskilt vad gäller optimering av utnyttjandet av kapaciteten för lagring och överföring av uppgifter. Tack vare sin decentraliserade arkitektur är ett sådant nätverk även mer motståndskraftigt mot attacker och ingripanden av ordningsmakten och personer som har upphovsrätt. Det är särskilt svårt att avlägsna material som finns på ett peer to peer-nätverk, eftersom detta finns på olika servrar som tillhör olika fysiska personer i olika länder.

21. Peer to peer-nätverk kan användas på olika sätt, såsom för online-meddelanden, telefoni, distribution av programvara och till och med för militära tillämpningar. Fildelning är emellertid den mest utbredda användningen.

22. Frågan uppkommer om det enbart rör sig om filer som innehåller olagligt material, såsom verk som delas i strid med upphovsrätten. Svaret är nej. På peer to peer-nätverk kan filer av olika slag delas, bland annat filer som innehåller material som inte omfattas av upphovsrättsligt skydd, verk som spritts med samtycke från rättighetsinnehavaren och till och med av upphovsmännen själva, verk för vilka det upphovsrättsliga skyddet redan har upphört (åtminstone vad gäller de materiella rättigheterna) eller licensfria verk.

23. Enligt de uppgifter som Stichting Brein lämnat, vilka inte har bestritts, innehåller, om jag förstår saken rätt, i det nationella målet 90–95 procent av de filer som delas i TPB:s nätverk upphovsrättsligt skyddade verk som spritts utan samtycke från rättighetsinnehavarna. Dessa sifferuppgifter gäller för de flesta populära peer to peer-nätverk. Anledningen till detta är att lagligt material har sina egna distributionskanaler, såväl professionella som amatörmässiga (klassiska webbplatser, nätbutiker, sociala nätverk etcetera). Däremot används peer to peer-nätverk mycket ofta för att dela material som i annat fall inte skulle vara tillgängligt för allmänheten kostnadsfritt. De som driver dessa nätverk döljer ofta inte heller detta ändamål, eftersom vissa av dessa nätverk har skapats med det uttalade syftet att kringgå upphovsrätten, som anses vara oskälig.¹⁰ Av det skälet har peer to peer-nätverk redan vid deras uppkomst varit föremål för bekämpning av piratverksamhet, framför allt i USA där dessa nätverk snabbt blivit populära. Tjänsten Napster är det första stora peer to peer-nätverket som lades ned på grund av intrång i upphovsrätten.¹¹

10 — Till exempel TPB som har grundats av medlemmarna i Piratbyrå som är en svensk organisation som är mot upphovsrätt.

11 — Dom från United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, av den 12 februari 2001, A&M Records, Inc. mot Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

24. Efter Napster har nya generationer av peer to peer-nätverk dykt upp. De som för närvarande är mest populära, i vart fall på den europeiska marknaden, är nätverk som grundar sig på bittorrent-protokollet. Denna teknik möjliggör, med hjälp av en programvara som är fritt tillgänglig på nätet (en så kallad bittorrent-klient), att ladda ned samma fil, som har delats upp i små fragment, från flera peer-datorer. Tack vare att den nedladdade filen delats upp i fragment blir de peer-datorer från vilka nedladdningen sker (så kallade distributörer), och som fungerar som servrar, samt deras internetuppkopplingar, inte överbelastade, vilket möjliggör en snabb nedladdning av relativt stora filer. Eftersom antalet peers som innehar och delar samma fil är avgörande för hur snabbt nedladdningen sker, erbjuds inom ramen för BitTorrent-tekniken varje fragment av den fil som laddats ned samtidigt andra peers som söker samma fil (så kallade leechers) för nedladdning. Med andra ord blir varje klients dator som laddar ned filen automatiskt en server som gör filen tillgänglig för andra peers.

25. Jag kommer inte att mer i detalj gå in på hur tekniken i peer to peer-nätverk fungerar. Det är lätt att hitta detaljerade beskrivningar av den.¹² Liksom i alla andra mål avseende informationsteknik är det lätt att den tekniska utvecklingen går om lagstiftningsförfaranden och domstolsförfaranden, med risk för att de rättsliga lösningar som grundar sig på en viss teknisk status quo blir föråldrade redan innan de antas.¹³ Enligt min mening ska man i ett mål som det nationella målet utvärdera det rättsliga innehållet i vissa rättsakter oberoende av de tekniska sammanhang i vilka dessa rättsakter ingår. I detta avseende är emellertid den roll som sådana webbplatser som TPB har vid delning av filer i peer to peer-nätverk av betydelse.

26. Denna roll är avgörande. Användningen av varje peer to peer-nätverk grundar sig på möjligheten att finna peers som är tillgängliga för delning av den önskade filen. Denna information, oavsett om den tekniskt har formen av torrentfiler, "magnetlänkar" eller en annan form återfinns på sådana webbplatser som TPB. På dessa webbplatser erbjuds inte enbart en sökmotor, utan ofta, såsom i TPB:s fall, index av de verk som filerna innehåller och som sorterats i olika kategorier, till exempel "100 best" eller "de nyaste". Det är således inte ens nödvändigt att söka ett konkret verk, utan det räcker att välja bland de som föreslås, liksom i en bibliotekskatalog (eller rättare sagt ett audio- eller videotek, eftersom det i första hand rör sig om musik- och filmverk). Dessa webbplatser innehåller i allmänhet även ytterligare information, bland annat om den tid nedladdningen uppskattningsvis tar och antalet aktiva "seeders" och "leechers" för en viss fil.

27. Även om det, såsom motparterna i det nationella målet hävdar, teoretiskt är möjligt att hitta de filer med avseende på vilka delning föreslagits i ett peer to peer-nätverk, utan att gå via en sådan webbplats som TPB, men i praktiken sker en sökning efter dessa filer i allmänhet på en sådan webbplats eller på en webbplats som innehåller material från flera peer to peer-nätverk. Den roll som sådana webbplatser som TPB spelar är således i praktiken oundviklig för att dessa nätverk ska fungera, i vart fall för en genomsnittsanvändare av internet.

Den första tolkningsfrågan

28. Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i om det utgör en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 att den som driver en webbplats gör det möjligt att hitta filer som innehåller upphovsrättsligt skyddade verk som erbjuds för delning i ett peer to peer-nätverk genom att indexera metadata som finns i dessa filer och genom att tillhandahålla en sökmotor.

12 — Som första referens kan hänvisas till Wikipedia som är en relevant källa i fråga om internet (sökord "peer-to-peer", "bittorrent", "The Pirate Bay"). Se även det ovan i fotnot 3 nämnda avgörandet från den australiensiska domstolen, punkterna 43–78 och L. Edwards, The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights, en rapport som utarbetats för Världsbankens organisation för den intellektuella äganderätten som finns tillgänglig på dess webbplats under nr WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

13 — Sedan begäran om förhandsavgörande i förevarande mål framställdes möjliggör TPB utöver nedladdning av filer även kontinuerligt flöde (så kallad streaming) av delade verk i peer-to-peer-nätverk med hjälp av en ny programvara. Denna metod anfördes vid förhandlingen av Stichting Breins ombud.

29. Jag kommer att inleda min bedömning av denna fråga med en kort översikt över de lagbestämmelser och den rättspraxis som finns avseende rätten till överföring till allmänheten.

Rätten till överföring till allmänheten

30. Traditionellt sett har upphovsmännen i fråga om spridning av sina verk ensamrätt att tillåta eller förbjuda dels spridning av kopior av verk, dels återgivning av dessa verk för den allmänhet som är närvarande vid återgivandet. Typiska exempel är konserter och teaterföreställningar.

31. Uppkomsten av tekniska kommunikationsmedel, där det första var ljudet genom radiosändningar, gjorde det nödvändigt att skydda upphovsmännens rättigheter vad gäller möjligheten att utnyttja deras verk. Denna rättighet infördes för första gången i internationell rätt i artikel 11 bis i Bernkonventionen i dess ändrade lydelse för skydd av litterära och konstnärliga verk (nedan kallad Bernkonventionen).¹⁴ För närvarande föreskrivs i artikel 11 bis i Bernkonventionen, i dess lydelse enligt Parisakten av den 24 juli 1971, som ändrades den 28 september 1979, att upphovsmän uteslutande äger rätt att låta utsända sina verk i radio eller att offentligt framföra verken genom varje annan anordning för trådlös utsändning, och att "sekundärt" återge det i radio utsända verket, när återgivandet anordnas av annat företag än det ursprungliga.¹⁵

32. Regleringen av rätten till överföring till allmänheten utarbetades för och har särskilt anpassats till överföring av "linjär" typ för att använda terminologin i direktiv 2010/13/EU).¹⁶ I denna modell för överföring "skjuts" signalen (därav det engelska begreppet push) till mottagaren som enbart kan ta emot (eller underlåta att ta emot) signalen vid den tidpunkt då den sänds. Det är således relativt enkelt att fastställa när den överföring som ligger till grund för spridningen ägde rum och vilka den var riktad till, det vill säga allmänheten. Det är den klassiska modellen för hur radio- och tv-sändningar fungerar.

33. Med framväxten av beställ-tv (video on demand) och därefter särskilt internet uppkom en ny form av överföring inom ramen för vilken innehållet i överföringen enbart görs tillgängligt för potentiella användare, eftersom dessa kan tillgodogöra sig innehållet när och var de vill. Inom ramen för den modellen överförs (pull) signalen först vid den tidpunkt då användaren beslutar sig för att ta emot innehållet. Det kunde ifrågasättas huruvida detta tillvägagångssätt motsvarade begreppet överföring i den mening som avses i Bernkonventionen.¹⁷

34. Bernkonventionen kompletterades bland annat för att anpassa bestämmelserna i densamma till den tekniska utvecklingen genom det fördrag om upphovsrätten som Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten antog i Genève den 20 december 1996 (nedan kallat WCT).¹⁸ Begreppet "tillgängliggörande för allmänheten" infördes uttryckligen i det fördraget. I artikel 8 WCT föreskrivs att upphovsmän har ensamrätt att låta överföra verken till allmänheten, med trådbunden eller trådlös överföring, "inbegripet att göra verken tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att personer ur allmänheten kan få tillgång till verken på platser och vid tidpunkter som var och en själv väljer". Denna bestämmelse avser följaktligen inte enbart överföring via radio eller tv, utan omfattar alla tekniska kommunikationsmedel. Den omfattar inte heller enbart linjär överföring, utan även tillgängliggörande av innehåll för ett tidsförskjutet mottagande. Det är just den sistnämnda typen av överföring till allmänheten som är särskilt relevant vad beträffar internet, särskilt i peer to peer-nätverk.

14 — Berlinakten av år 1908.

15 — Den nuvarande formuleringen av artikel 11 bis i Bernkonventionen följer av Brysselakten av den 26 juni 1948.

16 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster (EUT L 95, 2010, s. 1). Det rör sig om en överföring som är linjär i tiden, det vill säga som enbart kan mottas vid sändningen (se artikel 1.1 e) i direktiv 2010/13.

17 — Se, särskilt, von Lewinski, S., Walter, M., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010, sidorna 973–980.

18 — Fördraget godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars (EGT L 89, 2000, s. 6).

35. Artikel 8 WCT införlivades med unionsrätten genom artikel 3.1 i direktiv 2001/29 med avseende på vilken tolkning begärts i förevarande mål. Formuleringen i denna bestämmelse är nästan identisk med formuleringen i WCT.

36. Varken begreppet överföring till allmänheten eller begreppet tillgängliggörande för allmänheten definieras emellertid i direktiv 2001/29. Det ankommer således på domstolen att fastställa ramarna för denna definition. Enligt rättspraxis måste två förutsättningar vara uppfyllda för att överföring till allmänheten ska anses föreligga, nämligen överföring och att överföringen ska ha skett till allmänheten.¹⁹

37. Vad gäller den första förutsättningen har domstolen betonat omständigheten att agerandet hos den som genomför överföringen är nödvändigt och att dennes agerande måste vara avsiktligt. Denna användare genomför nämligen en överföring när han eller hon agerar med full kännedom om följderna av sitt handlande, för att ge sina kunder tillgång till ett skyddat verk och detta bland annat då kunderna utan ett sådant agerande i princip inte skulle kunna få tillgång till det spridda verket.²⁰

38. Såsom anförts ovan kan tilläggas att vid tillgängliggörande för allmänheten av ett verk som kan mottas när mottagarna vill ska överföringen bedömas med beaktande av särdragen hos denna typ av överföring. Tvärt emot vad som gäller i fråga om överföring som sker på initiativ av den som genomför överföringen, sker vid tillgängliggörande en faktisk överföring av verket enbart potentiellt och på mottagarens initiativ. Möjligheten för upphovsrättsinnehavare att motsätta sig denna överföring förverkligas vid tidpunkten för tillgängliggörandet oberoende av om och när den faktiska överföringen äger rum.²¹

39. Vad gäller den andra förutsättningen, nämligen att överföringen ska ha skett till allmänheten, innefattar denna två krav enligt domstolens rättspraxis. Enligt det första kravet ska överföringen riktas till ett obestämt men stort antal potentiella mottagare. Detta krav är normalt sett uppfyllt när en webbplats i princip är tillgänglig för alla internetanvändare.²²

40. Enligt det andra kravet ska den allmänhet till vilken den aktuella överföringen riktas vara en ”ny allmänhet”. Vad gäller tillgängliggörande på internet sker överföringen, enligt domstolens uppfattning, inte till en ny allmänhet när den avser ett verk som redan gjorts fritt tillgängligt för allmänheten på en annan webbplats. I en sådan situation riktar sig överföringen, åtminstone potentiellt till samma allmänhet som den för vilken överföringen ursprungligen gjordes tillgänglig, nämligen samtliga internetanvändare.²³

41. Denna frihet som tillkommer internetanvändarna har emellertid en begränsning. Enligt domstolen ska vid tillämpningen av kriteriet ny allmänhet inte den allmänhet som har faktisk tillgång till verket beaktas, utan enbart den allmänhet som upphovsrättsinnehavarna beaktade vid den ursprungliga överföringen. Om verket däremot har gjorts tillgängligt, men utan samtycke från rättighetsinnehavaren, har denne inte beaktat någon allmänhet. I det fallet riktar sig ett nytt tillgängliggörande nödvändigtvis till en ny allmänhet och ska således beaktas som en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.²⁴

19 — Se, senast, dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

20 — Dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 35).

21 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 19).

22 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 22).

23 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkterna 24–27).

24 — Dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 43).

42. Det är emellertid inte nödvändigt att bedöma om överföringen är riktad till en ny allmänhet i de fall där den genomförs med användning av en särskild teknik, det vill säga med hjälp av en teknik som skiljer sig från den som användes vid den ursprungliga överföringen.²⁵ I ett sådant fall rör det sig således alltid om en överföring till allmänheten i den mening som avses i direktiv 2001/29.

43. Dessa förutsättningar ska nu prövas i samband med peer to peer-nätverk.

Överföring till allmänheten i peer to peer-nätverk

44. Det kan enligt min uppfattning inte förnekas att ett tillgängliggörande för allmänheten har ägt rum när verk som skyddas av upphovsrätten delas i ett peer to peer-nätverk.

45. För det första görs verken tillgängliga på datorer som tillhör användare av nätverket på så sätt att alla andra användare kan ladda ned dem. Den omständigheten att de filer som innehåller dessa verk i bittorrent-systemet har delats upp i fragment och laddats ned i portioner från olika datorer är ett tekniskt särdrag som saknar betydelse. Det är nämligen inte filen som omfattas av upphovsrättsligt skydd utan verket. Verken görs emellertid tillgängliga i sin helhet och överförs till användarna som också laddar ned dem i deras helhet såvida det inte inträffar något tekniskt fel.

46. För det andra utgör potentiella användare i ett öppet peer to peer-nätverk, som TPB:s, utan tvekan ett obestämt och stort antal personer.

47. För det tredje, oberoende av om det rör sig om en specifik teknik, är även kriteriet ny allmänhet uppfyllt, i vart fall i fråga om verk som delats utan samtycke från upphovsmannen. Såsom jag redan anförde i punkt 41 i förevarande förslag till avgörande ska kriteriet ny allmänhet bedömas i förhållande till den publik som upphovsmannen beaktade när denne lämnade sitt samtycke.²⁶ Om verkets upphovsman inte har lämnat sitt samtycke till att verket delas i ett peer-to-peer-nätverk, utgör emellertid användarna av nämnda nätverk per definition en ny allmänhet.²⁷

48. Det återstår att fastställa vem som ursprungligen gjort tillgängliga de verk i ett peer to peer-nätverk som delas där, om det är användarna eller den som driver en sådan indexerad webbplats som TPB.

49. Genom att installera och starta programvaran för delning (bittorrent-klient) på sina datorer, genom att tillhandahålla TPB Bittorrents som gör det möjligt att spåra de filer som finns i deras datorer och genom att låta datorerna vara påslagna så att de kan vara aktiva i nätverket gör användarna avsiktligt de verk som de innehar tillgängliga för andra användare i nätverket.

50. Dessa verk skulle emellertid inte vara tillgängliga och nätverket skulle inte kunna fungera, eller skulle i vart fall vara mycket mer komplicerat att använda och mindre effektivt, utan sådana webbplatser som TPB som gör det möjligt att hitta och få tillgång till verk. De som driver dessa webbplatser organiserar således det system som gör det möjligt för användarna att få tillgång till verk som gjorts tillgängliga av andra användare. Deras agerande kan således anses vara nödvändigt.²⁸

51. Visserligen är en sådan webbplats begränsad till att återge en förteckning över det innehåll som finns i peer to peer-nätverket, det vill säga metadata om verk som användarna i nätverket erbjuder för delning. Den som driver webbplatsen har i princip inget inflytande över om ett visst verk läggs upp på nätverket. Operatören är enbart en mellanhand som möjliggör för användarna att dela innehåll

25 — Dom av den 7 mars 2013, ITV Broadcasting m.fl. (C-607/11, EU:C:2013:147, punkt 39).

26 — Se särskilt dom av den 13 februari 2014, Svensson m.fl. (C-466/12, EU:C:2014:76, punkt 24), och dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punkterna 37 och 42).

27 — Vilket även implicit framgår av punkt 43 i dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644).

28 — Se även i detta avseende punkterna 26 och 27 i förevarande förslag till avgörande.

peer-to-peer. Operatörens agerande kan följaktligen inte anses vara avgörande för överföringen till allmänheten av ett bestämt verk, om han inte har kännedom om att verket har gjorts tillgängligt på ett rättsstridigt sätt eller om han har underrättats om denna rättsstridiga verksamhet och agerar lojalt för att avhjälpa den. Så snart operatören emellertid har fått kännedom om att tillgängliggörandet sker i strid med upphovsrätten och inte handlar för att göra verket i fråga oåtkomligt kan han anses agera i syfte att medvetet möjliggöra att verket fortsätter att tillgängliggöras olagligt och han kan således anses agera avsiktligt.

52. Jag vill framhålla att den kännedom om omständigheterna som den som driver webbplatsen har ska vara faktisk. Så är fallet bland annat i den situation där operatören uttryckligen har varnats av rättighetsinnehavaren om att informationen på webbplatsen är olaglig.²⁹ Det är därför inte lämpligt att på en sådan webbplats tillämpa presumtionen om kännedom om omständigheterna analogt med den som domstolen konstaterade i domen GS Media avseende personer som tillhandahållit en hyperlänk i vinstsyfte.³⁰ En sådan presumtion skulle innebära att de som driver indexerade webbplatser i peer to peer-nätverk, som i allmänhet drivs i vinstsyfte, skulle åläggas en allmän skyldighet att övervaka indexerat innehåll.

53. Operatörernas handlande uppfyller således kraven på att agerandet ska vara nödvändigt och avsiktligt såsom fastställs i domstolens rättspraxis.³¹ Det kan därför enligt min mening anses att även dessa operatörer, samtidigt och tillsammans med användarna av nätverket ursprungligen har gjort de verk som delas inom ramen för nätverket tillgängliga för allmänheten utan samtycke från upphovsrättsinnehavarna, om de är medvetna om den olagliga verksamheten och inte agerar för att göra dessa verk oåtkomliga.

54. Den första tolkningsfrågan ska följaktligen besvaras så, att den omständigheten att den som driver en webbplats, genom att indexera webbplatsen och tillhandahålla en sökmotor, gör det möjligt att hitta filer som innehåller upphovsrättsligt skyddade verk som erbjuds för delning i ett peer to peer-nätverk utgör en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, om operatören har kännedom om att ett verk har gjorts tillgängligt på nätverket utan samtycke från upphovsrättsinnehavarna och inte agerar för att göra verket oåtkomligt.

Den andra tolkningsfrågan

Inledande anmärkningar

55. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för det fall att domstolen besvarar den första frågan nekande vilken jag föreslår ska besvaras jakande. Om domstolen emellertid inte ansluter sig till ovannämnda bedömning krävs en bedömning av den andra frågan. Jag kommer således även att föreslå ett svar på den andra frågan.

56. I den andra tolkningsfrågan anges både artikel 8.3 i direktiv 2001/29 och artikel 11 i direktiv 2004/48. Enligt artikel 2.2 i direktiv 2004/48, och mer direkt enligt den sista meningen i artikel 11 i det direktivet, ska dess bestämmelser tillämpas utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i direktiv 2001/29/EG, särskilt artikel 8 i det direktivet. Härav följer enligt min mening att denna bestämmelse har företräde framför artikel 11 i direktiv 2004/48 vad beträffar de frågor som omfattas av artikel 8 i direktiv 2001/29. Detta innebär att enbart artikel 8.3 i direktiv 2001/29 är relevant för svaret på den andra tolkningsfrågan. Under alla förhållanden har de två bestämmelserna liknande lydelse.

29 — Enligt uppgifterna i handlingarna förhåller det sig på så sätt vad gäller TPB:s webbplats i det nationella målet.

30 — Dom av den 8 september 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 51).

31 — Dom av den 8 september 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punkt 35 och där angiven rättspraxis.).

57. Den hänskjutande domstolen vill genom den andra frågan få klarhet i om artikel 8.3 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att den ger stöd för att utfärda ett föreläggande mot en internetleverantör, för att ålägga denne att blockera tillgången till en indexerad webbplats i ett peer to peer-nätverk för sina användare varigenom intrång i upphovsrätten har begåtts, även om den som driver webbplatsen inte själv överför de verk som tillgängliggjorts på nämnda nätverk.

Huruvida de åtgärder som föreskrivs i artikel 8.3 i direktiv 2001/29 kan tillämpas på sådana webbplatser som TPB.

58. Det ska erinras om att upphovsrättsinnehavare enligt artikel 8.3 i direktiv 2001/29 ska ha möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet.

59. Det är i det nationella målet utrett att motparterna i egenskap av internetleverantörer är mellanhänder i den mening som avses i ovannämnda bestämmelse.

60. Det är enligt min mening även klart att de tjänster som tillhandahålls av dessa mellanhänder utnyttjas av en tredje part för att göra intrång i upphovsrätten. Det har nämligen konstaterats att vissa användare av dessa tjänster använder peer to peer-nätverket för att dela verk där utan samtycke från upphovsrättsinnehavarna. Delningen utgör ett tillgängliggörande för allmänheten av ett verk utan samtycke från upphovsrättsinnehavaren och följaktligen ett intrång i dessa rättigheter.

61. Målet vid den nationella domstolen kännetecknas av att den åtgärd som begärts, nämligen att tillgången till TPB:s webbplats ska blockeras, inte enbart påverkar de användare som gör intrång i upphovsrätten, utan även TPB:s webbplats, som inte kan erbjuda sina tjänster till användare som är uppkopplade till internet genom motparterna i det nationella målet.

62. Domstolen har i domen i målet UPC Telekabel Wien³² visserligen godkänt att en sådan åtgärd kan vidtas. I det målet rörde det sig emellertid om att blockera tillgången till en webbplats med avseende på vilken operatören själv ansågs ha gjort intrång i upphovsrätten. De verk som olagligen gjorts tillgängliga för allmänheten fanns nämligen på den aktuella webbplatsen och laddades ned av användarna från denna webbplats. Under dessa förhållanden kunde domstolen slå fast att den som drev nämnda webbplats – för att göra intrång i upphovsrätten – utnyttjade de tjänster som internetleverantören tillhandahöll de personer som gick in på webbplatsen.

63. Situationen skiljer sig helt från den i förevarande mål. Även om det är utrett att TPB själv inte överför verk till allmänheten utan samtycke från upphovsrättsinnehavarna, kan det inte slås fast att han utnyttjar de tjänster som internetleverantörer tillhandahåller användare av peer to peer-nätverket för att göra intrång i upphovsrätten.

64. Den situation som avses i artikel 8.3 i direktiv 2001/29 förutsätter emellertid att det finns ett samband mellan föremålet för föreläggandet och intrånget i upphovsrätten. Ett föreläggande att blockera en webbplats förutsätter att det har konstaterats att den som driver webbplatsen ansvarar för ett intrång i upphovsrätten som gjorts med hjälp av de tjänster som tillhandahålls av den mellanhand till vilken föreläggandet är riktat. Det är under denna förutsättning som operatören har egenskap av tredje part som gör intrång i upphovsrätten i den mening som avses i artikel 8.3 i direktiv 2001/29.

32 — Dom av den 2 mars 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192).

65. Om den berörda operatören inte själv företar den handling som omfattas av upphovsmannens ensamrätt (till exempel överföring till allmänheten) kan det enbart röra sig om ett indirekt intrång. Med beaktande av den omständigheten att ansvar för denna typ av intrång inte harmoniserats på EU-nivå ska det föreskrivas uttryckligen i nationell rätt. Det ankommer på de nationella domstolarna att pröva om ett sådant ansvar finns i den nationella lagstiftningen.

66. Om ett sådant ansvar kan fastställas för den som driver en indexerad webbplats i ett peer to peer-nätverk, på vilken skyddade verk delas utan samtycke från upphovsrättsinnehavarna, kan slutsatsen dras att operatören utnyttjar de tjänster som tillhandahålls av internetleverantören, vars kunder delar filer på detta nätverk, i likhet med en person som själv direkt gör intrång i upphovsrätten.

67. Detta konstaterande påverkas inte av att en sådan webbplats som TPB:s kan kategoriseras som en värdtjänstleverantör som i princip är undantagen från ansvar för information som lagrats i enlighet med artikel 14.1 i direktiv 2000/31. Denna immunitet är villkorad. Immunitet beviljas endast om leverantören inte hade kännedom om att den information som lagrats eller om den verksamhet som bedrivits med hjälp av den informationen varit olaglig, och under förutsättning att han, så snart han har underrättats om den olagliga verksamheten, handlat utan dröjsmål för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig.

68. Om den tjänstlevererande mellanhanden inte uppfyller dessa villkor, det vill säga om han hade kännedom om att information som lagrats varit olaglig, men inte agerat för att avlägsna informationen eller göra den oåtkomlig, kan han hållas indirekt ansvarig för den informationen.

69. Detta är bland annat fallet när den som driver en indexerad webbplats i ett peer to peer-nätverk haft kännedom om eller underrättats om att de torrent-filer som tillhandahållits av användare av nätverket möjliggjort att dela verk som tillgängliggjorts i nätverket utan samtycke från upphovsrättsinnehavare och inte har agerat för att avlägsna filerna. I det nationella målet är det emellertid utrett att det förhåller sig på så sätt vad gäller TBP. Artikel 14 i direktiv 2000/31 utgör således inte hinder för att TBP kan hållas ansvarigt för intrång i upphovsrätten som följer av tillgängliggörandet.

70. Det ska vidare prövas om en sådan åtgärd är förenlig med de grundläggande rättigheterna.

Huruvida det är förenligt med de grundläggande rättigheterna att blockera tillgången till en webbplats

71. De åtgärder som vidtagits på grundval av artikel 8.3 i direktiv 2001/29 ska vara förenliga med tillämpliga grundläggande rättigheter.³³ Frågan huruvida ett föreläggande för en användare av tjänster som tillhandahålls av en internetleverantör att blockera möjligheten att gå in på en webbplats som fastställts göra intrång i upphovsrätten är förenligt med grundläggande rättigheter har analyserats ingående av domstolen i domen UPC Telekabel Wien.³⁴ Domstolen godkände en sådan åtgärd mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna på tre villkor.³⁵

72. För det första ska den leverantör till vilken föreläggandet är riktat ha möjlighet att få tillgång till den teknik som använts för att följa detta och kunna göra sig fri från sina skyldigheter genom att visa att han i detta avseende vidtagit alla rimliga åtgärder. Det rör sig här om villkor som föreskrivs i nationell rätt och det ankommer på de nationella domstolarna att kontrollera att de iakttas.

33 — Dom av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkterna 45 och 46 och där angiven rättspraxis).

34 — Dom av den 27 mars 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, punkterna 46–63).

35 — Dom av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkt 64).

73. För det andra ska de åtgärder som vidtas inte onödigtvis frånta internetanvändarna möjligheten att på ett tillåtet sätt ta del av information. Det är emellertid uppenbart att ett föreläggande att blockera en viss webbplats berövar internetanvändarna tillgång till information som finns där oavsett om den är laglig eller inte.

74. Frågan huruvida ett sådant föreläggande är lagligt ska enligt min mening således bedömas i varje enskilt fall genom att analysera proportionaliteten mellan dels föreläggandet och fråntagandet av tillgången till information som följer därav, dels omfattningen och allvaret i de intrång som gjorts i upphovsrätten genom nämnda webbplats.

75. Vad gäller TPB innehåller, enligt de uppgifter som klaganden i målet lämnat och som det ankommer på den nationella domstolen att pröva, mer än 90 procent av filerna till vilka tillträde ges på webbplatsen verk som tillgängliggjorts för allmänheten utan samtycke från upphovsrättsinnehavarna. Dessutom har de som driver TPB vid flera tillfällen underrättats om att innehållet på deras webbplats är olagligt och ålagts att avlägsna detta, vilket de uttryckligen vägrat att göra.

76. Under dessa omständigheter anser jag att det står i proportion till omfattningen och allvaret av de intrång som gjorts i upphovsrätten på denna webbplats att beröva internetanvändare tillträde till information genom att förelägga att TBP:s webbplats ska blockeras. Min bedömning grundar sig såväl på andelen olagligt innehåll som på den inställning som de som driver webbplatsen har. Detta gäller i än högre grad då verken delas lagligen på ett peer to peer-nätverk. I det fallet är det mycket troligt att de också är lika lättillgängliga utan kostnad eller att de kan tillgängliggöras med lätthet. Det skulle förhålla sig annorlunda om det skulle röra sig om en webbplats där det olagliga innehållet enbart är marginellt och där operatörerna samarbetar lojalt för att avlägsna detta.

77. Det ankommer naturligtvis på den nationella domstolen att slutligt bedöma om den aktuella åtgärden är proportionerlig.

78. Slutligen, för det tredje, ska åtgärden utgöra hinder för, eller åtminstone innebära att det är 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 verk som gjorts tillgängliga för dem i strid med upphovsrätten. Med andra ord ska syftet med åtgärden vara att förebygga intrång i upphovsrätten eller att få det att upphöra och vara rimligt effektivt för att uppnå det målet.

79. I förevarande mål hyser motparterna i det nationella målet allvarliga tvivel i fråga om huruvida föreläggandet att blockera tillgången till TBP:s webbplats är effektivt. De anser dels att föreläggandet inte är effektivt, eftersom samma verk kan återfinnas och utbytas på internet på annat sätt än genom TPB, dels att föreläggandet att blockera en internetadress lätt kan kringgå av kunniga internetanvändare.

80. Det bör emellertid noteras, för det första att det enligt domstolens rättspraxis inte är nödvändigt att rätten till immateriell äganderätt garanteras ett absolut skydd, det vill säga att den aktuella åtgärden leder till att intrånget i upphovsrätten helt upphör. Det räcker att den i betydande utsträckning innebär att internetanvändarna avhålls från att göra sådana intrång genom att dessa försvåras.³⁶ Med beaktande av den betydelse sådana webbplatser som TBP har för peer to peer-nätverkets funktion, kan det enligt min mening inte förnekas att blockeringen av tillträdet till en sådan webbplats skulle hindra eller göra det svårt för de flesta användare att återfinna de verk som tillgängliggjorts på ett sådant nätverk och således att ladda ned dem i strid med upphovsrätten.

36 — Dom av den 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkterna 61–63). Domstolen har slagit fast att även en åtgärd som inte direkt hindrar intrång i upphovsrätten utan enbart kräver att användare identifierar sig för att få tillgång till internet uppfyller dessa kriterier (dom av den 15 september 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, punkterna 95 och 96).

81. För det andra påverkar inte den omständigheten att andra webbplatser än TPB kan fylla samma funktion effektiviteten av den åtgärd som begärts i det nationella förfarandet, eftersom liknande åtgärder kan begäras för att i sin tur blockera tillgången till dessa webbplatser. Om motparternas resonemang godtogs skulle detta innebära ett godtagande av att ingen åtgärd som syftar till att förebygga överträdelser av lagen kan vara effektiv, eftersom nya intrång alltid kommer att begås av andra personer.

82. Det ska för det tredje erinras om att en åtgärd som med all sannolikhet är mer effektiv och som består i att förordna om blockering av all internettrafik som avser verk som delas rättsstridigt i peer to peer-nätverk redan har varit föremål för domstolens bedömning. Domstolen underkände en sådan åtgärd med motiveringen att den innebar ett för stort ingrepp för internetleverantörerna och medförde ett för stort ingrepp i användarnas rättigheter.³⁷

83. Om en åtgärd som är mindre ingripande för tjänsteleverantörerna och innebär ett mindre ingrepp i användarnas rättigheter skulle underkännas i dag med motiveringen att den inte är tillräckligt effektiv, skulle internetleverantörerna slutligen de facto befrias från sin skyldighet att samarbeta när det gäller att bekämpa intrång i upphovsrätten. De undantag från ansvar som fastställs enligt direktiv 2000/31 för tjänstelevererande mellanhänder är emellertid en av de faktorer som enligt skäl 41 i direktivet skapar en balans mellan olika berörda intressen. Kompensationen för dessa undantag inom ramen för denna balans består inte enbart i att tjänstelevererande mellanhänder över huvud taget inte medverkar i dessa överträdelser av lagen utan även i deras samarbete när det gäller att undvika eller förebygga dessa intrång. De kan inte undandra sig denna skyldighet genom att beroende på omständigheterna antingen åberopa att åtgärderna är för ingripande eller att de är ineffektiva.

84. Jag föreslår således att domstolen för det fall att den första frågan besvaras nekande besvarar den andra frågan enligt följande: Artikel 8.3 i direktiv 2001/29 ska tolkas så att den gör det möjligt att rikta ett föreläggande till en mellanhand för att ålägga denne att blockera sina användares tillgång till en indexerad webbplats i ett peer to peer-nätverk om den som driver nämnda webbplats, enligt den nationella lagstiftningen kan hållas ansvarig för intrång i upphovsrätten som gjorts av användarna i nämnda nätverk, under förutsättning att åtgärden står i proportion till omfattningen och allvaret av de intrång som gjorts i upphovsrätten, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva.

Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Hoge Raad (Högsta domstolen, Nederländerna) på följande sätt:

Den omständigheten att den som driver en webbplats, genom att indexera webbplatsen och genom att tillhandahålla en sökmotor, gör det möjligt att hitta filer som innehåller upphovsrättsligt skyddade verk som erbjuds för delning i ett peer to peer-nätverk utgör en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, om operatören haft kännedom om att ett verk har gjorts tillgängligt på nätverket utan samtycke från upphovsrättsinnehavarna och inte har agerat för att göra verket oåtkomligt.

37 — Dom av den 24 november 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, punkterna 38–52).