

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
PEDRO CRUZ VILLALÓN  
föredraget den 14 april 2011<sup>1</sup>

Innehållsförteckning

I – Inledning .....	I - 11964
II – Tillämpliga bestämmelser .....	I - 11967
A – Unionsrätten .....	I - 11967
1. Lagstiftningen om skydd för immateriella rättigheter .....	I - 11967
a) Direktiv 2001/29 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället .....	I - 11967
b) Direktiv 2004/48 om säkerställandet av skyddet för immateriella rät- tigheter .....	I - 11968
2. Lagstiftningen om skydd för personuppgifter .....	I - 11969
a) Direktiv 95/46 om skydd för enskilda personer med avseende på be- handling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgif- ter .....	I - 11969
b) Direktiv 2002/58 om behandling av personuppgifter och integritets- skydd inom sektorn för elektronisk kommunikation .....	I - 11969
3. Lagstiftningen om elektronisk handel: direktiv 2000/31 .....	I - 11970
B – Den nationella lagstiftningen .....	I - 11970

1 – Originalspråk: franska.

III – Bakgrund till målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna .....	I - 11971
A – Bakgrund och målet vid den nationella domstolen .....	I - 11971
B – Tolkningsfrågorna .....	I - 11974
C – Förfarandet vid domstolen .....	I - 11974
IV – Bedömning .....	I - 11975
A – Inledande synpunkter .....	I - 11975
1. Omformulering av den första frågan: Europakonventionen och stadgan ...	I - 11975
2. Svarets struktur .....	I - 11977
3. En bedömning i fyra steg .....	I - 11978
B – Den sökta åtgärden (föreläggande om upphörande) och det system som krävs (filtrering och blockering) .....	I - 11979
1. Systemet för filtrering och blockering .....	I - 11980
i) Filtreringsmekanism .....	I - 11980
ii) Blockeringsmekanismen .....	I - 11982
2. De kännetecken som är utmärkande för förelägandet .....	I - 11982
a) ” ... utan begränsning i tiden ...”: Åtgärdens tillämpning i tiden .....	I - 11983
b) ”... alla elektroniska kommunikationer, både inkommande och utgående ...”: Åtgärdens materiella tillämpningsområde .....	I - 11983
c) ”i förhållande till samtliga sina kunder ...”: Den krets på vilken åtgärden är tillämplig .....	I - 11984
d) ” ... generellt och preventivt ...”: Den sökta åtgärdens förebyggande och avskräckande verkan .....	I - 11985
e) ” ... på egen bekostnad ...”: Kostnaderna för att verkställa den sökta åtgärden .....	I - 11985
3. Slutsats i denna del .....	I - 11986

C – Bedömning av åtgärden i förhållande till direktiven och artiklarna 7, 8 och 11 i stadgan: En begränsning i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan . . . . .	I - 11988
1. ”.. tolkade särskilt mot bakgrund av artiklarna 7 och 8 i stadgan:” Respekt för privatlivet och familjelivet och skydd av personuppgifter . . . . .	I - 11989
a) Skydd av personuppgifter (artikel 8 i stadgan) . . . . .	I - 11990
b) Sekretess för elektroniska kommunikationer (artikel 7 i stadgan) . . . . .	I - 11992
2. ”.. tolkade särskilt mot bakgrund av artikel 11 i stadgan”: Säkerställande av yttrandefriheten och rätt till information . . . . .	I - 11993
3. Slutsats i denna del . . . . .	I - 11995
D – Villkoren för begränsningar i utövandet av fri- och rättigheterna i stadgan och särskilt villkoret att den lag genom vilken begränsningen föreskrivs ska ha vissa egenskaper (artikel 52.1 i stadgan) . . . . .	I - 11995
E – ”.. på den enda grunden att det i lagstiftningen finns en bestämmelse ..” prövning av den nationella lagstiftningen med avseende på villkoret att lagen ska ha vissa egenskaper (artikel 52.1 i stadgan) . . . . .	I - 12000
V – Förslag till avgörande . . . . .	I - 12004

## I – Inledning

1. Förevarande mål ger domstolen möjlighet att pröva frågorna om intrång i upphovsrätten

I - 11964

och närstående rättigheter på Internet samt om olaglig nedladdning av verk som skyddas av upphovsrätt – ett fenomen som även kallas ”piratkopiering” av musikaliska, audiovisuella eller litterära verk samt av filmverk. Domstolen får vidare möjlighet att behandla den kamp som innehavarna av dessa rättigheter eller deras rättsinnehavare för mot

detta fenomen, vilket beskrivs som en global farsot.<sup>2</sup> Domstolen har för första gången ombetts att uttala sig om frågan huruvida vissa tekniska åtgärder för att bekämpa piratkopiering som, trots att de inte är helt tillförlitliga och föremål för ständig teknisk och praktisk utveckling, anses utgöra en lämplig reaktion på de intrång i immateriella rättigheter

som dagligen sker på nätet är förenliga med unionsrätten.

2 — Det är knappast nödvändigt att understryka att frågan om piratkopiering på Internet är global och att den har hanterats på olika sätt i olika länder, för det mesta genom ett domstolsavgörande (mot Internetanvändare, tjänstetillhandahållare, Internetleverantörer, webbvårdare, utgivare av *peer to peer*-program eller av tjänster (se bland annat målen Napster (A & M Records mot Napster, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 201) och Grokster (Metro-Goldwyn-Mayer Studios mot Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005) i Förenta staterna, målet Kazaa i Australien (Kazaa [2005] F.C.A. 1242) eller målet PirateBay i Sverige (Svea hovrätt, den 26 november 2010, mål nr B 4041-09)), ibland genom lagstiftning (till exempel, i Frankrike, den så kallade lagen Hadopi, benämnd efter den myndighet – Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet – som inrättas genom lagen (lag nr 2009-669 av den 12 juni 2009, genom vilken spridning och skydd för skapande på Internet främjas, JORF nr 135 av den 13 juni 2009, s. 9666), i Spanien, Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE av den 5 mars 2011), s. 25033, ibland *sui generis* (se till exempel, *Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing*, som undertecknades år 2008 av de största Internetleverantörerna i Förenade kungariket och företrädare för den kreativa industrin), som har kommenterats i omfattande utsträckning. Det är dock inte möjligt att, ens kortfattat, redogöra för denna överenskommelse. Den diskussion som överenskommelsen har väckt är global och särskilt kontroversiell. För en överblick av det franska synsättet på frågan, se bland annat Derieux, E. et Granchet, A., *La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPi*, Lamy Axe Droit, 2010. För en överblick av det synsätt som kommissionen företräder, se kommissionens första rapport om tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationshällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden av den 21 november 2003 (KOM(2003) 702 slutlig, punkt 4.7), kommissionens rapport om tillämpning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (KOM(2010) 779 slutlig, punkt 3.3) samt kommissionens meddelande av den 16 juli 2008, "En europeisk strategi för industriell äganderätt", (KOM(2008) 465 slutlig), punkt 5.3. Bland det arbete som utförts inom ramen för Europarådet kan även rekommendation nr CM/Rec(2008)6 från ministerkommittén för Europarådets medlemsstater av den 26 mars 2008 om åtgärder för att främja respekten för yttrande- och informationsfriheten med avseende på Internetfilter och riktlinjer som syftar till att stödja Internetleverantörer från juli 2008 beaktas. Se även OECD:s rapport som lämnades den 13 december 2005 på Working Party on the Information Economy, Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL.

2. De tolkningsfrågor som den nationella domstolen har ställt i förevarande mål påkallar en tolkning av ett antal komplicerade bestämmelser i såväl sekundärrätten som primärrätten. De bestämmelser i stadgan om de grundläggande rättigheterna<sup>3</sup>, vilka ska tolkas med beaktande av bestämmelserna i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.<sup>4</sup> Det ska emellertid direkt påpekas att samtliga rättsliga och tekniska frågor<sup>5</sup> som dessa åtgärder ger upphov till inte kan prövas inom ramen för förevarande förslag till avgörande. Med beaktande av formuleringen av de frågor som ställts av den hänskjutande domstolen och den domstolens redogörelse av de rättsliga och faktiska omständigheterna kommer jag att bemöda mig om att ge ett användbart

3 — Nedan kallad stadgan.

4 — Nedan kallad Europakonventionen.

5 — Den rättsliga klassificeringen av intrång och undantag för kopiering för privat bruk kommer inte att granskas. Inte heller kommer de olika tekniska metoderna för olaglig nedladdning eller de möjliga medlen för att hindra detta att undersökas. Jag får i detta hänseende göra en allmän hänvisning till den omfattande doktrin som detta fenomen ger upphov till.

svar genom att koncentrera mig på de väsentligaste aspekterna.

3. Domstolen har i detta avseende huvudsakligen ombetts att konkret klargöra huruvida den hänskjutande domstolen enligt unionsrätten kan besluta om en sådan åtgärd som den som det ansökts om i det nationella målet, vilken innebär att en Internetleverantör<sup>6</sup> förpliktas att inrätta ett system för filtrering och blockering av elektronisk kommunikation. Den sökta åtgärden får helt andra följder för Internetleverantören än för användarna av de tjänster som tillhandahålls av leverantören och för Internetanvändare i allmänhet. Det är därför nödvändigt att ta hänsyn till dessa båda sidor av problematiken, även om den fråga som ställts främst avser användarnas rättigheter.

4. Det ska även till en början klargöras att förevarande mål skiljer sig från Promusicae-målet<sup>7</sup> trots att målen uppenbarligen liknar varandra i rättsligt hänseende och vad beträff-

far den allmänna bakgrunden. Trots att det i förevarande mål, liksom i Promusicae-målet, krävs att det görs en avvägning mellan de krav som följer av skyddet av olika grundläggande rättigheter skiljer sig, såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, de två målen från varandra. Detta innebär att de principer som fastställts i domen i Promusicae-målet, särskilt principen om en korrekt balans mellan de rättigheter som är aktuella, inte gör det möjligt att avgöra målet. I Promusicae-målet hade det yrkats att en Internetleverantör i ett mål vid en nationell domstol skulle förete uppgifter om identitet och hemvist för personer som identifierats genom deras IP-adresser, samt datum och klockslag för uppkopplingen.<sup>8</sup> Det rörde sig således om utlämnande av kända och bestämda uppgifter i en domstolsprocess. I förevarande mål har det yrkats att en Internetleverantör ska förpliktas att inrätta ett system för filtrering av elektroniska kommunikationer och system för blockering av filer som kan innebära ett intrång i en immateriell rättighet. Det är inte ett ingrepp i efterhand som begärs efter det att ett intrång i upphovsrätten och närstående rättigheter har fastställts, utan ett förebyggande ingrepp i syfte att förhindra ett sådant intrång och närmare bestämt för att inrätta ett system för att förhindra varje framtida intrång i en immateriell rättighet,<sup>9</sup> enligt metoder som, såsom

6 — Nedan kallad Internetleverantör.

7 — Generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 18 juli 2007 i mål C-275/06, Promusicae, där domstolen meddelade dom den 29 januari 2008 (REG 2008, s. I-271).

8 — En IP-adress är en unik adress som de anordningar som kommunicerar i enlighet med Internetprotokollet använder för att identifiera sig och kommunicera med varandra på ett datanät. Se framför allt, Jon Postel ed., *Internet Protocol*, RFC 791, september 1981, <http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html>. Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Promusicae, punkterna 30 och 31.

9 — Det krävs visserligen att Internetleverantören inrättar en förebyggande anordning för att bekämpa intrång i immateriella rättigheter, men det ska betonas att i förevarande fall har ett föreläggande riktats mot Internetleverantören i ett tvistemål till följd av konstaterade intrång i immateriella rättigheter.

kommer att visas nedan, är behäftade med åtskillig osäkerhet.

5. Omständigheterna i det nationella målet kommer emellertid huvudsakligen att bedömas mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna.

## II – Tillämpliga bestämmelser

### A – Unionsrätten

6. Domstolen har huvudsakligen ombetts att tolka direktiven 2001/29/EG<sup>10</sup> och 2004/48/EG<sup>11</sup> (om skyddet för immateriella rättigheter), direktiven 95/46/EG<sup>12</sup> och 2002/58/EG<sup>13</sup> (om skydd för personuppgifter) samt direktiv

10 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, s. 10).

11 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (EUT L 157, s. 45, och rättelse i EUT L 195, s. 16, och L 204, 2007, s. 27).

12 — Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (EGT L 281, s. 31).

13 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (EGT L 201, s. 37).

2000/31/EG<sup>14</sup> (om elektronisk handel). Sambandet mellan dessa direktiv är komplicerat. Med hänsyn till detta kommer jag i redogörelsen för tillämpliga bestämmelser enbart att återge de bestämmelser i dessa direktiv som är nödvändiga för att förstå det nationella målet.

1. Lagstiftningen om skydd för immateriella rättigheter

a) Direktiv 2001/29 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

7. I artikel 8 i direktiv 2001/29 med rubriken ”Sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder” föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall se till att det finns lämpliga sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder i fråga om intrång i de rättigheter och skyldigheter som fastställs i detta direktiv samt vidta alla åtgärder som krävs för att säkerställa att dessa sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder tillämpas. Sanktionerna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande.

14 — 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”) (EGT L 178, s. 1).

2. Varje medlemsstat skall vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att rättsinnehavare, vilkas intressen berörs av en intrångshandling som utförs inom dess territorium, kan föra talan om skadestånd och/eller begära föreläggande samt, i tillämpliga fall, föra talan om beslag av det material som använts vid intrånget och även av sådana anordningar, produkter eller komponenter som avses i artikel 6.2.

3. 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.”

b) Direktiv 2004/48 om säkerställandet av skyddet för immateriella rättigheter

8. I artikel 9.1 a i direktiv 2004/48 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna på sökandens begäran får

a) utfärda ett interimistiskt föreläggande mot den påstådda intrångsgöraren i syfte att hindra ett omedelbart förestående immaterialrättsintrång eller tillfälligt

förbjuda, vid behov förenat med vite om så föreskrivs i nationell lagstiftning, en fortsättning av det påstådda intrånget eller göra en fortsättning avhängig av att det ställs säkerhet för ersättning till rättighetshavaren; ett interimistiskt föreläggande får också utfärdas på samma villkor mot en mellanhand vars tjänster utnyttjas av en tredje man för att göra immaterialrättsintrång; förelägganden mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet omfattas av direktiv 2001/29/EG.”

9. I artikel 11 i direktiv 2004/48, med rubriken ”Förelägganden”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, när de har fastställt att ett intrång har begåtts i en immateriell rättighet, får utfärda ett föreläggande mot intrångsgöraren med förbud att fortsätta intrånget. Om så föreskrivs i nationell lagstiftning skall föreläggandet, där så är lämpligt, förenas med vite för att säkerställa efterlevnad. 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.”

b) Direktiv 2002/58 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation

## 2. Lagstiftningen om skydd för personuppgifter

a) Direktiv 95/46 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter

10. I artikel 13.1 g i direktiv 95/46 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får genom lagstiftning vidta åtgärder för att begränsa omfattningen av de skyldigheter och rättigheter som anges i artiklarna 6.1, 10, 11.1, 12 och 21 i fall då en sådan begränsning är en nödvändig åtgärd med hänsyn till

11. I artikel 5 i direktiv 2002/58 om konfidentialitet vid kommunikation föreskrivs följande i första stycket:

”1. Medlemsstaterna skall genom nationell lagstiftning säkerställa konfidentialitet vid kommunikation och därmed förbundna trafikuppgifter via allmänna kommunikationsnät och allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster. De skall särskilt förbjuda avlyssning, uppfångande med tekniskt hjälpmedel, lagring eller andra metoder som innebär att kommunikationen och de därmed förbundna trafikuppgifterna kan fångas upp eller övervakas av andra personer än användarna utan de berörda användarnas samtycke, utom när de har laglig rätt att göra detta i enlighet med artikel 15.1. Denna punkt får inte förhindra teknisk lagring som är nödvändig för överföring av kommunikationen utan att det påverkar principen om konfidentialitet.”

12. I artikel 15.1 i direktiv 2002/58 om tillämpningen av vissa bestämmelser i direktiv 95/46/EG föreskrivs följande:

...

g) skydd av den registrerades eller andras fri- och rättigheter.”

”1. Medlemsstaterna får genom lagstiftning vidta åtgärder för att begränsa omfattningen



av de rättigheter och skyldigheter som anges i artikel 5, artikel 6, artikel 8.1, 8.2, 8.3 och 8.4 och artikel 9 i detta direktiv när en sådan begränsning i ett demokratiskt samhälle är nödvändig, lämplig och proportionell för att skydda nationell säkerhet (dvs. statens säkerhet), försvaret och allmän säkerhet samt för förebyggande, undersökning, avslöjande av och åtal för brott eller vid obehörig användning av ett elektroniskt kommunikationssystem enligt artikel 13.1 i direktiv 95/46/EG. Medlemsstaterna får för detta ändamål bland annat vidta lagstiftningsåtgärder som innebär att uppgifter får bevaras under en begränsad period som motiveras av de skäl som fastställs i denna punkt. Alla åtgärder som avses i denna punkt skall vara i enlighet med de allmänna principerna i gemenskapslagstiftningen, inklusive principerna i artikel 6.1 och 6.2 i Fördraget om Europeiska unionen.”

3. Lagstiftningen om elektronisk handel: direktiv 2000/31

13. I artikel 15 i direktiv 2000/31, som avslutar avsnitt 4 om tjänstelevererande mellanhänders ansvar, fastställs principen avsaknad

av allmän övervakningsskyldighet enligt följande:

”1. Medlemsstaterna får inte ålägga tjänsteleverantörerna en allmän skyldighet att, i samband med tillhandahållande av sådana tjänster som avses i artiklarna 12, 13 och 14, övervaka den information de överför eller lagrar, och inte heller någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet.

2. Medlemsstaterna kan fastställa skyldigheter för leverantörer av informationssamhällets tjänster att omedelbart informera de behöriga myndigheterna om påstådda olagliga verksamheter som utförts eller olaglig information som tillhandahållits av mottagarna av deras tjänster eller att till behöriga myndigheter på deras begäran lämna information som gör det möjligt att identifiera de mottagare av deras tjänster med vilka de ingått lagringsavtal.”

## B – Den nationella lagstiftningen

14. Artikel 87.1 i lag av den 30 juni 1994 om upphovsrätt eller närstående rättigheter,<sup>15</sup> i dess lydelse enligt lag av den 10 maj 2007 om

<sup>15</sup> — Moniteur belge av den 27 juli 1994, s. 19297.

införlivande av artikel 8.3 i direktiv 2001/29 och artikel 11 i direktiv 2004/48, har följande lydelse:

”Ordföranden för domstolen i första instans och ordföranden för handelsdomstolen... kan pröva intrång i upphovsrätt eller närstående rättigheter och förordna att sådant intrång ska upphöra.

Ordförandena kan också utfärda ett föreläggande om upphörande mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång i en upphovsrätt eller en närstående rättighet.”

### III – Bakgrund till målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

#### A – Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

15. Genom handling av den 24 juni 2004 ansökte Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (Sabam) hos ordföranden för Tribunal de première instance de Bruxelles om att ordföranden med stöd av lagen av den 30 juni 1994 om upphovsrätt och närstående

rättigheter interimistiskt skulle förelägga Internetleverantören Scarlet Extended SA att upphöra med viss verksamhet.<sup>16</sup>

16. Sabam har gjort gällande att den ställning som Scarlet i egenskap av Internetleverantör har är utmärkt för att vidta åtgärder i syfte att få företagets kunder att upphöra med upphovsrättsintrång, det vill säga Internetanvändare som olagligen laddar ned verk som finns i sammanslutningens repertoar med hjälp av *peer to peer*-program utan att betala ersättning, ett beteende som Scarlet drar fördel av på så sätt att det kan medföra en ökning av Internettrafiken och följaktligen även en ökning av efterfrågan på dess tjänster.

17. Sabam yrkade inledningsvis att domstolen skulle fastställa att Scarlet har gjort sig skyldigt till intrång i upphovsrätten till de musikaliska verk som ingår i Sabams repertoar, särskilt rätten att framställa exemplar av verken och rätten att göra dem tillgängliga för allmänheten. Intrånget bestod i den otillåtna delningen av elektroniska musikfiler med hjälp av *peer to peer*-program. Intrånget i fråga skedde genom användningen av Scarlets Internettjänster.

18. Därutöver yrkade Sabam att domstolen skulle förbjuda Scarlet att vid vite upphöra med dessa intrång genom att göra det omöjligt att – utan rättighetsinnehavarnas tillstånd – med hjälp av *peer to peer*-program skicka eller ta emot filer som innehåller musikaliska verk eller stoppa sådana överföringar.

<sup>16</sup> — Nedan kallad Scarlet.

19. Sabam yrkade slutligen att Scarlet skulle vid vite förpliktas att, inom en vecka från delgivningen av det slutliga avgörandet, förse Sabam med en beskrivning av de åtgärder som företaget avsåg att vidta. Sabam yrkade slutligen att Scarlet skulle föreläggas att publicera en viss text på ingångssidan till sin webbplats, och att publicera det slutliga avgörandet i två dagstidningar och en veckotidning efter Scarlets val.

20. I en dom av den 26 november 2004 fastställde domstolens ordförande att det hade förekommit ett upphovsrättsintrång. Innan det interimistiska yrkandet prövades förordnade domstolens ordförande en sakkunnig med uppdrag att utreda huruvida de tekniska lösningar som hade föreslagits av Sabam var tekniskt genomförbara, om de gjorde det möjligt att filtrera enbart olaglig fildelning och om det fanns andra anordningar för att kontrollera användningen av *peer to peer*-program samt att uppskatta kostnaden för de rekommenderade anordningarna.

21. Den sakkunnige avgav sitt utlåtande den 29 januari 2007. Slutsatserna i utlåtandet, som återges i begäran om hänskjutande, var följande:

”1. Ett *peer to peer*-nätverk är ett öppet medel för delning av innehåll. Det är självständigt och lokalt och har avancerade sök- och nedladdningsfunktioner.

2. Med undantag från den lösning som föreslås av Audible Magic är syftet med samtliga lösningar att hindra användning av *peer to peer*-nätverk, oberoende av vilket innehåll som överförs inom nätverket.

3. Dessutom är varaktigheten av de lösningar som går ut på att filtrera överföringar som sker med hjälp av *peer to peer*-program långt ifrån säkerställd på medellång sikt (2–3 år) på grund av den alltmer utbredda användningen av kryptering i denna typ av program.

4. Den lösning som föreslagits av Audible Magic är således den enda som försöker lösa problematiken på ett mer specifikt sätt. Denna lösning, huvudsakligen avsedd för utbildningsområdet, är emellertid inte dimensionerad för den trafik som en Internetleverantör har. Att använda denna teknik på Internetleverantörer medför därför en hög investerings- och driftskostnad om underdimensioneringen ska kunna kompenseras.

5. Denna kostnad ska sättas i förhållande till den period under vilken lösningen är verksam, eftersom den ovannämnda krypteringen gör även denna lösning överksam med avseende på filtrering vid överföring.

6. Interna efterforskningar inifrån ett *peer to peer*-nätverk är svårare att genomföra, men ger bättre resultat. Sådana metoder avser i första hand den fildelning som är olaglig och gör det möjligt att ta hänsyn till i vilket sammanhang fildelningen sker.
7. Dessa metoder är inte heller känsliga, eller i alla fall mycket mindre känsliga, för kryptering och utgör enligt mig den bästa investeringen på medellång och lång sikt för att säkerställa respekten för upphovsrätt samtidigt som de innebär att alla berördas rättigheter respekteras.”
22. På grundval av detta sakkunnigutlåtande meddelade ordföranden för Tribunal de première instance de Bruxelles ett andra avgörande den 29 juni 2007, genom vilket han förpliktade Scarlet att, vid vite om 2 500 euro per dag, inom sex månader upphöra med de upphovsrättsintrång som hade fastställts i domen av den 26 november 2004 genom att göra det omöjligt för Scarlets kunder att skicka eller ta emot elektroniska filer genom användning av *peer to peer*-program innehållande musikaliska verk ur Sabams repertoar.
23. Scarlet överklagade detta avgörande till Cour d’appel i Bryssel den 6 september 2007.
24. Scarlet ansökte den 7 december 2007 hos ordföranden för Tribunal de première instance de Bruxelles om att vitet mot företaget skulle upphävas, eller att verkställigheten åtminstone tillfälligt skulle skjutas upp. Scarlet har gjort gällande att det var materiellt och tidsmässigt omöjligt att följa föreläggandet, eftersom systemet Audible Magic inte fungerade och det inte var fastställt att det är tekniskt möjligt för en Internetleverantör att på ett effektivt sätt blockera eller filtrera *peer to peer*-trafik.
25. Genom beslut av den 22 oktober 2008 avslög ordföranden för Tribunal de première instance de Bruxelles Scarlets ansökan. Ordföranden ansåg att det faktum att överklagandet är ett devolutivt rättsmedel hindrade parterna från att på nytt få saken prövad i första instans. Ordföranden medgav att Audible Magics lösning inte framgångsrikt hade kunnat genomföras, men konstaterade att Scarlet inte har prövat några andra lösningar för blockering eller filtrering och att företaget således inte hade visat att föreläggandet inte kunde följas. I syfte att låta Scarlet försöka hitta andra lösningar beslutade ordföranden att verkställigheten av vitet skulle skjutas upp till och med den 31 oktober 2008.

B – *Tolkningsfrågorna*

26. Mot denna bakgrund beslutade Cour d'appel i Bryssel att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1. Får medlemsstaterna enligt direktiven 2001/29 och 2004/48, i förening med direktiven 95/46, 2000/31 och 2002/58, tolkade särskilt mot bakgrund av artiklarna 8 och 10 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, föreskriva en möjlighet för en nationell domstol som ska avgöra ett förfarande i sak att, på den enda grunden att det i lagstiftningen finns en bestämmelse enligt vilken '[den nationella domstolen också kan] utfärda ett föreläggande om upphörande mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång i en upphovsrätt eller en närstående rättighet, utfärda ett föreläggande enligt vilket en Internetleverantör (ISP) på egen bekostnad, utan begränsning i tiden och i förhållande till samtliga sina kunder, måste installera ett generellt och preventivt system för filtrering av alla elektroniska kommunikationer, både inkommande och utgående, som bland annat ... genom användning av *peer to peer*-program överförs med hjälp av Internetleverantörens tjänster, i syfte att först identifiera överföring inom nätverket av elektroniska filer innehållande musikaliska eller audiovisuella verk samt filmverk, som den som har yrkat föreläggande gör anspråk på rättigheterna till,

och sedan blockera överföringen av sådana filer, antingen i samband med begäran om överföring eller när överföring sker?

2. Om [första] fråga[n] ska besvaras ja-kande, innebär nämnda direktiv att den nationella domstolen, som ska meddela ett avgörande med avseende på ett yrkande om föreläggande mot en mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång i en upphovsrätt, är skyldig att tillämpa proportionalitetsprincipen vid prövningen av frågan huruvida den yrkade åtgärden är effektiv och avskräckande?”

C – *Förfarandet vid domstolen*

27. Scarlet, Sabam tillsammans med Belgian Entertainment Association Video (BEA Video) och Belgian Entertainment Association Music (BEA Music), Internet Service Provider Association (ISPA) och Konungariket Belgien, Republiken Tjeckien, Konungariket Nederländerna, Republiken Polen, Republiken Finland samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

28. Domstolen har hört företrädarna för Scarlet, Sabam och ISPA, samt ombuden för Konungariket Belgien, Republiken Tjeckien, Republiken Italien, Konungariket

Nederländerna, Republiken Polen och Europeiska kommissionens ombud vid den muntliga förhandlingen, som hölls den 13 januari 2011.

#### IV – Bedömning

##### A – Inledande synpunkter

1. Omformulering av den första frågan: Europakonventionen och stadgan

29. Den hänskjutande domstolen har angett att den första frågan avser tolkningen av flera bestämmelser i unionens sekundärrätt ”mot bakgrund av artiklarna 8 och 10 i Europakonventionen.” Den kan härvid säkerligen stödja sig på artikel 6.3 FEU enligt vilken ”de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i [Europakonventionen] ... [ska] ingå i unionsrätten som allmänna principer”. I detta avseende vill jag framföra några inledande synpunkter angående omformuleringen av vissa delar av frågan.

30. I artikel 6.1 första stycket FEU klargörs inledningsvis att stadgan ska ”ha samma rättsliga värde som fördragen”, såsom domstolen har understrukit i sin senaste rättspraxis.<sup>17</sup> De rättigheter, friheter och principer som fastställs i stadgan har således i sig ett rättsligt värde som är av högsta rang. Det är därför inte nödvändigt att tillämpa de allmänna principerna i den mån rättigheterna, friheterna och principerna i stadgan är identiska med förstnämnda principer. Detta är en första faktor som talar för en prövning av frågan mot bakgrund av stadgan snarare än mot bakgrund av bestämmelserna i Europakonventionen, *ceteris paribus*.<sup>18</sup>

31. I artikel 52.3 i stadgan föreskrivs att ”[i] den mån som denna stadga omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av [Europakonventionen] ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen” och att ”[d]enna bestämmelse [inte] hindrar ... unionsrätten från att tillförsäkra ett mer

17 — Se bland annat senast dom av den 14 oktober 2010 i mål C-243/09, Fuß, punkt 66, samt av den 9 november 2010 i de förenade målen C-92/09 och C-93/09, Volker und Markus Schecke och Eifert, punkt 45 och följande punkter, och i de förenade målen C-57/09 och C-101/09, B och D, punkt 78, av den 12 november 2010 i mål C-339/10, Asparuhov Estov, punkt 12, av den 23 november 2010 i mål C-145/09, Tsakouridis, punkt 52, domen av den 22 december 2010 i målet DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, punkt 30, samt dom av den 22 december 2010 i mål C-208/09, Sayn-Wittgenstein, punkt 52, i de förenade målen C-444/09 och C-456/09, Gavieiro Gavieiro och Iglesias Torres, punkt 75, och i mål C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga, samt av den 1 mars 2011 i mål C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats m.fl., punkt 16.

18 — Se även, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Bots förslag till avgörande av den 5 april 2011 i mål C-108/10, Scattolon.

långtgående skydd.”<sup>19</sup> Under sådana omständigheter som i det nationella målet ”motsvarar” emellertid, i den mening som avses i artikel 52.3 i stadgan, de rättigheter som garanteras i artikel 7 (respekt för privatlivet och familjelivet) och artikel 8 (skydd av personuppgifter) i stadgan de rättigheter som garanteras i artikel 8 i Europakonventionen. På motsvarande sätt motsvarar de de rättigheter som garanteras i artikel 11 (yttrandefrihet och informationsfrihet) i stadgan de rättigheter som garanteras i artikel 10 i Europakonventionen, trots de skillnader som föreligger vad gäller de formuleringar och begrepp som använts.<sup>20</sup>

32. De bestämmelser i Europakonventionen som, under vissa förutsättningar, tillåter en inskränkning av de rättigheter och friheter som garanteras – i förevarande fall artiklarna 8.2 och 10.2 – finner sin motsvarighet, något annorlunda formulerade, i en övergripande bestämmelse som är gemensam för samtliga rättigheter och friheter som garanteras i stadgan, nämligen artikel 52.1 (”Rättigheternas och principernas räckvidd och tolkning”).

33. I denna bestämmelse underkastas ”[v] arje begränsning i utövandet av de rättigheter

och friheter” ett antal villkor. Begreppet begränsning motsvarar i sin tur begreppet inskränkning, som används i artiklarna 8 och 10 i Europakonventionen. Dessa bestämmelser innehåller olika villkor som även i hög grad motsvarar de villkor som uppställs i artikel 52.1 i stadgan med avseende på vilken EU-domstolen ska beakta den tolkning som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna gjort.<sup>21</sup> I den mån som dessa villkor skiljer sig från varandra är det enligt min uppfattning uppenbart att bestämmelserna i stadgan ska ges en självständig tolkning.<sup>22</sup>

34. Med förbehåll för vad som angetts ovan föreslår jag en ändring av den hänskjutande domstolens fråga på så sätt att hänvisningen till artiklarna 8 och 10 i Europakonventionen ska ersättas med en hänvisning till ”artiklarna 7, 8 och 11 i stadgan, jämförd[a] med artikel 52.1 i stadgan, i erforderlig utsträckning tolkade mot bakgrund av artiklarna 8 och 10 i Europakonventionen”.

19 — Se dom av den 5 oktober 2010 i mål C-400/10 PPU, McB. (REU 2010, s. I-8965), punkt 53, och domen i det ovan nämnda målet DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, punkt 35.

20 — Se även de förklaringar som utarbetats för att ge vägledning vid tolkningen av stadgan, till vilka det hänvisas i artikel 52.7 och, i synnerhet, förklaringarna till artiklarna 7, 8, 11 och 52 i stadgan.

21 — Såsom domstolen fastställde i punkt 35 i domen i det ovan nämnda målet DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft ”bestäms de garanterade rättigheternas innebörd och räckvidd inte endast av lydelsen i [Europakonventionen] utan också av praxis från bland annat Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna” enligt de förklaringar som utarbetats för att ge vägledning vid tolkningen av stadgan som avses i artikel 52.7.

22 — Se, i detta avseende, mitt förslag till avgörande av den 1 mars 2011 i mål C-69/10, Samba Diouf, punkt 42.

## 2. Svarets struktur

35. Scarlet och ISPA liksom den belgiska, den tjeckiska, den nederländska, den polska, den finländska och den italienska regeringen har vid en materiell bedömning av de tillämpliga bestämmelserna allmänt men med vissa skillaktigheter vad gäller sättet att betrakta problemet anfört att unionsrätten utgör hinder mot en sådan åtgärd som den som det ansökts om i det nationella målet. Kommissionen har i sin tur anfört att de aktuella direktiven inte utgör hinder mot inrättandet av ett system för filtrering och blockering, såsom det som krävs, men de konkreta metoderna för att verkställa detta system är däremot inte förenliga med proportionalitetsprincipen. Den har vidare anfört att den nationella domstolen i första instans har gjort en felaktig tolkning av de krav som följer av proportionalitetsprincipen. De nationella bestämmelserna kan i sig inte ifrågasättas.

36. Det ska i detta avseende visserligen erinras om att det enligt artikel 52.1 i stadgan krävs att varje begränsning i utövandet av rättigheter och friheter ska ske bland annat med iakttagande av proportionalitetsprincipen. Det krävs att proportionalitetsprincipen tillämpas när frågan om en begränsning i den mening som avses i denna bestämmelse uppkommer, det vill säga inte enbart vid domstolens tillämpning i det konkreta fallet, vilket den andra frågan avser, utan även i ett tidigare skede vid den abstrakta definitionen

och utformningen av lagstiftaren. Kommissionens argumentation är enligt min uppfattning felaktig vad gäller denna aspekt av problemet.

37. Det råder knappast något tvivel om att lagen ska underkastas en proportionalitetsprövning. Denna prövning kan dock ske först efter det att det fastställts att en lag är för handen. Det är i detta avseende inte någon tillfällighet att det första villkoret att varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan och som fastställs i artikel 52.1 ska vara "föreskriven i lag". Den nationella domstolen har emellertid genom sin fråga huruvida den aktuella åtgärden kan vidtas "på den enda grunden att det i lagstiftningen finns en bestämmelse" i första hand bett domstolen att undersöka huruvida det första villkoret har uppfyllts. Denna aspekt av frågan kan enligt min mening inte kringgås och uppkommer före alla andra frågor.<sup>23</sup> Om det inte föreligger någon "lag" i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan saknas det anledning att i tur och ordning pröva de villkor som varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan ska underkastas, bland annat kravet att en begränsning ska vara proportionerlig. Domstolen har sällan haft anledning att pröva

23 — Detta är innebörden av den fråga som jag ställde under förhandlingen till olika parter.



detta villkor,<sup>24</sup> som emellertid är gemensamt för artiklarna 8 och 10 i Europakonventionen och som sedan länge gett upphov till omfattande rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, varför det är nödvändigt att beakta denna rättspraxis för att ge ett fullständigt och framför allt användbart svar till den hänskjutande domstolen.

första frågan enligt min mening bör besvaras nekande.<sup>25</sup>

### 3. En bedömning i fyra steg

38. Cour d'appel i Bryssel har formulerat sin begäran om förhandsavgörande i form av två frågor, av vilka den andra, som avser de nationella domstolarnas iakttagande av proportionalitetsprincipen, har ställts i andra hand för det fall domstolen besvarar den första frågan jakande. Det finns ingen anledning att pröva den andra frågan i den mån som den

39. Formuleringen av den första tolkningsfrågan, som är anmärkningsvärt utförlig och preciserad, möjliggör för mig att utveckla mitt resonemang genom att direkt stödja mig på olika faktorer som anges i den. I detta avseende ämnar jag presentera mitt resonemang i fyra steg.

40. I första hand kommer jag att grunda mig på beskaffenheten och egenskaperna hos den åtgärd som det har ansökts om vid den nationella domstolen, närmare bestämt att i andra instans fastställa eller avslå ansökan om inrättandet av ett system för en filtrering och blockering och härvid skilja mellan egenskaperna hos den sökta åtgärden, det vill säga hos föreläggandet om upphörande och dess innehåll. På grundval av denna bedömning kan jag lämna ett principiellt svar på frågan i vart fall mot bakgrund av Scarlets rättigheter och intressen. Jag har emellertid ombetts att lämna ett svar på frågan mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som tillkommer dem som använder Scarlets tjänster och, mer övergripande, Internetanvändarna, varför en

24 — För en hänvisning till villkoret, se bland annat dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen (1989. s. 2859; svensk specialutgåva, volym 10, s. 133), punkt 19, av den 17 oktober 1989 i mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen (REG 1989, s. 3137), punkt 30 och följande punkter, av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689), punkt 26, av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), punkt 42, och av den 1 juli 2010 i mål C-407/08 P, Knauf Gips mot kommissionen (REU 2010, s. I-6375), punkt 91. För en kontroll av villkoret, se domen i det ovannämnda målet Volker und Markus Schecke och Eifert, punkt 66. Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det ovannämnda målet Promusicae, punkt 53.

25 — I det följande kommer det följaktligen enbart att hänvisas till tolkningsfrågan i singular.

mer ingående prövning i detta avseende även är nödvändig.

41. På grundval av denna bedömning är det för det andra möjligt att pröva den sökta åtgärden mot bakgrund av de olika direktiv som åberopats och framför allt mot bakgrund av tillämpliga bestämmelser i stadgan såsom de tolkats och, i förekommande fall, mot bakgrund av motsvarande bestämmelser i Europakonventionen som nämnts av den hänskjutande domstolen. Den ingående bedömningen av den aktuella åtgärden möjliggör för mig att pröva åtgärden med avseende på begränsningar i utövandet av de rättigheter och friheter som föreskrivs i artikel 52.1 i stadgan.

42. Åtgärden utgör som konstaterats en "begränsning" i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan, i den mening som avses i artikel 52.1 i nämnda stadga, varför det för det tredje bör prövas på vilka villkor den är tillåten, varvid huvudsakligen kravet att begränsningen ska vara "föreskriven i lag" ska granskas. Med hänsyn till hur frågan formulerats är det inte nödvändigt att pröva åtgärden mot bakgrund av andra villkor som föreskrivs i denna bestämmelse. Detta är inte heller nödvändigt för att kunna ge ett användbart svar på frågan.

43. Det är mot bakgrund av det ovannämnda som slutligen och i sista hand frågan ska

prövas huruvida en sådan åtgärd som den sökta åtgärden kan vidtas mot dem som använder Scarletts tjänster och mot Internetanvändare i allmänhet, på grundval av de bestämmelser i den nationella lagstiftning som åberopats av den hänskjutande domstolen.

*B – Den sökta åtgärden (föreläggande om upphörande) och det system som krävs (filtrering och blockering)*

44. Den hänskjutande domstolen vill vad gäller denna aspekt huvudsakligen få klarhet i frågan huruvida en medlemsstat kan "utfärda ett föreläggande enligt vilket en Internetleverantör på egen bekostnad, utan begränsning i tiden och i förhållande till samtliga sina kunder, måste installera ett generellt och preventivt system för filtrering av alla elektroniska kommunikationer, både inkommande och utgående, som bland annat ... genom användning av *peer to peer*-program överförs med hjälp av Internetleverantörens tjänster, i syfte att först identifiera överföring inom nätverket av elektroniska filer innehållande musikaliska eller audiovisuella verk samt filmverk, som den som har yrkat föreläggande gör anspråk på rättigheterna till, och sedan blockera överföringen av sådana filer, antingen i samband med begäran om överföring eller när överföring sker" i form av ett föreläggande om upphörande.

45. Egenskaperna hos såväl systemet för filtrering och blockering som det föreläggande som yrkats kommer att prövas med stöd av de begrepp och de uttryck som använts i denna del av frågan.

i) Filtreringsmekanism

## 1. Systemet för filtrering och blockering

46. Det system som ska inrättas har ett dubbelt syfte. Det ska för det första säkerställa filtrering av alla elektroniska kommunikationer som överförs via Scarlets nätverk för att avslöja eller skilja ut de kommunikationer som innebär ett intrång i upphovsrätten.<sup>26</sup> Utöver denna filtrering ska systemet för det andra säkerställa blockering av kommunikationer som innebär ett intrång i upphovsrätten, antingen i samband med "begäran om överföring" eller när "överföring sker".<sup>27</sup> I den mån som en effektivt blockeringsmekanism är en förutsättning för ett effektivt system för filtrering är dessa åtgärder, som trots att de har ett nära samband, två olika åtgärder och har således olika konsekvenser.

47. Den hänskjutande domstolen har angett att den sökta åtgärden först och främst ålägger Scarlet att inrätta ett system för filtrering av både inkommande och utgående elektroniska kommunikationer, som överförs med hjälp av Internetleverantörens tjänster, i förhållande till samtliga sina kunder, särskilt *peer to peer*-kommunikationer. Den har anfört att syftet med filtreringen är att "identifiera överföring ... av elektroniska filer innehållande musikaliska eller audiovisuella verk samt filmverk, som ... [Sabam] påstår sig ha rättigheterna till".

48. Syftet med kontrollen är att möjliggöra filtrering av såväl inkommande som utgående elektroniska kommunikationer som överförs genom Scarlets tjänster. Filtreringen ska göra det möjligt för Scarlet att identifiera elektroniska filer som skickats och mottagits av kunderna till Scarlet, vilka påstås ha kränkt upphovsrätten eller närstående rättigheter. Den kontroll som ska inrättas, vilken omfattar såväl filtrering som identifiering, definieras huvudsakligen av de resultat som ska uppnås i förhållande till syftet med blockeringen av upptäckta filer som gör intrång i en immateriell rättighet. Den ska även kunna anpassa sig till teknologiska utvecklingar. För att vara

<sup>26</sup> — Nedan kallat systemet för filtrering.

<sup>27</sup> — Nedan kallad blockeringsmekanismen.

effektiv ska den vara systematisk, heltäckande och utvecklingsbar.<sup>28</sup>

piratkopierats.<sup>29</sup> Domstolen har varken klargjort hur omfattande eller hur noggrant kontrollen ska genomföras.

49. Varken den hänskjutande domstolen eller Sabam har gett några upplysningar vad gäller de konkreta metoder enligt vilka denna kontroll kan eller ska genomföras varken vad gäller tekniken för filtrering eller metoderna för identifiering av filer som antas ha

50. Det ska i detta avseende erinras om att det inte ankommer på domstolen utan enbart på den hänskjutande domstolen att i förekommande fall undersöka de tekniska aspekterna av denna fråga,<sup>30</sup> men det är viktigt att

28 — Sabam har i sina inlagor emellertid påpekat att den åtgärd som söks enbart avser *peer-to-peer*-kommunikation. Uttrycket *peer-to-peer* (vän till vän) betecknar en kommunikationsmetod enligt vilken datorer som är uppkopplade till ett direkt nätverk som är on-line och genom program som använder särskilda protokoll utbyter information som kan vara filer (*file sharing* som avses i förevarande fall) men även till exempel teletjänster som Skype. För att illustrera detta kan följande protokoll och program för *file sharing* nämnas: BitTorrent (Azoreus, BitComet, Shareaza, MlDonkey...), eDonkey (eDonkey2000, MlDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MlDonkey), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MlDonkey...), Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MlDonkey...), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MlDonkey). För en noggrannare redogörelse av *peer-to-peer*, se bland annat Stevens R., *Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing*, juli 2010 (på Oxforduniversitetets webbplats, Information and Communications Technology) <<http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml>>. Sabam har anfört att åtgärden syftar till att "göra det omöjligt ... att [genom *peer-to-peer*-program] skicka eller ta emot elektroniska filer innehållande musikaliska verk ur Sabams repertoar". Det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa de faktiska omständigheterna och huruvida systemet även ska anpassas till metoder alternativa till *peer-to-peer* för fildelning, såsom *streaming* och *direct download* (direkt nedladdning via till exempel RapidShare, MegaUpload). Domstolen, som inte får frångå ordalydelsen i de frågor som ställts och skälen till beslutet om hänskjutande, ska utgå från principen att det sökta systemet för filtrering och blockering bland annat och således inte uteslutande avser kommunikation genom *peer-to-peer*-program.

29 — Detta är en oundviklig följd av principen om en teknisk neutral lösning som åberopats av Sabam, vilken innebär att den sökta åtgärden inte ålägger Scarlet att använda en särskild teknik.

30 — Med den försiktighet som krävs av den som inte är fackman kan inrättandet av ett system för filtrering och blockering grunda sig på flera mekanismer för fastställande. Man kan urskilja 1) kontroll av de kommunikationsprotokoll som använts: varje *peer-to-peer*-protokoll har en egen mekanism för att förvalta nätet och samordna trafikfördelningen, det är möjligt att inrätta filter som i varje IP-paket söker ett spår som är specifikt för varje protokoll (signaturen). När signaturen väl har identifierats är det möjligt att i avskräckande syfte antingen blockera eller avsevärt sakta ned alla kommunikationer som använder detta protokoll eller utnyttja de möjligheter för fördjupad kontroll av innehållet i filerna för att enbart blockera de filer som fastställts göra intrång i en rättighet, 2) kontroll av innehållet i de filer som delas: genom denna typ av system kan man antingen fastställa en digital vattenstämpel som tidigare införts i en fil eller jämföra dataspåret i en fil med spår som tidigare införts i verken. Systemet CopySense d'Audible Magic, som nämns i beslutet om hänskjutande är ett system av denna typ, 3) kontroll av beteendet hos dem som deltar i den omtvistade kommunikationen: kontroll av kommunikationsportaler, kontroll av klientserverar när dessa öppnar flera anslutningar till flera andra kunder, kontroll av sökningar/överföring av filer, kontroll av kryptering för delning som ett försök att kringgå upptäckt. För en överblick av varierande teknik, se till exempel rapporten Kahn-Brugidou av den 9 mars 2005 och rapporten Olivennes om utvecklingen och skyddet för kulturella verk på nya nät av den 23 november 2007, som inspirerat den ovan nämnda lagen Hadopi.

klargöra att filtreringsmekanismens beskaffenhet inte saknar rättslig betydelse.<sup>31</sup>

ii) Blockeringsmekanismen

51. Den hänskjutande domstolen har anført att blockeringsmekanismen antingen kan verka ”i samband med begäran om överföring” eller ”när överföring sker”, men den har inte lämnat någon klargörelse med avseende på funktionen av en sådan mekanism. Sabam har vidhållit att den mekanism som ska användas huvudsakligen definieras med hänvisning till sitt syfte, det vill säga dess förmåga ”att göra det omöjligt ... att [genom *peer to peer*-program] skicka eller ta emot elektroniska filer innehållande musikaliska verk ur Sabams repertoar”. Den har anført att det rör sig om att stoppa överföring av viss information genom att meddelanden om *time-out* skickas, som visar att det är omöjligt att genomföra överföringen.

52. Det är i själva verket<sup>32</sup> omöjligt att beskriva hur det system för filtrering och den

blockeringsmekanism som ska inrättas enligt den sökta åtgärden fungerar konkret. Omfattningen av den filtrering som krävs, det vill säga såväl de personer som berörs av kontrollen, de kommunikationer som påverkas av kontrollen och omfattningen av den kontroll som ska genomföras är mycket allmän och delvis obestämd. Följaktligen kan varken dess konkreta inverkan på informationsutbytet eller dess ekonomiska totalkostnad, framför allt kostnaden för installation och kostnader för underhåll, fastställas i förväg.

2. De kännetecken som är utmärkande för föreläggandet

53. Beskaffenheten och de viktigaste egenskaperna hos de ovan beskrivna systemen för filtrering och blockering har en direkt inverkan på den sökta åtgärdens beskaffenhet. Den mycket stora omfattningen av det system som ska användas innebär att den krets på vilken den åtgärd som söks i form av ett föreläggande är tillämplig (*ratione personae*) och det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) är av allmän karaktär, liksom dess tillämpning i tiden, såsom den hänskjutande domstolen klargjort.

54. Den sökta åtgärden har även andra egenskaper som det är viktigt att ta upp. Den ålägger Scarlet i förebyggande syfte en skyldighet att uppnå ett visst resultat. Denna skyldighet

31 — Oaktat principen om en tekniskt neutral lösning, som Sabam åberopat, är inte heller valet av det system som ska inrättas tekniskt neutralt. Det kan till exempel rimligen anses att ett system för filtrering av innehåll av alla kommunikationer sannolikt i högre grad påverkar kommunikationsnätet än filtrering av de filer som delas enligt ett protokoll vars signatur har identifierats.

32 — Detta är en direkt följd av principen om en tekniskt neutral lösning, som åberopats av Sabam.

är, å ena sidan, förenad med ett vite och innebär, å andra sidan, att Scarlet ansvarar för kostnaderna för inrättandet av systemet för filtrering och blockering. Åtgärden definieras således med utgångspunkt i sitt huvudsyfte, vilket är att delegera det juridiska och ekonomiska ansvaret för kampen mot olaglig nedladdning av verk genom piratkopiering på Internet till Internetleverantörer. Detta kommer att diskuteras närmare i det följande.

hur effektivt det uppnådda resultatet är i förhållande till målet att skydda immateriella rättigheter.

a) ”... utan begränsning i tiden ...”: Åtgärdens tillämpning i tiden

55. Den hänskjutande domstolen har klargjort att det har yrkats att åtgärden ska gälla ”utan begränsning i tiden”. Sabam har i sin tur i sina inlagor bekräftat att det sökta föreläggandet inte ska vara föremål för en begränsning i tiden, förutom den som avser upphovsrättens giltighetstid. Den hänskjutande domstolen har även framhållit att åtgärden ska vara utvecklingsbar och kunna anpassas till den tekniska utvecklingen.

56. Den sökta åtgärden innebär att Scarlet och, som kommer att framgå, Internetleverantörer i allmänhet ska åläggas en konstant och evig skyldighet att utveckla, prova, inrätta och upprätthålla ett system för filtrering och blockering, som enbart bestäms utifrån

b) ”... alla elektroniska kommunikationer, både inkommande och utgående ...”: Åtgärdens materiella tillämpningsområde

57. De kommunikationer som omfattas av filtrering och, i förekommande fall, av blockering har inte, såsom visats ovan, specificerats. Det är omöjligt att fastställa om kontrollerna ska omfatta alla kommunikationer eller enbart de som överförs genom ett *peer to peer*-program, men det förefaller som att den kontroll som ska införas för att uppnå ett effektivt resultat ska vara systematisk och heltäckande.

58. Den sökta åtgärden avser ett föreläggande mot en Internetleverantör i ett tvistemål, vars syfte är fastställelse av intrång i immateriella rättigheter, upphörande av intrånget samt ersättning för de skador som nämnda intrång förorsakat. Den avser dock i själva verket att det ska inrättas ett konstant och evigt system för systematisk och heltäckande filtrering av samtliga elektroniska kommunikationer som överförs genom Internetleverantörernas tjänster.

c) ”i förhållande till samtliga sina kunder ...”:  
Den krets på vilken åtgärden är tillämplig

Systemet ska möjliggöra blockering av samtliga filer vars innehåll härrör från Sabams repertoarer utan att ett intrång i upphovsrätten har fastställts på förhand.

59. Genom det system som ska inrättas kan ingripande ske mot beteendena hos alla användare av den aktuella Internetleverantörens tjänster och inte enbart mot leverantörens kunders beteenden. Detta är en direkt följd av den heltäckande filtreringen av kommunikationerna. Såsom Sabam anfört i sina inlagor saknar det betydelse om kommunikationen härrör från eller är riktad till en kund hos Internetleverantören. För att vara effektivt ska systemet enligt den ordalydelse som används i tolkningsfrågan fungera utan att de personer som gör sig skyldiga till intrång i upphovsrätten har identifierats på förhand och oberoende av om det föreligger ett avtalsförhållande mellan ovannämnda personer och Internetleverantören.

60. Det system som ska inrättas ska kunna blockera överföringar från varje Internetanvändare som är kund hos Scarlet till varje annan Internetanvändare oberoende av om denna är kund hos Scarlet eller inte av samtliga filer som kan kränka en rättighet med avseende på vilken Sabam säkerställer förvaltning, insamling och skydd. Systemet ska också kunna blockera möjligheten för Internetanvändare som är kunder hos Scarlet att ta emot filer som gör intrång i upphovsrätten från andra Internetanvändare, oberoende av om dessa är kunder hos Scarlet eller inte.

61. Dessutom ska en annan aspekt av den mycket stora omfattningen av den sökta åtgärden framhållas. Det är uppenbart att målet vid den nationella domstolen enbart är en tvist mellan Sabam och Scarlet men av begäran om förhandsavgörande och av de olika deltagarnas inlagor framgår att tvistens omfattning nödvändigtvis går utöver parternas intressen. Avgörandet i målet kan onekligen sträckas ut till att omfatta samtliga Internetleverantörer, men även till andra viktiga Internetaktörer,<sup>33</sup> inte enbart i den medlemsstat i vilken tolkningsfrågorna ställts, utan i samtliga medlemsstater.<sup>34</sup> Den hänskjutande domstolen har, såsom jag redan har anfört, ombett domstolen att klargöra om unionsrätten utgör hinder mot att den hänskjutande domstolen tillerkänns rätt att besluta om en åtgärd som den som har sökts och, mer allmänt, om den utgör hinder mot att rättighetsinnehavare förstärker kampen mot olaglig nedladdning i form av ansökningar om denna

33 — Dessutom har en identisk fråga hänskjutits till domstolen inom ramen för en annan tvist mellan Sabam och Netlog, en plattform för sociala nätverk. Se mål C-360/10, Sabam, som ännu inte avgjorts av domstolen (EUT C 288, 2010, s. 18).

34 — Avgörandena från de belgiska domstolarna i detta mål har gett stort genljud utanför Europa, vilket kan konstateras genom en snabb sökning på Internet.

typ av åtgärder i samtliga medlemsstater och tredjeländer.<sup>35</sup>

överhängande intrång i upphovsrätt eller närstående rättigheter. Den sökta åtgärden är en åtgärd som ska vara både förebyggande och avskräckande.<sup>36</sup>

62. Den åtgärd som söks i form av ett föreläggande riktat mot en bestämd juridisk person att inrätta ett system för filtrering och blockering avser i själva verket att långvarigt påverka ett obestämt antal juridiska och fysiska personer, Internetleverantörer eller användare, leverantörer av it-tjänster och användare av nämnda tjänster.

e) ”... på egen bekostnad ...”: Kostnaderna för att verkställa den sökta åtgärden

d) ”... generellt och preventivt ...”: Den sökta åtgärdens förebyggande och avskräckande verkan

63. Den hänskjutande domstolen har anfört att den sökta åtgärden ska vidtas mot Scarlet ”generellt” och ”preventivt”, utan att emellertid klargöra vad den avser därmed. Det kan emellertid antas att den sökta åtgärden inte innebär att Internetleverantören åläggs en skyldighet som grundar sig på ett konkret fastställande av en domstol i ett tvistemål av ett faktiskt intrång eller risken för

64. Den hänskjutande domstolen har slutligen anfört att leverantören ska stå för kostnaderna för inrättandet av det system för filtrering och blockering som har sökts. Den aktuella åtgärden innebär att de inte obetydliga kostnader som är förenade med de rättsprocesser som innehavare av upphovsrätt eller närstående rättigheter, eller deras rättighetsinnehavare, är tvungna att driva för att få fastställt att intrång ägt rum, för att

35 — Det är knappast nödvändigt att framhålla de avsevärda processuella och ekonomiska fördelar som ett allmänt inrättande av system för filtrering och blockering har för rättighetsinnehavare och framför allt för de organ som förvaltar rättigheter som deltar i kampen mot olaglig nedladdning, under förutsättning att systemen är effektiva i praktiken, i förhållande till en strategi som består i att få domstolar att förplikta Internetleverantörer att medverka till att kontrollera och förteckna dem som gjort sig skyldiga till en överträdelse för att sedan vidta åtgärder mot dem.

36 — Sabam har i detta avseende anfört att den inte påstår att Scarlet har gjort sig skyldigt till intrång eller är ansvarigt för dessa intrång i den immateriella rättigheten, utan syftet med Sabams talan är att avhålla Scarlet från att tillhandahålla tjänster till tredje man såvida dessa använder tjänsten för att göra intrång i en upphovsrätt eller en närstående rättighet. Det ska emellertid erinras om att Scarlet i första instans har ålagts ett föreläggande om upphörande förenat med vite som är föremål för överklagandet i målet vid den nationella domstolen och att Sabam har yrkat att avgörandena i första instans ska fastställas samt att det avgörande som meddelas ska översättas och offentliggöras på dess webbplats och i flera tidskrifter.



beivra intrånget och i förekommande fall för att få ersättning för intrånget, vältras över på Scarlet.

65. Den direkta ekonomiska effekten av den aktuella åtgärden,<sup>37</sup> som inte har bedömts och som inte kan bedömas,<sup>38</sup> förvärras av de viten som kan förenas med den sökta åtgärden och framför allt de som avser dröjsmål vid inrättandet av systemet för filtrering och blockering.

### 3. Slutsats i denna del

66. Mot bakgrund av vad som anförts ovan framgår att den sökta åtgärden, som innebär att en Internetleverantör åläggs att inrätta ett ovan beskrivet system för filtrering och blockering, i själva verket är en ny, allmän-giltig skyldighet som kan utvidgas till att varaktigt omfatta samtliga Internetleverantörer.

37 — Den sakkunnige, som utnämns av ordföranden för domstolen i första instans i Bryssel, har tryckt på denna aspekt av frågan. Se punkterna 4 och 5 i slutsatserna i hans rapport av den 29 januari 2009, som anges i beslutet om hänskjutande och återges ovan i punkt 21.

38 — Principen om en tekniskt neutral lösning, som åberopats av Sabam, innebär att det är omöjligt att i förväg bedöma de totala kostnaderna för inrättandet av ett system för filtrering och blockering, oberoende av om det rör sig om kostnader för att utforska och testa själva systemet, investeringskostnader (filtreringsbox, router ...), kostnader för anläggningsarbeten och förvaltning av projektet eller löpande kostnader för underhåll eller den operativa uppföljningen.

Den har varken konkretiserats eller bestämts, vilket i allmänhet är fallet beträffande åtgärder som vidtas mot ett specifikt och bestämt beteende. Den hänskjutande domstolen har, som ett motdrag mot mer eller mindre bestämda intrång i immateriella rättigheter ombetts att vidta en åtgärd som enbart kan vara allmän vad gäller dess tillämplighet i tid och rum samt vad gäller den personkrets som omfattas.

67. Om den hänskjutande domstolens fråga enbart ska undersökas i förhållande till Scarletts rättigheter och intressen kan den med tillämpning av legalitetsprincipen i dess mest allmänna mening besvaras nekande. Såsom domstolen påpekat i domen i det ovan nämnda målet Hoechst mot kommissionen<sup>39</sup> ”måste [i]ngripande av offentliga organ på fysiska och juridiska personers privata området ... emellertid ... ha stöd i lag och kunna motiveras med i lagen angivna skäl”. Detta skyddskrav, som utgör en allmän princip i unionsrätten, är följderna av legalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen, som härleds

39 — Punkt 19.

från rättsstatsprincipen.<sup>40</sup> Domstolen har således vid flera tillfällen slagit fast att det enligt rättssäkerhetsprincipen krävs att bestämmelser som innebär att de skattskyldiga åläggs avgifter<sup>41</sup>, som innebär negativa konsekvenser för enskilda<sup>42</sup> eller som innehåller restriktiva åtgärder med betydande inverkan på angivna personers fri- och rättigheter<sup>43</sup>, ska vara klara och precisa, så att den skattskyldige på ett otvetydigt sätt kan få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och själv

kan vidta åtgärder i enlighet därmed.<sup>44</sup> Såsom det kommer att redogöras för utförligt nedan uppfyller,<sup>45</sup> i samband med en bedömning ur ett användarperspektiv – såväl användarna av Scarlets tjänster som Internetanvändare i allmänhet – den nationella bestämmelse med stöd av vilken det är möjligt att ålägga Scarlet den aktuella skyldigheten.

40 — Det behöver knappast erinras om att unionen enligt artikel 2 FEU bland annat grundar sig på rättsstatsprincipen och att domstolen i sin rättspraxis för länge sedan fastställt principen om rättslig gemenskap. Se bland annat dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, *Les Verts mot parlamentet* (1986, s. 1339; svensk specialutgåva, volym 8, s. 529), punkt 23, och av den 3 september 2008 i de förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, *Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen* (REG 2008, s. I-6351), punkt 281. Avseende dessa frågor och de reservationer som gäller vid tillämpningen av nationella begrepp i unionsrätten, se bland annat Calliess, C. och Ruffert, M., *EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar*, Beck, 2007, s. 62. Schwarze, J., *Droit administratif européen*, Bruylant 2009, s. 219 och följande sidor; Azoulai, L., "Le principe de légalité", i Auby, J.-B. och Dutheil de la Rochère, J., *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, s. 394, framför allt s. 399; Simon D., "La Communauté de droit", i Sudre, F. och Labayle, H., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, s. 85, framför allt s. 117 och följande sidor.

41 — Se dom av den 9 juli 1981 i mål 169/80, *Gondrand och Garancini* (REG 1981, s. 1931), punkt 17, av den 22 februari 1989 i de förenade målen 92/87 och 93/87, kommissionen mot Frankrike och Förenade kungariket (REG 1989, s. 405), punkt 22, av den 13 februari 1996 i mål C-143/93, *Van Es Douane Agenten* (REG 1996, s. I-431), punkt 27, av den 17 juli 1997 i mål C-354/95, *National Farmers' Union m.fl.* (REG 1997, s. I-4559), punkt 57, av den 16 oktober 1997 i mål C-177/96, *Banque Indosuez m.fl.* (REG 1997, s. I-5659), punkt 27, av den 23 september 2003 i mål C-78/01, *BGL* (REG 2003, s. I-9543), punkt 71, och av den 20 november 1997 i mål C-338/95, *Wiener SI* (REG 1997, s. I-6495), punkt 19.

42 — Se, till exempel, dom av den 7 juni 2005 i mål C-17/03, *VEMW m.fl.* (REG 2005, s. I-4983), punkt 80, av den 14 januari 2010 i mål C-226/08 *Stadt Papenburg* (REU 2010, s. I-131), punkt 45, av den 14 september 2010 i mål C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals och Akcros Chemicals mot kommissionen m.fl.* (REU 2010, s. I-8301), punkt 100, och av den 2 december 2010 i mål C-225/09, *Jakubowska* (REU 2010, s. I-12329), punkt 42.

43 — Dom av den 29 april 2010 i mål C-340/08, *M m.fl.* (REU 2010, s. I-3913), punkt 65.

68. Om man anlägger det synsätt som med rätta företräds av kommissionen, framgår det klart att den sökta åtgärden inte är proportionerlig i förhållande till den påstådda överträdelsen av de immateriella rättigheterna. Enligt min mening har emellertid inte denna fråga ställts i det nationella målet. Den fråga som ställts är huruvida den nya skyldigheten att inrätta ett system för filtrering och blockering med ovan angivna egenskaper får åläggas Internetleverantörerna i form av ett föreläggande och med stöd av den rättsliga grund som jag kommer att undersöka nedan, med

44 — Se även dom av den 30 januari 1985 i mål 143/83, kommissionen mot Danmark (REG 1985, s. 427; svensk specialutgåva, volym 8, s. 31), punkt 10, av den 21 juni 1988 i mål 257/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 3249), punkt 12, av den 16 juni 1993 i mål C-325/91, *Frankrike mot kommissionen* (REG 1993, s. I-3283; svensk specialutgåva, tillägg, s. 87), punkt 26, av den 1 oktober 2009 i mål C-370/07, kommissionen mot rådet (REG 2009, s. I-8917), punkt 39, av den 11 november 2010 i mål C-152/09, *Groote* (REU 2010, s. I-11285), punkt 43, och av den 22 december 2010 i mål C-77/09, *Gowan Comércio* (REU 2010, s. I-13533), punkt 47. Avseende kravet att åtgärder för att införliva direktiv ska vara klara och precisa, se, bland annat, dom av den 20 oktober 2005 i mål C-6/04, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2005, s. I-9017), punkt 21, av den 10 maj 2007 i mål C-508/04, kommissionen mot Österrike (REG 2007, s. I-3787), punkt 73, och av den 3 mars 2011 i mål C-50/09, kommissionen mot Irland (REU 2011, s. I-873), punkt 46.

45 — Se nedan punkt E, punkt 101 och följande punkter.

hänsyn till skyldighetens inverkan på Internetanvändarnas grundläggande rättigheter.

*C – Bedömning av åtgärden i förhållande till direktiven och artiklarna 7, 8 och 11 i stadgan: En begränsning i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan*

69. Tolkningsfrågan avser domstolens tolkning av ”direktiven 2001/29 och 2004/48, i förening med direktiven 95/46, 2001/31 och 2002/58, tolkade särskilt mot bakgrund av artiklarna [7, 8, 11 och artikel 52.1 i stadgan].” Det handlar huvudsakligen om att mot bakgrund av gällande nationell lagstiftning avgöra huruvida dessa rättsregler, som består av primär- och sekundärrätt, innebär att de nationella domstolarna genom ett föreläggande kan besluta om den aktuella åtgärden. Målet vid den nationella domstolen ska emellertid i första hand prövas mot bakgrund av primärrätten, och det är även mot bakgrund av primärrätten som sekundärrätten i första hand ska tolkas, eftersom de fri- och rättigheter som följer av artiklarna 7, 8 och 11 i stadgan, såsom kommer att visas nedan, direkt berörs av den aktuella åtgärden. Denna iakttagelse kräver några inledande anmärkningar.

70. Det ska erinras om att de direktiv som angetts i frågan utgör den rättsliga ramen för

vidtagandet av den sökta åtgärden.<sup>46</sup> Vissa anser att de tillåter eller inte utgör hinder mot vidtagande av åtgärden, andra anser däremot att de inte möjliggör eller utgör hinder mot att vidta åtgärden.<sup>47</sup> I dessa direktiv hänvisas det mer eller mindre uttryckligen till de grundläggande rättigheter som garanteras i Europakonventionen och numera även i stadgan.<sup>48</sup> I domen i Promusicaemålet slog domstolen fast att det ankommer på medlemsstaterna att, när de införlivar och tillämpar direktiven med nationell rätt, uppnå en korrekt balans mellan de grundläggande rättigheter som de bidrar till att garantera.

71. I artiklarna 7, 8 och 11 i stadgan garanteras som angetts ovan respekt för privatlivet

46 — Medlemsstaterna har enligt artikel 8.3 i direktiv 2001/29 och artikel 9.1 a i direktiv 2004/48 en dubbel skyldighet att inrätta rättsliga mekanismer för att förebygga och beivra intrång i immateriella rättigheter. Enligt artikel 15.1 i direktiv 2000/31 har medlemsstaterna en dubbel skyldighet att underlåta att vidta åtgärder. Medlemsstaterna får inte ålägga ”tjänsteleverantörerna” en allmän skyldighet att övervaka den information de överför eller lagrar, och inte heller någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet. I direktiven 95/46 och 2002/58 garanteras genom det syfte som eftersträvas med dem rätten till skydd av personuppgifter. I artikel 4 i direktiv 2006/24 föreskrivs att medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att de uppgifter som lagras i enlighet med detta direktiv enbart överförs till behöriga nationella myndigheter i närmare angivna fall och i enlighet med nationell lagstiftning.

47 — Se, i detta avseende, generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det ovannämnda målet Promusicae, som har gjort en noggrann undersökning av förhållandet mellan olika direktiv.

48 — Se framför allt skälen 1, 2, 10 och 37 i direktiv 95/46/EG, skälen 3, 11 och 24 i direktiv 2002/58, skäl 9 i direktiv 2000/31 och skälen 9 och 25 och artikel 4 i direktiv 2006/24.

och familjelivet, skydd av personuppgifter och yttrandefrihet och informationsfrihet. Det är knappast nödvändigt att framhålla att förevarande mål avser andra grundläggande rättigheter, framför allt rätten till egendom, som garanteras i artikel 17.1 i stadgan, och närmare bestämt skyddet för immateriell egendom, som garanteras i artikel 17.2 i stadgan. Kränkningen av sistnämnda rättighet är, till följd av olaglig nedladdning på Internet, mycket omfattande och står självfallet i centrum i målet vid den nationella domstolen. Med hänsyn till den sökta åtgärden och det system för filtrering och blockering som krävs samt de begrepp som används i den hänskjutna frågan rör det sig framför allt om de rättigheter som garanteras i artiklarna 7, 8 och 11 i stadgan. Rätten till egendom berörs enbart i andra hand, i den mån som systemet ska inrättas uteslutande på Internetleverantörens bekostnad.<sup>49</sup>

72. Det är mot bakgrund av vad som anförts ovan som frågan huruvida den sökta åtgärden kan anses utgöra en begränsning i utövandet av rättigheter och friheter, i den mening

49 — I den mån som systemet för filtrering och blockering ska inrättas enbart på Internetleverantörens bekostnad kan den nämnda åtgärden även anses innebära att rätten till egendom berövas i den mening som avses i artikel 17 i stadgan, tolkad mot bakgrund av artikel 1 i protokoll nr 1 i Europakonventionen och rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna. Denna aspekt av frågan kommer emellertid inte att undersökas i förevarande förslag till avgörande.

som avses i artikel 52.1 i stadgan, såsom den artikeln ska tolkas mot bakgrund av artiklarna 8.2 och 10.2 i Europakonventionen, ska prövas. Om ovannämnda åtgärd ska anses utgöra en begränsning,<sup>50</sup> är det nödvändigt att förvissa sig om att den uppfyller olika villkor som uppställs i dessa artiklar.

1. "... tolkade särskilt mot bakgrund av artiklarna 7 och 8 i stadgan." Respekt för privatlivet och familjelivet och skydd av personuppgifter

73. Det ska undersökas huruvida den sökta åtgärden kan utgöra en begränsning i rätten till skydd av personuppgifter, å ena sidan, och i sekretessen för kommunikationer, å andra

50 — Eller som ingripande, i den mening som avses i artikel 8 i Europakonventionen, eller inskränkning, i den mening som avses i artikel 10 i Europakonventionen. Avseende dessa begrepp, se bland annat Ganshof van der Meersch, W.J., *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte*, Festschrift für H. Mosler, Springer, 1983, s. 263, Kiss, C.-A., "Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH", i Turp, D. och Beaudoin, G., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Yvon Blais, 1986, s. 119, Duarte, B., *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, avhandling, Université de Lille II, 2005, Viljanen, J., *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, avhandling, University of Tampere, 2003, Loucaides, L. G., "Restrictions or limitations on the Rights guaranteed by the European Convention on Human Rights", *The Finnish Yearbook of International Law*, volym 3, s. 334.

sidan. Allmänt kan fastställas, såsom kommissionen<sup>51</sup> vid ett antal tillfällen har konstaterat, att möjligheten att förbli anonym är av grundläggande betydelse om de grundläggande rättigheterna till privatliv i cyberspace ska kunna säkerställas. Det är uppenbart att direktiven 95/46 och 2002/58 ska tolkas med hänsyn till artiklarna 7 och 8 i stadgan<sup>52</sup>, i förekommande fall tolkade mot bakgrund av artikel 8 i Europakonventionen.<sup>53</sup> Sambandet mellan rätten till skydd av personuppgifter (artikel 8 i stadgan) och tillämpningen av det yrkade systemet för filtrering och blockering är dock inte lika klart.<sup>54</sup>

a) Skydd av personuppgifter (artikel 8 i stadgan)

74. Det finns vissa svårigheter att konkret bedöma vilken inverkan ett system för filtrering och blockering har på rätten till skydd av personuppgifter. En första svårighet består i att fastställa de aktuella personuppgifterna, eftersom sistnämnda med undantag för IP-adresser inte är klart bestämda.<sup>55</sup> Sabam har hävdat att systemet är tekniskt neutralt, vilket innebär att det inte är möjligt att på förhand fastställa om det system som ska inrättas innebär behandling av personuppgifter. Det är inte möjligt att fastställa på förhand om det innebär en insamling eller dechiffriering av IP-adresser.

51 — Meddelande till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén – Ett säkrare informationssamhälle ökad säkerhet i informationsinfrastrukturen och bekämpning av datorrelaterad brottslighet – eEurope 2002 KOM(2000) 890 slutlig, särskilt s. 23.

52 — Se i detta avseende framför allt dom av den 20 maj 2003 i de förenade målen C-465/00, C-138/01 och C-139/01, Rundfunk (REG 2003, s. I-4989), punkt 68, av den 16 december 2008 i mål C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi och Sata-media (REG 2008, s. I-9831), och domen i det ovannämnda målet Volker och Markus Schecke och Eifert, punkt 56 och följande punkter. Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det ovannämnda målet Promusicae, punkt 51 och följande punkter.

53 — Se framför allt skäl 10 i direktiv 95/46, skälen 1, 2, 7, 10, 11 och 24 samt artikel 1.1 i direktiv 2002/58.

54 — Scarlet och ISPA samt den belgiska, tjeckiska och nederländska regeringen har huvudsakligen gjort gällande att inrättandet av ett sådant system för filtrering och blockering leder till att Internetleverantörer behandlar personuppgifter i strid med bestämmelserna i direktiven 95/46 och 2002/58. Sabam, den polska och den finländska regeringen samt kommissionen har däremot anfört att inrättandet av ett sådant system inte strider mot direktiven 95/46 och 2002/58. Avseende en prövning av förbuden mot behandling av personuppgifter som föreskrivs i dessa direktiv, se framför allt generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det ovannämnda målet Promusicae, punkt 64 och följande punkter.

75. En andra svårighet består i att fastställa om IP-adresserna utgör personuppgifter. Domstolen har hittills enbart prövat fall som rörde namnuppgifter förknippade med IP-adresser.<sup>56</sup> Den har däremot inte prövat

55 — Scarlet och ISPA har anfört att en Internetanvändares IP-adress utgör en personuppgift i den mån som den gör det möjligt att identifiera Internetanvändarna. Insamling och dechiffriering av Internetanvändares IP-adresser är nödvändiga för att identifiera dessa och för att ett sådant system ska fungera och utgör således behandling av personuppgifter som inte är tillåten enligt direktiven.

56 — Domen i det ovannämnda målet Promusicae, punkt 45, beslut av den 19 februari 2009 i mål C-557/07, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (REG 2009, s. I-1227).

om en IP-adress i sig kan betraktas som en personuppgift.<sup>57</sup>

personuppgifter i den mening som avses i artikel 2 a i nämnda direktiv.<sup>61</sup>

76. Europeiska datatillsynsmannen har anfört<sup>58</sup> att "övervakningen av Internetanvändarnas beteende och insamlingen av deras IP-adresser utgör ett intrång i deras rätt till skydd för sitt privatliv och sin korrespondens."<sup>59</sup> Den arbetsgrupp för skydd av enskilda med avseende på behandlingen av personuppgifter som inrättades genom direktiv 95/46<sup>60</sup> har också anfört att IP-adresser utan tvekan utgör

77. Dessa ställningstaganden motsvarar de rättsliga förhållanden som följer av artikel 5 i direktiv 2006/24/EG<sup>62</sup>, enligt vilken Internetleverantörer bland annat åläggs att lagra ett visst antal uppgifter för utredning, avslöjande och åtal av allvarliga brott. Å ena sidan avses "uppgifter som är nödvändiga för att spåra och identifiera en kommunikationskälla" med avseende på vilken abonnentens eller den registrerade användarens namn och adress (Internetprotokoll) har tilldelats en IP-adress och, å andra sidan, de uppgifter som är nödvändiga för att fastställa "[d]atum och tid för på- respektive avloggning i Internetåtkomsttjänsten inom en given tidszon tillsammans med IP-adressen, oavsett om den är dynamisk eller statisk, som en kommunikation tilldelats av Internetåtkomstleverantören till en kommunikation".

57 — Det kan noteras att frågan uppkommer indirekt i mål C-461/10, *Bonnier Audio m.fl.*, som ännu inte har avgjorts av domstolen (EUT C 317, 2010, s. 24). I det målet vill den nationella domstolen huvudsakligen få klarhet i huruvida direktiv 2006/24 om ändring av direktiv 2002/58 utgör hinder mot en tillämpning av en nationell bestämmelse, som införts med stöd av artikel 8 i direktiv 2004/48, enligt vilken en Internetleverantör kan föreläggas att ge en upphovsrättsinnehavare eller dennes rättsinnehavare den IP-adress som använts vid intrånget i rättigheten i syfte att identifiera en kund.

58 — Yttrande från Europeiska datatillsynsmannen av den 22 februari 2010 över EU:s pågående förhandlingar om ett handelsavtal om åtgärder mot varumärkesförfalskning (Actaavtalet) (EUT C 147, s. 1), punkt 24. Yttrande från Europeiska datatillsynsmannen av den 10 maj 2010 om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om bekämpande av sexuella övergrepp mot barn, sexuell exploatering av barn och barnpornografi samt om upphävande av rambeslut 2004/68/RIF (EUT C 323, s. 6), punkt 11.

59 — Europeiska datatillsynsmannen har i detta avseende hänvisat till rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, beslut av den 29 juni 2006 i mål 54934/00, *Weber och Saravia mot Tyskland*, Rec. 2006-XI och domen i målet *Liberty m.fl. mot Förenade kungariket* av den 1 juli 2008 i mål 58243. Det ska emellertid noteras att dessa två mål inte särskilt avsåg insamling av IP-adresser på Internet, utan övervakning av telekommunikation.

60 — Kallad "Artikel 29-arbetsgruppen".

78. Ur detta perspektiv kan en IP-adress klassificeras som personuppgift i den mån som den kan göra det möjligt att identifiera en person med hjälp av ett identifikationsnummer

61 — Se framför allt yttrande 4/2007 av den 20 juni 2007 om begreppet personuppgifter, WP 136, tillgängligt på följande adress: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/>. Se även mer allmänt rekommendation nr 3/97 av den 3 december 1997, *Anonymitet på Internet*, WP 6 och arbetsdokument rubricerat "Skydd av privatlivet på Internet – Ett integrerat förhållningssätt till dataskydd på Internet", som antogs den 21 november 2000, WP 37, framför allt s. 22.

62 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG (EUT L 105, s. 54).

eller andra faktorer som är specifika för denna.<sup>63</sup>

personuppgifter<sup>65</sup> i tillräcklig omfattning för att kunna betraktas som begränsning i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan.

79. Frågan uppkommer följaktligen på vilka villkor och i vilka syften IP-adresser får lagras, på vilka villkor de kan dechiffreras och på vilka villkor de personuppgifter som är följden av dechiffreringen kan hanteras eller på vilka villkor dechiffrering och lagring kan krävas, snarare än vilken rättslig ställning IP-adresserna har.<sup>64</sup>

b) Sekretess för elektroniska kommunikationer (artikel 7 i stadgan)

80. Det är onekligen så, att ett system för filtrering och blockering såsom det aktuella, oberoende av de tekniska osäkerheter som angetts ovan, kan påverka skyddet av

81. Användningen av ett system för filtrering av elektroniska kommunikationer såsom det aktuella inverkar också på rätten till skydd för korrespondens och, mer övergripande, rätten till sekretess för de kommunikationer som garanteras i artikel 7 i stadgan,<sup>66</sup> såsom denna tolkas mot bakgrund av artikel 8

63 — Denna uppfattning företräds till exempel av Commission nationale de l'informatique et des libertés i Frankrike. Se beslut nr 2007-334 av den 8 november 2007. Avseende dessa frågor, se till exempel González Pascual, M., "La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable", *REDE*, 2010, nr. 36, s. 591.

64 — Avseende omfattningen av förbudet mot lagring av kommunikation av trafikuppgifter i den mening som avses i direktiv 2002/58 och dess undantag hänvisas till generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Promusica*, punkt 64 och följande punkter.

65 — I artikel 11 i direktiv 2006/24 infördes bland annat punkt 1a till artikel 15 i direktiv 2002/58, enligt vilken direktiv 2002/58 inte ska tillämpas på uppgifter som specifikt ska lagras enligt direktiv 2006/24. I artikel 4 i direktiv 2006/24 föreskrivs att "[m]edlemsstaterna skall anta åtgärder för att säkerställa att uppgifter som lagras i enlighet med detta direktiv endast görs tillgängliga för behöriga nationella myndigheter, i närmare angivna fall och i enlighet med nationell lagstiftning. De förfaranden som skall följas och de villkor som skall uppfyllas för att erhålla tillgång till lagrade uppgifter i enlighet med nödvändighets- och proportionalitetskraven skall fastställas av varje enskild medlemsstat i den nationella lagstiftningen och följa tillämpliga bestämmelser i EU-lagstiftningen och folkkrätten, särskilt Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, i enlighet med den tolkning som görs av Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter."

66 — Scarlet har, med stöd av ISPA, gjort gällande att inrättandet av ett sådant system påverkar bestämmelserna i direktiv 2002/58 avseende sekretesskydd för elektroniska kommunikationer och har i detta avseende hänvisat till skäl 26 och artikel 5 i ovannämnda direktiv.

i Europakonventionen och fast rättspraxis för Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.

82. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har ännu inte haft tillfälle att uttala sig om huruvida särskilda åtgärder för kontroll av elektroniska kommunikationer är förenliga med Europakonventionen eller huruvida ett system för filtrering och blockering såsom det aktuella är förenligt med den konventionen. Det kan emellertid med hänsyn till rättspraxis avseende teleavlyssning<sup>67</sup> anses att sådana åtgärder utgör ingrepp i den mening som avses i artikel 8 i Europakonventionen. Den har redan slagit fast att insamling och lagring av personuppgifter utan en persons vetskap, som hänför sig till vederbörandes användning av telefon, e-post och Internet, utgör ett ingrepp i utövandet av personens rätt till skydd för sitt privatliv och sin korrespondens, i den mening som avses i artikel 8 i Europakonventionen.<sup>68</sup>

83. I artikel 5 i direktiv 2002/58<sup>69</sup> definieras och säkerställs sekretess för kommunikationer

via allmänna kommunikationsnät och allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster samt konfidentialitet av uppgifter och därmed förbundna trafikuppgifter. Enligt denna bestämmelse ska medlemsstaterna förbjuda all form av övervakning och avlyssning av dessa kommunikationer förutom i de fall som föreskrivs i lag i enlighet med artikel 15 i nämnda direktiv. Enligt den sistnämnda bestämmelsen får medlemsstaterna genom lagstiftning vidta åtgärder för att begränsa omfattningen av rätten till sekretess för kommunikationer när en sådan begränsning är nödvändig för bland annat förebyggande, undersökning, avslöjande av och åtal för brott. De åtgärder som kan vidtas i detta avseende ska vara ”i enlighet med de allmänna principerna i gemenskapslagstiftningen, inklusive principerna i artikel 6.1 och 6.2 i Fördraget om Europeiska unionen”.

2. ”.. tolkade särskilt mot bakgrund av artikel 11 i stadgan”: Säkerställande av yttrandefriheten och rätt till information

67 — Den har uttryckligen hänvisat till denna rättspraxis och prövat åtgärder för avlyssning av en lägenhet. Se Europadomstolens dom av den 31 maj 2005 i mål 59842/00, Vetter mot Frankrike, punkt 27, i vilken det uttryckligen hänvisas till domstolens överväganden i dom av den 24 april 1990 i mål 11105/84, Huvig mot Frankrike, serie A nr 176-B, och i mål 11801/85, Kruslin mot Frankrike, serie A, nr. 176-A.

68 — Europadomstolens dom av den 3 april 2007 i mål 62617/00, Copland mot Förenade kungariket, 43 och 44 §§.

69 — Det ska noteras att det i skäl 15 i direktiv 2000/31 uttryckligen hänvisas till artikel 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/66/EG av den 15 december 1997 om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet (EGT L 24, 1998, s. 1), vilket upphörde att gälla genom direktiv 2002/58.

84. Det är uppenbart att artikel 11 i stadgan, genom vilken inte enbart rätten att sprida



uppgifter, utan även rätten att ta emot uppgifter<sup>70</sup> garanteras, är tillämplig på Internet.<sup>71</sup> Såsom Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna slagit fast ”bidrar webbplatser tack vare deras tillgänglighet samt förmåga att lagra och sprida stora mängder uppgifter i stor utsträckning till att förbättra allmänhetens tillgång till nyheter och allmänt att underlätta informationsförmedling”<sup>72</sup>.

artikel 11.1 i stadgan.<sup>73</sup> Detta gäller oberoende av de tekniska metoder genom vilka kontrollen av kommunikationen konkret genomförs, hur omfattande och grundlig samt effektiv och tillförlitlig den kontroll som görs än må vara. Dessa frågor är, såsom anförts ovan, föremål för diskussion.

85. Det föreligger, såsom Scarlet påpekat, inga tvivel om att inrättandet av det aktuella systemet för filtrering och blockering, och i synnerhet blockeringsmekanismen, vilket kan innebära en kontroll av all elektronisk kommunikation som överförs via bolagets tjänster, innebär en inskränkning i yttrandefriheten i den mening som avses i artikel 10 i Europakonventionen, vilken stadfästs i

86. Såsom Scarlet har gjort gällande påverkar ett kombinerat system för filtrering och blockering oundvikligen ett utbyte av meddelanden med lagligt innehåll och påverkar således innehållet i de rättigheter som garanteras i artikel 11 i stadgan, inte minst för att lagenligheten av ett visst meddelande beror på omfattningen av den aktuella upphovsrätten. Lagenligheten varierar därför från ett land till ett annat och kan inte kontrolleras tekniskt. Vad jag kan se kan inget system för filtrering eller blockering på ett sätt som är förenligt med kraven i artiklarna 11 och 52.1 i stadgan säkerställa att endast de meddelanden som är olagliga blockeras.

70 — I likhet med artikel 10 i Europakonventionen. Se bland annat Europadomstolens dom av den 26 november 1991 i mål 13585/88, *Observer och Guardian mot Förenade kungariket*, serie A nr 216, 59 §, och dom av den 19 februari 1998 i mål 14967/89, *Guerra m.fl. mot Italien*, Rec. 1998-I, 53 §.

71 — Det kan noteras att Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna även har haft tillfälle att beakta den styrka som Internet har som i sig är tillgänglig för alla produkter och därför har en omfattande multiplikatoreffekt vid sin bedömning av huruvida en inskränkning av yttrandefriheten är förenlig med kraven i artikel 10.2 i Europakonventionen. Se framför allt Europadomstolens dom av den 13 januari 2011 i mål 16354/06, *Mouvement Raëlien Suisse mot Schweiz*, 54 § och följande paragrafer, dom av den 16 februari 2010 i mål 41056/04, *Akdaş mot Turkiet*, 28 §, och av den 16 juli 2009 i mål 10883/05, *Willem mot Frankrike*, 36 och 38 §§.

72 — Europadomstolens dom av den 10 maj 2009 i målen 3002/03 och 23676/03, *Times Newspapers Limited mot Förenade kungariket*, 27 §. Domstolen slog fast att ”utvecklingen av arkiv är en viktig aspekt av den roll som webbplatser har” den omfattas av artikel 10 i Europakonventionen.

73 — Det har gjorts gällande att den immaterialrättsliga lagstiftningen i en medlemsstat kunde utgöra en inskränkning i den mening som avses i artikel 10 i Europakonventionen. Se Danay, R., ”Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom”, *Yale Journal of Law & Technology*, 2005–2006, volym. 8, nr 2, s. 32.

## 3. Slutsats i denna del

87. Mot bakgrund av vad som anförts ovan framgår att den sökta åtgärden, som innebär inrättandet av ett system för filtrering och blockering av elektroniska kommunikationer, kan ha en negativ inverkan på de ovan beskrivna fri- och rättigheter som skyddas genom stadgan och ska således i förhållande till användarna av Scarlets tjänster och i förhållande till Internetanvändarna i allmänhet betraktas som en begränsning i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan.<sup>74</sup> De begränsningar i utövandet av användarnas grundläggande rättigheter som inrättandet av ett sådant system för filtrering och blockering skulle medföra är emellertid enbart tillåtna om de uppfyller en rad villkor som ska undersökas nu.

*D – Villkoren för begränsningar i utövandet av fri- och rättigheterna i stadgan och särskilt villkoret att den lag genom vilken begränsningen föreskrivs ska ha vissa egenskaper (artikel 52.1 i stadgan)*

88. I stadgan fastställs, såsom angetts ovan, de villkor som gäller för begränsningen i utövandet av fri- och rättigheterna i stadgan. I

<sup>74</sup> — Eller alternativt ingrepp i den mening som avses i artikel 8 och inskränkning i den mening som avses i artikel 10 i Europakonventionen.

Europakonventionen fastställs de villkor på vilka varje inskränkning av rätten till privatliv och yttrandefriheten kan anses som legitim fastställs i Europakonventionen.

89. I artikel 52 i stadgan hänvisas till "behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter" samt till att varje åtgärd ska svara mot "mål av allmänt samhällsintresse" och vara förenlig med proportionalitetsprincipen. Även om skyddet för immateriella rättigheter utgör ett mål av allmänt samhällsintresse, vilket direktiven 2001/29 och 2004/48 vittnar om, motiveras det aktuella systemet för filtrering och blockering – under de omständigheter som är för handen i det nationella målet – emellertid huvudsakligen av behovet av skydd för "andra människors rättigheter och friheter". Upphovsrättsinnehavarnas behov av skydd för sina rättigheter, liksom innehavarna av närstående rättigheters behov av sådant skydd, utgör kärnan i förevarande mål och är huvudorsaken till den process som Sabam inlett mot Scarlet.

90. Det ska här med eftertryck framhållas att rätten till egendom fastställs i artikel 17 i stadgan. I punkt 2 i denna artikel anges uttryckligen att "[i]mmateriell egendom ska vara skyddad". Det ska även erinras om att domstolen tidigare slagit fast att rätten till egendom är en grundläggande rättighet som

ingår bland de allmänna rättsprinciperna,<sup>75</sup> och den har fastställt att upphovsrätten ingår bland rätten till egendom.<sup>76</sup> Syftet med direktiven 2001/29 och 2004/48<sup>77</sup> är att säkerställa en hög skyddsnivå inom området för immaterialrätt. Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har vid flera tillfällen slagit fast att immaterialrätten åtnjuter skydd enligt artikel 1 i protokoll nr 1 till Europakonventionen.<sup>78</sup>

91. Domstolen har slagit fast att upphovsrättens grundsten är den ensamrätt som den ger upphovsmannen till nyskapande och originella verk att nyttja verket.<sup>79</sup> Upphovsrätt och närstående rättigheter har dessutom en ekonomisk karaktär, eftersom de medför rätten att kommersiellt utnyttja att det skyddade verket släpps ut på marknaden, särskilt

i form av licenser som beviljas mot betalning av ersättning.<sup>80</sup>

92. Det föreligger således ett behov av skydd för rättigheter i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan, som skulle kunna motivera ”begränsningen” av andra rättigheter och friheter i den mening som avses i nämnda bestämmelse.

93. Mot bakgrund av dessa överväganden är det inte nödvändigt att göra en noggrann undersökning av samtliga villkor som ska vara uppfyllda för att en begränsning av stadgans fri- och rättigheter ska kunna göras för att ge den nationella domstolen ett användbart svar på sin fråga. Den hänskjutande domstolen vill nämligen specifikt få klarhet i huruvida den begränsning i utövandet av fri- och rättigheter som användningen av det aktuella systemet för filtrering och blockering skulle medföra kan införas med en bestämmelse som artikel 87.1 i lag av den 30 juni 1994 om upphovsrätt och närstående rättigheter som enda rättslig grund. Den hänskjutande domstolen har återgett den bestämmelsen i dess helhet. Denna aspekt av frågan kräver först och främst en undersökning av första villkoret i artikel 52.1 i stadgan, nämligen att begränsningen ska var ”föreskriven i lag”. Detta villkor

75 — Se, bland annat, dom av den 12 september 2006 i mål C-479/04, Laserdisken (REG 2006, s. I-8089), punkt 62.

76 — Domen i det ovannämnda målet Laserdisken, punkt 65.

77 — Se, framför allt, skälen 3 och 4 i direktiv 2001/29 och skälen 1 och 10 i direktiv 2004/48.

78 — Se, bland annat, Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheternas beslut av den 4 oktober 1990 i mål 12633/87, Smith Kline och French Laboratories Ltd. mot Nederländerna, DR 66, s. 81, och beslut av den 11 januari 1994 i mål 21962/93, A. D. mot Nederländerna, samt Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheternas dom av den 20 november 1995, British-American Tobacco Company Ltd mot Nederländerna, serie A, nr. 331, 71 och 72 §§, av den 30 mars 1989 i mål 10461/83, Chappel mot Förenade kungariket, serie A, nr. 152A, 59 §, och av den 11 januari 2007 i mål 73049/01, Anheuser-Bush Inc. mot Portugal, 71 och 72 §§, samt beslut av den 5 juli 2005 i mål 28743/03, Melnychuk mot Ukraina, 3 §.

79 — Se dom av den 17 maj 1988 i mål 158/86, Warner Brothers och Metronome Video (REG 1988, s. 2605; svensk specialutgåva, volym 9, s. 465), punkt 13.

80 — Se dom av den 20 januari 1981 i de förenade målen 55/80 och 57/80, Musik-Vertrieb membran och K-tel International (REG 1981, s. 147; svensk specialutgåva, volym 6, s. 1), punkt 12, och av den 20 oktober 1993 i de förenade målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins m.f. (REG 1993, s. I-5145; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-351), punkt 20.

är gemensamt med artiklarna 8.2 och 10.2 i Europakonventionen. Denna undersökning ska göras mot bakgrund av relevanta avgöranden från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, i vilka två av de sistnämnda bestämmelserna har tolkats. Såsom redan framhållits har Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna med tiden utvecklat en rik rättspraxis som gör det möjligt att definiera detta villkor.

94. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har vid flera tillfällen slagit fast att inskränkningen i utövandet av en rättighet eller en begränsning i utövandet av en frihet som garanteras, under förutsättning att den är föreskriven i lag,<sup>81</sup> inte enbart innebär att det ska finnas rättsligt stöd för åtgärden i den betydelsen att den har "sin grund i nationell rätt", utan innebär dessutom krav som, för att använda det uttryck som nämnda domstol

använt, "den aktuella lagens egenskaper".<sup>82</sup> Denna lag ska vara "tillräckligt tillgänglig och förutsebar", det vill säga "tillräckligt tydligt för att enskilda, om nödvändigt, med hjälp av kvalificerat biträde, ska kunna anpassa sitt beteende", kunna "förutse lagens följder för vederbörande"<sup>83</sup> och "i rimlig grad kunna förutse, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, vilka följderna av ett visst handlande skulle bli."<sup>84</sup>

95. Lagen ska således vara tillräckligt klar<sup>85</sup> och förutsebar vad gäller innebörden och beskaffenheten av de åtgärder som ska tillämpas,<sup>86</sup> och omfattningen av befogenheten att göra en inskränkning i utövandet av de rättigheter som garanteras i Europakonventionen och de närmare förutsättningarna för utövandet av denna befogenhet ska

81 — Bland annat, van Dijk P m.fl., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, fjärde upplagan, Intersentia, 2006, s. 336 och följande sidor, Jacobs F. G., White R.C. A and Ovey C., *The European Convention on Human Rights*, femte upplagan, Oxford University Press, 2010, s. 315; Harris D.J., O'Boyle M. och Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, andra upplagan, Oxford University Press, 2009, Grabenwarter C., *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, tredje upplagan, Helbing & Lichtenhahn, 2008, s. 112, Matscher F., "Der Gesetzesbegriff der EMRK", i Adamovich und Kobzina A., *Der Rechtsstaat in der Krise – Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag*, Mainz, 1991, s. 105, Gundel J., "Beschränkungsmöglichkeiten", i *Handbuch der Grundrechte*, volym VI/1, Müller, 2010, s. 471, och Weiß R., *Das Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, 1996.

82 — Se, bland annat, Martín-Retortillo Baquer L., "La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos", *Derecho Privado y Constitución*, 2003, nr 17, s. 377, Wachsmann, P., "De la qualité de la loi à la qualité du système juridique", i *Libertes, Justice, Tolerance, Melanges en hommage au doyen Gerard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, volym 2, s. 1687.

83 — Europadomstolens dom av den 26 mars 1987 i mål 9248/81, Leander mot Sverige, serie A, nr 116, 50 §.

84 — Europadomstolens dom av den 25 februari 1992 i mål 12963/87, Margareta och Roger Andersson mot Sverige, serie A, nr 226-A, s. 25, 75 §.

85 — Europadomstolens dom av den 3 juli 2007 i mål 9460/03, Tan mot Turkiet, 2226 §§. I detta mål fastställde domstolen att en bestämmelse om frihetsberövades korrespondens ska vara förenlig med principen om att lagen ska vara klar. Domstolen anförde att bestämmelsen enligt vilken direktörer för kriminalvårdsanstalter, efter bemyndigande från disciplinnämnden, kunde vägra att vidarebefordra, censurera eller förstöra all korrespondens som ansågs vara besvärande, inte med tillräcklig klarhet angav omfattningen och sättet för myndigheterna att utöva sitt utrymme för skönmässig bedömning på det berörda området.

86 — Se bland annat Europadomstolens dom i det ovannämnda målet *Kruslin mot Frankrike*, 30 §, och beslut av den 25 september 2006 i mål 17060/02, *Coban mot Spanien*.

vara tillräckligt klart reglerade.<sup>87</sup> En lag som lämnar utrymme för skönsmässig bedömning strider inte i sig mot detta krav, under förutsättning att den enskilda skyddas mot godtycklig behandling genom att omfattningen av denna befogenhet och de närmare förutsättningarna för utövandet av den är tillräckligt klart reglerade med beaktande av det legitima mål som står på spel.<sup>88</sup> En lag som ger ett utrymme för skönsmässig bedömning ska således fastställa omfattningen av detta.<sup>89</sup>

kravet att lagen ska vara tillgänglig och förutsebar för den berörda personen.<sup>93</sup>

96. En begränsning är följaktligen enbart tillåten om den vilar på en rättslig grund i den nationella rätten. Denna rättsliga grund ska vara tillgänglig, klar och förutsebar.<sup>90</sup> Dessa villkor följer av rättsstatsprincipen.<sup>91</sup> Av kravet att iakttas rättsstatsprincipen följer<sup>92</sup>

97. Villkoret att varje begränsning ska vara "föreskriven i lag" innebär således enligt rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna att myndighetsutövning ska ske inom de gränser som på förhand fastställs i rättsregler, vilket "uppställer vissa krav på de rättsregler och de förfaranden

87 — Se bland annat Europadomstolens dom av den 14 september 2010 i mål 38224/03, *Sanoma Uitgevers mot Nederländerna*, 81 och 82 §§.

88 — Bland annat domen i det ovannämnda målet *Margareta och Roger Andersson*, 75 §.

89 — Europadomstolens dom av den 14 september 2010 i målen 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75, *Silver m.fl. mot Förenade kungariket*, serie A, nr 61, 88 §.

90 — Se, i denna fråga, punkt 53 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Promusicae*, i vilket det hänvisas till domen i det ovannämnda målet *Österreichischer Rundfunk*, punkterna 76 och 77.

91 — För en samlad formulering av olika krav, se bland annat Europadomstolens dom av den 25 maj 1998 i mål 23224/94, *Kopp mot Schweiz*, Rec. 1998-II, 55 §.

92 — Europadomstolens dom av den 30 juli 1998 i mål 27671/95, *Valenzuela Contreras mot Spanien*, Rec. 1998-V, 46 § i vilket det hänvisas till dom av den 2 augusti 1984 i mål 8691/79, *Malone*, serie A, nr 82, och till de ovannämnda domarna i målen *Kruslin* och *Kopp mot Schweiz*.

93 — Rättsstatsprincipen, som fastställs i ingressen till Europakonventionen, innebär att den nationella lagstiftningen ger ett visst skydd mot godtyckliga ingrepp av den offentliga makten i de rättigheter som den garanterar. Syftet med denna princip är att myndigheternas ingrepp i den enskildes rättigheter ska kunna bli föremål för en effektiv prövning (Europadomstolens dom av den 6 september 1978 i mål 5029/71, *Klass m.fl. mot Tyskland*, serie A, nr 28, sidorna 25 och 26, 55 §, domarna i de ovannämnda målen *Malone*, 68 §, och *Silver m.fl.*, 90 §). Principen medför bland annat att den verkställande maktens inskränkningar av den enskildes rättigheter ska bli föremål för en effektiv prövning som normalt sett ska göras av den dömande makten, åtminstone i sista instans, eftersom en domstolskontroll erbjuder de bästa garantierna för oberoende, opartiskhet och ett korrekt förfarande (se Europadomstolens dom i det ovannämnda målet *Klass*, 55 §). Principen innebär också att det krävs "en lägsta skyddsnivå" som skulle åsidosättas om "det utrymme för skönsmässig bedömning som den verkställande makten har skulle vara obegränsat" (avseende artikel 8 i Europakonventionen, se förutom domarna i de ovannämnda målen *Malone*, 68 § och *Kruslin* mot Frankrike, 30 §, Europadomstolens dom av den 4 maj 2000 i mål 28341/95, *Rotaru mot Rumänien*, Rec. 2000-V, 55 §, samt dom av den 6 juni 2006 i mål 62332/00, *Segerstedt-Wiberg m.fl. mot Sverige*, Rec. 2006-VII, 76 §, och av den 8 juni 2006 i mål 10337/04, *Lupsa mot Rumänien*, Rec. 2006-VII, 34 §, beslut av den 29 juni 2006 i mål 54934/00, *Weber och Saravia mot Tyskland*, Rec. 2006-XI, 94 §, avseende artikel 10 i Europakonventionen, domen i det ovannämnda målet *Sanoma Uitgevers*, 82 §, eller om domstolens utrymme för skönsmässig bedömning vore obegränsat, Europadomstolens dom av den 24 april 1990 i mål 11105/84, *Huvig mot Frankrike*, serie A, nr 176-B, s. 55, 29 §, det ovannämnda beslutet *Weber och Saravia mot Tyskland*, 94 §, domen i det ovannämnda målet *Liberty m.fl.*, 62 §, och dom av den 10 mars 2009 i mål 4378/02, *Bykov mot Ryssland*, 78 §).

som syftar till att säkerställa att de verkligen efterlevs”.<sup>94</sup>

förutsebar innebär inte att den berörda personen inte kan se sig nödsakad att anlita kvalificerat biträde för att, i rimlig grad med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, bedöma vilka följderna av ett visst handlande skulle bli.<sup>96</sup> Detta gäller särskilt yrkesmän som är vana vid att vara tvungna att visa omsorg vid utövandet av sitt yrke.

98. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har även slagit fast att omfattningen av begreppet ”lagens förutsebarhet och tillförlitlighet” i hög grad beror på innehållet i den rättsakt som det är fråga om, dess tillämpningsområde, vilka den riktar sig till och hur många dessa är.<sup>95</sup> Att lagen är

99. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har även haft tillfälle att klargöra att begreppet lag ska tolkas i materiell bemärkelse och inte enbart i formell bemärkelse. Det kan således omfatta såväl ”skriven rätt” som ”oskriven rätt” och ”rätt som utarbetats” av domstolar.<sup>97</sup> Ur detta perspektiv kan det bland annat vara nödvändigt att, i förekommande fall, beakta rättspraxis. Fast rättspraxis som offentliggjorts och som således är tillgänglig och som följs av de lägre instanserna kan under vissa omständigheter komplettera en lagbestämmelse och klargöra denna så att den blir förutsebar.<sup>98</sup>

94 — Wachsmann, P., ”La prééminence du droit, in, Le droit des organisations internationales”, *Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, s. 241, framför allt s. 263, se även Wiarda, G., ”La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit”, *Rivista di studi politici internazionali*, 1984, s. 452, Grabarczyk, K., ”Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, *PLIAM*, 2008, särskilt s. 194 och följande sidor, Morin, J.-Y., ”La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen”, i *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, s. 643.

95 — Europadomstolens dom av den 28 mars 1990 i mål 10890/84, Groppera Radio m.fl. mot Schweiz, serie A nr 173, s. 26, 68 §, och av den 15 november 1996 i mål 17862/91, Cantoni mot Frankrike, Rec. 1996-V, 35 §. Såsom Europadomstolen anför med avseende på en övervakningsåtgärd genom GPS av en persons förflyttning på allmän plats kan de relativt stränga kriterier som fastställts och tillämpas på det särskilda området för övervakning av telekommunikation inte gälla i tillämpliga delar på varje form av ingrepp. Se Europadomstolens dom av den 2 september 2009 i mål 35623/05, Uzun mot Tyskland, 66 §. I detta mål tillämpade Europadomstolen de allmänna rättsprinciperna för att säkerställa ett lämpligt skydd mot ett godtyckligt intrång i utövandet av de rättigheter som fastställs i artikel 8 i Europakonventionen. Domstolen erinrade om att avsaknaden av statlig kontroll och risken för maktmissbruk vid hemliga övervakningsåtgärder innebär att den nationella lagstiftningen ger skydd mot godtyckliga ingrepp i utövandet av de rättigheter som fastställs i artikel 8. Domstolen måste övertya sig om att det föreligger lämpliga och tillräckliga garantier mot missbruk. Denna bedömning beror på samtliga omständigheter i det enskilda fallet, till exempel beskaffenheten, omfattningen och varaktigheten av eventuella åtgärder, de skäl som krävs för att kunna vidta dem, de myndigheter som har befogenhet att tillåta, verkställa och kontrollera dem samt typen av rättsmedel som finns i den nationella rätten.

96 — Se, bland annat, domarna i de ovannämnda målen Groppera Radio, 68 §, och Tolstoy Miloslavsky, 37 §.

97 — Se, bland annat, Europadomstolens dom av den 26 april 1979 i mål 6538/74, Sunday Times mot Förenade kungariket (nr 1), serie A nr 30, 49 §, av den 13 juli 1995 i mål 18139/91, Tolstoy Miloslavsky mot Förenade kungariket, serie A nr 316-B, 37 §, samt domen i det ovannämnda målet Sanoma Uitgevers, 83 §.

98 — Se, bland annat, Europadomstolens dom av den 24 maj 1988 i mål 10737/84, Müller m.fl. mot Schweiz, serie A nr 133, 29 §.

100. I stadgan och Europakonventionen fastställs således att en begränsning i utövandet av rättigheter och friheter är möjlig, och att det är möjligt att begränsa utövandet av de fri- och rättigheter som garanteras i stadgan och Europakonventionen under förutsättning att begränsningen är ”föreskriven i lag”. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har på grundval av framför allt rättsstatsprincipen, som stadfästs i ingressen till Europakonventionen, utifrån detta uttryck och genom att fastställa vilka egenskaper som lagen ska ha<sup>99</sup> utarbetat en princip enligt vilken varje begränsning, ingrepp eller inskränkning på förhand ska ha föreskrivits i lag, i vart fall i begreppets materiella betydelse, som är tillräckligt klar med avseende på det mål som eftersträvas, det vill säga förenlig med minimikrav. Denna rättspraxis ska beaktas av domstolen vid tolkningen av räckvidden av motsvarande bestämmelser i stadgan.

E – ”... på den enda grunden att det i lagstiftningen finns en bestämmelse ...” prövning av den nationella lagstiftningen med avseende på villkoret att lagen ska ha vissa egenskaper (artikel 52.1 i stadgan)

101. I detta skede av undersökningen ska frågan besvaras huruvida den rättsliga grund i medlemsstatens rättsordning, som den hänskjutande domstolen angett, kan utgöra ”lag” enligt stadgan, i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, i förekommande fall anpassad till särdragen i unionens rättsordning. Frågan ska besvaras ur ett användarperspektiv, det vill säga med avseende på användarna av de tjänster som tillhandahålls av Internetleverantören och Internetanvändare i allmänhet.

99 — Det kan konstateras att begreppet ”de egenskaper som lagen måste ha” i rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna successivt har getts en egen betydelse, som är anpassad till de mål som Europadomstolen eftersträvar och som skiljer det från liknande begrepp som oftast har ett mer omfattande innehåll som återfinns i lagstiftningen i vissa medlemsstater. Se bland annat Milano, L., ”Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi”, *Revue du Droit public*, 2006, nr 3, s. 637; ”La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Winter 2010, nr 37, s. 243; Reicherzer, M., ”Legitimität und Qualität von Gesetzen”, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2004, s. 121; Wachsmann, P., ”La qualité de la loi”, *Mélanges Paul Amserek*, s. 809; Montalivet, P., ”La ’juridicisation’ de la légistique. À propos de l’objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité de la Loi”, i *La confection de la loi*, PUF, 2005, s. 99; Moysan, H., ”L’accessibilité et l’intelligibilité de la loi. Des objectifs à l’épreuve de la pratique normative”, *AJDA*, 2001, s. 428.

102. Låt oss börja med att erinra om lydelsen av den nationella bestämmelse som det rör sig om, nämligen artikel 87.1 andra stycket i lag av den 30 juni 1994 om upphovsrätt och närstående rättigheter som den hänskjutande domstolen återgett i sin helhet i tolkningsfrågan: ”[Ordföranden för domstolen i första instans och ordföranden för handelsdomstolen ] kan också utfärda ett föreläggande om upphörande mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång i en upphovsrätt eller en närstående rättighet.”

103. Sedan detta klargjorts råder det inte något tvivel om att den belgiska lagstiftningen innehåller en rättslig grund för att i ett tvistemål – vars syfte är att fastställa att intrång i upphovsrätt eller närstående rättigheter föreligger, att beivra intrånget och att erhålla ersättning för intrånget – besluta om ett föreläggande om upphörande mot, såsom i målet vid den nationella domstolen, en Internetleverantör, såsom Scarlet, för att säkerställa att ovannämnda intrång faktiskt upphört. Den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt är emellertid inte huruvida den behöriga belgiska domstolen allmänt kan utfärda ett föreläggande om upphörande i ett sådant fall och i ett sådant syfte, utan om den med avseende på de krav som följer av de egenskaper som lagen måste ha, i den mening som avses i Europakonventionen och numera i stadgan, kan besluta om den sökta åtgärden med stöd av denna behörighet.

104. I detta avseende ska först och främst diskussionen om den sökta åtgärdens kännetecken och beskaffenhet återupptas.

105. Som framgått är, ur Scarlets och Internetleverantörens perspektiv, skyldigheten att på egen bekostnad inrätta ett system för

filtrering och blockering dels så specifik, för att inte säga unik, dels så ny, för att inte säga oväntad, att den enbart är tillåten under förutsättning att den på förhand är uttryckligen, klart och precist föreskriven i en ”lag” i den mening som avses i stadgan. Det kan emellertid svårigen anses att den behöriga nationella domstolen genom att besluta om den sökta åtgärden med stöd av den aktuella nationella bestämmelsen håller sig inom gränser som på förhand är uttryckligen föreskrivna på ett klart och tydligt sätt i ”lag”, i synnerhet om bestämmelserna i artikel 15 i direktiv 2000/31 beaktas.<sup>100</sup> Ur Scarlets synvinkel var vidtagandet av en åtgärd av denna typ av en belgisk domstol svårt att förutse<sup>101</sup> och med hänsyn till dess eventuella ekonomiska följder till och med godtyckligt.

106. Systemet för filtrering kommer, ur användarna av Scarlets tjänsters och Internetanvändarnas i allmänhet perspektiv, att

100 — I artikel 15.1 i direktiv 2000/31 föreskrivs en dubbel skyldighet för medlemsstaterna att underlåta att vidta åtgärder. Medlemsstaterna får inte ålägga tjänsteleverantörerna en allmän skyldighet att övervaka den information de överför eller lagrar, och inte heller någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet. I artikel 12.1 i direktiv 2000/31 föreskrivs dessutom att medlemsstaterna ska se till att en tjänsteleverantör som tillhandahåller tillgång till ett kommunikationsnät, följaktligen bland annat tjänsteleverantörer, inte ska vara ansvariga för den överförda informationen.

101 — I skäl 30 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/136/EG av den 25 november 2009 om ändring av direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation och förordning (EG) nr 2006/2004 om samarbete mellan de nationella tillsynsmyndigheter som ansvarar för konsumentskyddslagstiftningen (EUT L 337, sidorna 11–36), anges också att "[direktiv 2002/22/EG] ... [inte] innehåller ... något krav på att leverantörerna ska övervaka den information som skickas via deras nätverk eller vidta rättsliga åtgärder mot kunder på grund av sådan information och direktivet gör inte heller leverantörerna ansvariga för informationen".



tillämpas systematiskt, heltäckande och varaktigt – oberoende av det sätt på vilket det fungerar i praktiken. Inrättandet av detta system är emellertid inte förbundet med någon särskild garanti för skydd för personuppgifter, eller sekretess för kommunikationer. Blockeringsmekanismen ska dessutom, oberoende av hur den fungerar i praktiken, sättas i funktion utan att det finns någon uttrycklig möjlighet för berörda personer, det vill säga Internetanvändare, att motsätta sig att en viss fil blockeras eller att ifrågasätta huruvida blockeringen är välgrundad.

107. Det kan svårligen förhålla sig annorlunda, eftersom den nationella lagstiftning som det rör sig om inte syftar till att tillåta behöriga nationella domstolar att besluta om filtrering av all elektronisk kommunikation för kunder hos de Internetleverantörer som utövar verksamhet i medlemsstaten.

108. Den slutsats som måste dras är att den aktuella bestämmelsen i den nationella lagstiftningen, med beaktande av artiklarna 7, 8 och 11 i stadgan och särskilt kraven på de egenskaper som lagen måste ha samt de allmänna krav som följer av rättsstatsprincipen, inte kan betraktas som en rättslig grund som är tillräcklig för att besluta om ett föreläggande om inrättande av ett system för filtrering

och blockering som det i målet vid den nationella domstolen.

109. Vad gäller den materiella sidan av begreppet ”lag” kan det även konstateras att det inte har gjorts gällande att det förekommer omfattande rättspraxis från belgiska domstolar, i vilken tolkningen och tillämpningen av den aktuella nationella bestämmelsen upprepats och preciserats i enlighet med unionsrätten och Europakonventionen, på så sätt att den sökta åtgärden kan anses vara tillåten och det således är möjligt att dra slutsatsen att kravet på att lagen ska vara förutsebar har beaktats.<sup>102</sup>

110. Det är mot bakgrund av vad som anförts ovan inte nödvändigt att granska unionsrättens<sup>103</sup> inverkan på de egenskaper som den nationella rättsliga grunden har. Generaladvokaten Kokott har i detta avseende i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Promusicae*<sup>104</sup> anført att ”[b]alansen mellan de berörda grundläggande rättigheterna ... först [måste] beaktas av gemenskapslagstiftaren” och att ”medlemsstaterna [emellertid]... också [är] ... skyldiga att beakta denna vid

102 — Se, bland annat, Europadomstolens dom av den 24 maj 1988 i målet *Chappel*, 56 §. Se även Europadomstolens dom av den 15 februari 2007 i mål 21740/02, *Bock och Palade mot Rumänien*, 61–64 §§, av den 14 februari 2008 i mål 20893/03, *July och Libération mot Frankrike*, 55 §, och av den 5 februari 2009 i mål 42117/04, *Brunet-Lecomte m.fl. mot Frankrike*, 42 §.

103 — Vad gäller Europeiska domstolen för mänskliga rättigheters beaktande av unionsrätten vid prövningen av de egenskaper som lagen måste ha, se, bland annat, Europadomstolens dom i det ovannämnda målet *Cantoni*, 30 §, och beslut av den 27 maj 2008 i mål 30392/03, *Marchiani mot Frankrike*.

104 — Punkt 56.

utnyttjandet av det utrymme för skönsmässig bedömning som de har inom ramen för införlivandet av direktiv”.

111. Härigenom uppkommer den särskilt känsliga frågan om unionens och medlemsstaternas ansvar med avseende på den ovan granskade rättsstatsprincipen i en situation i vilken direktiv, tillsammans med de nationella införlivandeåtgärderna, tillämpas på ett sätt som leder till en begränsning av en fri- eller rättighet i stadgan. Begreppen i den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen, vilken uttryckligen avser bestämmelserna i den nationella lagstiftningen genom vilka direktiven 2001/29 och 2004/48 avseende skydd för immateriella rättigheter införlivas, gör det möjligt att tills vidare låta denna fråga anstå, eftersom det redan konstaterats att de aktuella direktiven inte innehåller någon skyldighet att inrätta ett system för filtrering och blockering som det som är aktuellt i det nationella målet.

112. Argumentet att tolkningen av de aktuella direktiven och framför allt direktiv 2000/31 ska uppdateras med hänsyn till den tekniska utvecklingen och Internetanvändningen ska i detta sammanhang underkännas. Om kravet på förutsebarhet inte innebär fullständig visshet, såsom Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna slagit fast vid flera

tillfällen,<sup>105</sup> så kan en dynamisk tolkning inte avhjälpa bristen på rättslig grund i den nationella lagstiftningen i vilken ett system för filtrering och blockering av elektroniska kommunikationer uttryckligen anges. En tolkning av unionsrätten och framför allt av artikel 15 i direktiv 2000/31, som innebär att det är tillåtet eller inte utgör något hinder för att besluta om en sådan åtgärd som den sökta, uppfyller inte heller kraven att lagen måste ha vissa egenskaper och strider mot rättssäkerhetsprincipen<sup>106</sup> och principen om skydd för berättigade förväntningar.

113. I det följande ska några slutanmärkingar göras. I stadgan och Europakonventionen hänvisas det, genom kravet att varje ”begränsning” (”ingrepp” eller ”inskränkning”) i fri- och rättigheter ska ”vara föreskriven i lag”, på ett mycket specifikt sätt till lagens, i egentlig mening rättens, funktion som källa till *tranquillitas publica* på det mycket känsliga område som här är aktuellt. Enligt stadgan ska lagen inte enbart vara föreskriven före varje begränsning av fri- och rättigheter, utan denna begränsning ska dessutom vara förenlig med det ”väsentliga innehållet”, vilket praktiskt taget oundvikligen kräver att lagstiftaren fastställer gränsen mellan begränsningen av lagstiftningen och området för det väsentliga innehållet som i princip inte får

105 — Såsom Europadomstolen påpekat är visshet högst önskvärd men ibland förenad med alltför stelbenta regler, eftersom lagstiftningen ska anpassas till förändringar av situationen. Se bland annat domen i det ovannämnda målet *Sunday Times*, 49 §, och Europadomstolens dom av den 18 maj 2004 i mål 58148/00, *Éditions Plon mot Frankrike*, Rec. 2004-IV, 26 §.

106 — Avseende det samband som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna ibland fastställt mellan rättsstatsprincipen och rättssäkerhetsprincipen, se framför allt Europadomstolens dom av den 25 juli 2002 i mål 48553/99, *Sovtransavto Holding mot Ukraina*, Rec. 2000-VII, 77 §, och av den 8 november 2005 i mål 63158/00, *Timotiyevich mot Ukraina*, 32 §. Se även K. Grabarczyks ovannämnda avhandling, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, särskilt s. 209 och följande sidor, nr 583 och nr 584.

kränkas. Enligt stadgan ska varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som fastställs i stadgan vara förenlig med proportionalitetsprincipen, vara nödvändig och faktiskt svara mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors fri- och rättigheter. Med beaktande av dessa villkor föreligger enligt min mening inte heller denna gång någon lag som antagits efter demokratiskt övervägande och därför åtnjuter demokratisk legitimitet. Endast en lag i parlamentarisk mening skulle kunna göra det möjligt att pröva de andra villkor som uppställs i artikel 52.1 i stadgan. Det kan i detta avseende anföras att artikel 52.1 i stadgan innehåller ett underförstått krav på att det ska vara fråga om en lag

som antagits efter demokratiskt övervägande, som motsvarar omfattningen av den allmänna debatten. Här rör det sig emellertid om det uttryckliga kravet att lagen ska vara stiftad på förhand. Eftersom det inte föreligger någon på förhand stiftad lag i förevarande fall, kan den första tolkningsfrågan som ställts av den hänskjutande domstolen besvaras.

114. Jag föreslår att den första tolkningsfråga som Cour d'appel i Bryssel ställt ska besvaras nekande och följaktligen att domstolen ska fastställa att det saknas anledning att besvara den andra frågan, som ställts i andra hand.

## V – Förslag till avgörande

115. Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen svarar på den tolkningsfråga som ställts av Cour d'appel i Bryssel enligt följande:

”Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, jämförda med Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om

det fria flödet av sådana uppgifter, Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation och 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"), tolkade mot bakgrund av artiklarna 7, 8, 11 och 52.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna med beaktande av artiklarna 8 och 10 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell domstol att, på den enda grunden att det i lagstiftningen finns en bestämmelse enligt vilken "[den behöriga nationella domstolen] också kan utfärda ett föreläggande om upphörande mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av tredje man för att begå intrång i en upphovsrätt eller en närstående rättighet", utfärda ett föreläggande enligt vilket "en Internetleverantör ... på egen bekostnad, utan begränsning i tiden och i förhållande till samtliga sina kunder, måste installera ett generellt och preventivt system för filtrering av alla elektroniska kommunikationer, både inkommande och utgående, som bland annat genom användning av *peer-to-peer*-program överförs med hjälp av Internetleverantörens tjänster, i syfte att först identifiera överföring inom nätverket av elektroniska filer innehållande musikaliska eller audiovisuella verk samt filmverk, som den som har yrkat föreläggande gör anspråk på rättigheterna till, och sedan blockera överföringen av sådana filer, antingen i samband med begäran om överföring eller när överföring sker".