



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Molander

Upphovsrätt och fildelning

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Ulf Maunsbach

Ämnesområde
Förmögenhetsrätt / immaterialrätt

Termin VT07

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
SUMMARY	2
FÖRORD	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Avgränsningar	5
1.3 Disposition	6
1.4 Metod	6
2 UPPHOVSRÄTTEN	7
2.1 Allmänt	7
2.1.1 Om ”verkshöjd”	8
2.2 Upphovsrättens historia	8
2.3 Upphovsrätten internationellt	9
2.3.1 WIPO	10
2.3.2 Bernkonventionen	11
2.3.3 Romkonventionen	11
2.3.4 TRIP:s-avtalet	12
2.4 Upphovsrätten inom EU	12
2.4.1 Infosoc-direktivet	12
2.5 Upphovsrättslagstiftningen idag	14
2.5.1 De huvudsakliga rättigheterna	14
2.5.1.1 Rätt att framställa exemplar av verket	14
2.5.1.2 Överföring till allmänheten	15
2.5.1.3 Offentligt framförande	16
2.5.1.4 Offentlig visning av exemplar	16
2.5.1.5 Spridning till allmänheten	16
2.5.2 Inskränkningar i upphovsrätten	17
2.5.2.1 Tillfälliga exemplar	18
2.5.2.2 Exemplarframställning för privat bruk	19
2.5.3 Närstående rättigheter	20
2.5.4 Straff- och Civilrättsliga åtgärder vid upphovsrättsintrång	21
2.6 Andra relevanta lagar	23
2.6.1 Lagen om elektroniska anslagstavlor	23

2.7	Amerikansk lagstiftning	23
2.7.1	The Copyright Act	23
2.7.2	The Digital Millennium Copyright Act	24
2.7.3	The Fair Use Doctrine	24
2.7.4	The Audio Home Recording Act	24
3	AKTÖRER	25
3.1	Inledning	25
3.1.1	STIM och SAMI	25
3.1.2	Antipiratbyrån	26
3.1.3	IFPI	28
3.1.4	Internetleverantörer	29
3.1.5	RIAA och MPAA	30
4	RÄTTSFALL	31
4.1	Svenska rättsfall	31
4.1.1	NJA I 1996 s. 79 ("BBS-målet")	31
4.1.2	Första fildelningsdomarna	33
4.2	Amerikanska rättsfall	35
4.2.1	Sony Corp. Of Am. v. Universal Studios	35
4.2.2	Napster	36
4.2.3	Aimster	39
4.2.4	Grokster	40
5	THE PIRATE BAY	44
6	ANALYS	46
6.1	Enskilda individer	46
6.2	Fildelningstjänster	47
6.3	Avslutning	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	49
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	52

Sammanfattning

Infosoc-direktivets implementering i den svenska upphovsrättslagen var ett stort steg mot en gemenskapsrättslig anpassning och ett tydligt försök att modernisera främst upphovsrättslagen. Det medförde en tydligare uppdelning av de ekonomiska rättigheterna där bland annat tillhandahållanden på distans i digitala nätverk numera betraktas som överföring till allmänheten. Inskränkningarna i ensamrätterna reviderades också i syfte att tydliggöra bl.a. gränserna för privatkopiering samt Internetleverantörers ansvarsfrihet vid vanliga överföringar i deras nät. Det blev i och med lagändringen även förbjudet att ladda ner olovligt tillgängliggjort material på Internet eftersom det nu uppställs ett uttryckligt krav att förlagan måste vara laglig.

Trots dessa åtgärder kvarstår ändå en stor mängd oklarheter i den rådande lagstiftningen och rättstillämpningen. Både vad gäller ansvaret för den enskilde fildelaren och personerna som är ansvariga för allehanda fildelartjänster saknas det tydliga prejudikat. Hittills har endast ett fåtal vägledande rättsfall avgjorts och inget av dessa har nått upp i högsta domstolen. Fallen avser privatpersoner som tillgängliggjort upphovsrättsskyddade verk med hjälp av fildelningsprogram och emedan straffvärdet i någon mån har fastställts så är bevisläget allt annat än klart. Det saknas fortfarande svensk praxis om ansvaret för de som tillhandahåller fildelningstjänster, men två brottsutredningar pågår som på sikt kan bringa klarhet i vissa frågor om medverkansansvar.

Föreliggande examensarbete avser att presentera och utreda problematiken kring den svenska upphovsrättslagstiftningen i det digitala samhället och det utbredda fenomenet illegal fildelning.

En frågeställning som behandlas är hur upphovsrätten i Sverige har förändrats och anpassats till direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (det så kallade Infosoc-direktivet) som syftar till att stävja den stora mängd brott mot upphovsrättslagen som dagligen sker via Internet. De andra två frågeställningarna rör dels den problematiska bevisfrågan vid misstanke om upphovsrättsintrång genom illegal fildelning och dels möjligheten att fällas till ansvar för medverkan till upphovsrättsintrång.

Perspektivet är främst svensk rätt i ljuset av gemenskapsrätten, men en viss utblick mot amerikansk rättspraxis är oundviklig eftersom långt fler intrångssituationer varit föremål för domstolsprövning i USA.

Summary

This thesis examines the problems concerning the Swedish Copyright Act in the digital society of today, with the main focus being on the widespread phenomenon that is illegal file sharing.

The thesis describes how the Swedish Copyright Act has been amended in order to implement the Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (the Infosoc Directive). It also seeks to analyse the problematic question of evidence in cases of alleged copyright infringements through peer to peer file sharing, as well as the possibility to be held liable for contributory infringement under Swedish Law.

Even though Swedish law is the main perspective of this thesis, it also covers the relevant EU legislation and other international agreements. It is also necessary to devote a few pages to American court practice due to the amount of high-profile cases concerning file sharing applications.

Förord

Immaterialrätten, i synnerhet upphovsrätten, har fascinerat mig ända sedan andra terminen på Juris Kandidatprogrammet. Den på senare år ständigt aktuella debatten om fildelningens vara eller icke vara motiverade mig att försöka utreda den upphovsrättsliga problematiken kring fenomenet.

Jag vill förstås tacka Ulf Maunsbach som varit en mycket bra och engagerad handledare. Ett stort tack riktas även till mina föräldrar som alltid stöttar mig i allt jag gör, samt till mina goda vänner här i Lund och annorstädes.

Lund 24 maj 2007

Erik Molander

1 Inledning

Lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk tillkom 1960 och har sedan dess genomgått flera större ändringar, främst till följd av ny teknik som genererat såväl nya typer av verk som alternativa distributionskanaler. Upphovsrättslagen har, genom den snabba digitala utvecklingen, i många avseenden hunnit bli föråldrad. Det blev än tydligare under det sena nittio-talet när möjligheten att sprida upphovsrättsskyddat material över Internet uppmärksammades och formligen exploderade i omfattning. Även om lagtexten säkerligen täckte merparten av de intresseområden som behövde skyddas vid lagens tillkomst har lagens tillämpningsområde breddats avsevärt.

En väl fungerande upphovsrätt betraktas ofta som avgörande för nöjesindustrins investeringsintresse. För att försäkra sig om att få ut så stor vinst som möjligt har sedan länge filmbolagen och på senare tid även skivbolagen använt sig av flera metoder för att skydda sina verk från olovlig reproduktion och spridning. Genom tekniska skyddsåtgärder har man försökt åstadkomma en så begränsad spridning som möjligt av sitt material. Man använder sig bland annat av mer eller mindre sofistikerade kopieringsskydd och kodar video- och DVD-filmer så att de inte ska gå att spela upp någon annanstans än i de avsedda regionerna. Det har dessutom förts in i lagen ett förbud mot att kringgå de tekniska åtgärder som vidtagits i syfte att förhindra eller försvåra piratkopiering.¹ Man experimenterar även med att ”vattenmärka” film och musik för att kunna identifiera källan till verk som spridits på Internet.² Samtidigt tyder många undersökningar på att mängden olagligt kopierat material som sprids på Internet stadigt ökar. Vilken ekonomisk effekt piratkopieringen och den illegala fildelningen har i praktiken är desto mer omtvistat.

En färsk undersökning visar att 11 % av Sveriges befolkning laddar ner musik någon gång i veckan medan siffran för nedladdning av film är 7 %.³ Både film- och musikindustrin har alltmer aggressivt försökt motarbeta den här trenden eftersom de tampas med sjunkande försäljningssiffror och ser den illegala fildelningen som en potentiell förklaring. En del undersökningar har presenterats som tyder på kännbara försäljningstapp medan annan statistik visar att skillnaden inte alls är så stor jämfört med tiden före Internets ordentliga intåg. Huruvida man kan skylla på den illegala fildelningen är omtvistat. Det råder även delade meningar om hur stora de reella förlusterna är, då det sannolikt är alltför förenklat att räkna varje illegalt framställt kopia som förlorad försäljningsintäkt. Internet har även möjliggjort andra distributionskanaler för bl.a. skivor och DVD-filmer vilket kan vara förklaringen till att många lokala butiker kämpar med

¹ 6 a kap. URL.

² http://www.mpaa.org/press_releases/2006_03_13_web.pdf (senast besökt 2007-05-14).

³ Antoni, Rudolf. *Film, pirater och sjunkande skepp*.

<http://www.som.gu.se/SOMseminariet2007/Antoni.pdf> (senast besökt 2007-05-14).

vikande försäljningssiffror. Oavsett vad statistiken visar tycks konsensus vara att den illegala fildelningen i någon utsträckning innebär ekonomiska förluster och de branscher som drabbas hårdast är ivriga att stävja den här utvecklingen på ett så effektivt sätt som möjligt.

Den digitala tidsåldern har onekligen medfört aldrig tidigare skådade metoder för en distribution av film, musik, datorspel m.m. Hur långt måste man gå för att stävja den illegala spridningen och göra de legala alternativen tilltalande för gemene man? Genom den senaste större ändringen av upphovsrättslagen, föranledd av Infosoc-direktivet, har ett tydligt försök gjorts att stärka och anpassa skyddet för upphovsrätten i den digitala tidsåldern. Vi har idag en striktare upphovsrättslag med mer begränsade inskränkningar i upphovsmännens ensamrätter och ytterligare lagändringar är att vänta.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med det här arbetet är att redogöra för vissa betydelsefulla förändringar av den upphovsrättsliga lagstiftningen och hur dessa förhåller sig till Infosocdirektivet. Arbetet fokuserar också på avgjorda och kommande rättsavgöranden, både svenska och amerikanska, som rör fildelning specifikt. Två huvudsakliga intresseområden som ges utrymme i det här arbetet är frågan om beviskrav vid påstådda upphovsrättsintrång samt i vilken utsträckning ett medverkansansvar kan föreligga.

Frågeställningar:

- Vilka större förändringar gjordes av upphovsrättslagen vid införlivandet av Infosocdirektivet?
- Vilka beviskrav måste man rimligen ställa för att någon ska kunna fällas för upphovsrättsintrång?
- I vilken utsträckning kan man ställas som ansvarig för medverkan till upphovsrättsintrång?

1.2 Avgränsningar

Förutom att i huvudsak begränsas till den teknik som idag i princip uteslutande förknippas med fildelning, den så kallade peer-to-peer-tekniken⁴, så är arbetet inriktat på svensk och i viss utsträckning amerikansk upphovsrättslig lagstiftning. Av de mer specifika avgränsningar som har gjorts bör nämnas att jag inte fördjupar mig i de bevissvårigheter som kan uppstå när användare utnyttjar så kallade "anonymiserare" för att dölja sina

⁴ Peer-to-peer-tekniken ("P2P") går förenklat ut på att användare kopplas samman i någon form av nätverk, vilket möjliggör en indexering av de filer användarna tillgängliggör. Därmed kan användarna söka efter specifika filer och, utifrån sökresultaten, lokalisera och överföra till sina egen datorer de filer som finns hos andra användare. Se även Olsson. s. 27 och 117.

IP-adresser. Likaså har jag valt att inte fördjupa mig i det så kallade Sanktionsdirektivet (2004/48/EU) för då skulle jag behöva skriva ett examensarbete till.

1.3 Disposition

Arbetet inleds i det andra kapitlet med en ordentlig genomgång av upphovsrätten. Främst behandlas den svenska och europeiska lagstiftningen, men även några, för den fortsatta framställningen relevanta, amerikanska lagar omnämns.

Det tredje kapitlet tar upp aktörer som på olika sätt verkar på upphovsrättens område, bland annat Antipiratbyrå och IFPI och deras pågående arbete med att spåra och polisanmäla intrångsgörare via deras IP-adresser.

I kapitel fyra redogörs för några svenska och amerikanska rättsfall, avseende såväl åtal mot enskilda personer som ägnat sig åt illegal fildelning som stämningar mot personer bakom fildelningstjänster.

Kapitel fem ägnas i sin helhet åt The Pirate Bay

Det sjätte och sista kapitlet består av en analys och avslutande kommentarer.

1.4 Metod

Jag har uteslutande använt mig av traditionellt rättsvetenskaplig metod, det vill säga studier av lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Aktuell litteratur är än så länge relativt begränsad och det finns i nuläget endast ett fåtal rättsfall från svenska domstolar som behandlar upphovsrättsintrång genom fildelning.

2 Upphovsrätten

2.1 Allmänt

Upphovsrättens syfte är att ge skydd åt individens andliga skapande. Att skriva en bok, spela in en film eller programmera ett datorspel är exempel på andligt skapande och upphovsmännen bakom dessa åtnjuter ett antal rättigheter. Den viktigaste lagen i sammanhanget är Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, oftast kallad Upphovsrättslagen (URL). Som namnet antyder var lagen ursprungligen begränsad till att omfatta litterära och konstnärliga verk, dvs. det fann en stark koppling till den tidens huvudsakliga kulturyttringar. Under åren som gått från lagens tillkomst har emellertid dess tillämpningsområde utvidgats alltmer och täcker idag ett flertal moderna, tekniska lösningar, exempelvis datorprogram. Ett flertal nya rättigheter har införts i lagen under årens lopp i takt med att tekniska framsteg skapat nya sätt att sprida och duplicera skyddade verk. Likaså har skyddstiden förlängts från 50 till 70 år efter upphovsmannens död.⁵

I Sverige härstammar upphovsrätten från en önskan att skydda upphovsmäns ekonomiska och ideella intressen.⁶ De inskränkningar i upphovsmännens skydd som kommer till uttryck i 2 kap URL är ett resultat av de intresseavvägningar som görs mellan upphovsmännens rätt att skydda sin intellektuella egendom och allmänhetens rätt att få ta del av densamma. Exempelvis är det tillåtet enligt 12 § att kopiera vissa verk, eller delar av dem, för privat bruk. Inskränkningarna innebär således att vissa undantag medges från ensamrätten, under specifika omständigheter, vilka behandlas närmare nedan 2.5.2. I princip har en upphovsman en exklusiv rätt att förfoga över verket på två sätt vilket definieras i 1 kap 2 § 1 st URL. Han har rätt att (1) framställa exemplar av verket och (2) göra verket tillgängligt för allmänheten. Dessa två förfoganderätter får anses täcka den mängd utnyttjanden som är relevanta för lagens syfte.⁷ Exemplarframställning innebär följaktligen att verket mångfaldigas och den rätten tillkommer i första hand upphovsmannen själv. Upphovsrätten uppkommer utan praktiska formaliteter såsom registrering eller deponering, en princip som har sitt ursprung i Bernkonventionen (se nedan 2.3.1).⁸ Ensamrätten till ett verk uppkommer därför direkt i samband med verkets tillkomst. Även förstadiet till verken, samt delar av verk, kan vara upphovsrättsligt skyddade, om de i sig går att beteckna som verk.

⁵ Olsson. s. 276. Anledningen till förlängningen i många europeiska länder var sannolikt att man ville ha en enhetlig skyddstid och att det var svårt att få politiskt stöd för en sänkning av skyddstiden för de länder som redan hade en 70-årig skyddstid.

⁶ Ibid. s. 26

⁷ Levin. s. 77

⁸ Ibid. s. 15 (BK art 5.2)

Till upphovsrätten hör skyddet för s.k. närstående rättigheter. Det är en form av upphovsrättsliknande skydd som ges åt alster som ej är att betrakta som verk.⁹ Även de närstående rättigheterna har varit föremål för en utvidgning och inkluderar nu t.ex. framställare av kataloger och fotografier.

2.1.1 Om ”verkshöjd”

För att betraktas som upphovsrättsligt skyddat måste det skapade ha uppnått ”verkshöjd”. Begreppet verkshöjd är överhuvudtaget inte definierat i upphovsrättslagen och vad som egentligen behövs för att uppnå en tillräcklig originalitet skall bedömas från fall till fall. Enkelt uttryckt kan man säga att det skapade, för att få kallas verk i lagens mening, måste vara självständigt och originellt samt härröra från upphovsmannen själv och vara ett resultat av hans personliga, skapande insats. Skyddet avser den specifika utformning som skaparen har gett verket och är följaktligen ett formskydd, vilket medför att moment i skapandearbetet, såsom fakta och idéer, inte skyddas.¹⁰

2.2 Upphovsrättens historia

Upphovsrätten, liksom övrig immaterialrätt, har sin grund i människans fundamentala behov av att få bekräftelse och vinning för sina intellektuella prestationer. Under en lång tid var detta något som främst kom till uttryck genom en allmänt accepterad äganderätt, men också genom en antipati mot individer som kopierade ens egna prestationer.¹¹

Först när tekniker för reproduktion och spridning av prestationer möjliggjorde en påtagligt ökad möjlighet till ekonomisk vinst, ansågs det relevant att skapa ett efterbildningsskydd. Boktryckarkonsten, som uppfanns omkring år 1450, är onekligen det tidigaste exemplet på en massframställningsteknik som skapade en helt annan lönsamhet i att reproducera böcker. Konsekvensen blev förstås ett större behov av att skydda sina rättigheter och de första stegen togs mot en fungerade upphovsrätt.

Den första moderna upphovsrättslagen skapades i England genom 1709 års copyrightlag, ”Statute of Anna”.¹² Författarens rätt att själv bestämma vem som skulle trycka hans bok stärktes därigenom eftersom boktryckarens rätt att mångfaldiga boken tidsbegränsades. Uttrycket ”copyright”, dvs. ”rätten att mångfaldiga”, som används främst i det anglosachsiska rättssystemet, härrör från den här principen.¹³

⁹ Olsson, s. 19.

¹⁰ Olsson. *En kommentar* s 42.

¹¹ Koktvedgaard s. 25.

¹² Bernitz s. 5.

¹³ Olsson, s. 32.

I Frankrike och stora delar av Europa bygger upphovsrätten snarare på uppfattningen att en person som skapat något själv ska få bestämma hur hans verk skall utnyttjas ("droit d'auteur"). Skillnaden är med andra ord att individen anses ha en mänsklig rättighet att ensam bestämma över sitt verk medan upphovsrätten i anglosachsisk rätt snarare har en kommersiell grund.¹⁴

I Skandinavien var Danmark det första landet att lagstifta om upphovsrätten, redan 1741. I Sverige skulle det dröja till 1810, då man i det årets tryckfrihetsförordning införde rudimentära upphovsrättsliga bestämmelser.¹⁵ Ytterligare lagar tillkom för specifika områden innan de till slut, år 1919,¹⁶ ersattes av tre lagar, en för rätten till litterära och musikaliska verk, en för rätten till verk av bildande konst och en för rätten till fotografiska bilder. Utvecklingen av upphovsrätten och den övriga immaterialrätten hade vid det här laget börjat präglas av den ökade industrialiseringen och vägen mot dagens upphovsrättslagstiftning är starkt knuten till utvecklingen internationellt.¹⁷

2.3 Upphovsrätten internationellt

Immaterialrätten, och då främst patent- och varumärkesrätten har haft en avgörande betydelse för industrialiseringen av västvärlden och de enorma tekniska framsteg som har gjorts. Även upphovsrätten har efterhand kommit att spela en allt större roll då dess tillämpningsområde mer och mer luckrats upp och utvidgats. I takt med den ökande industrialiseringen och större varuimport och export inom och utanför Europa blev det också nödvändigt att effektivisera och harmonisera immaterialrätten.

På senare år har behovet av en internationalisering av upphovsrätten blivit ännu tydligare. Den moderna tekniken har möjliggjort åtkomst av information och överföring av media inom och utanför landgränserna på ett aldrig tidigare skådat sätt, vilket skapat ett behov av en ömsesidigt gynnande lagstiftning industriländer emellan. Det finns numera ett antal internationella överenskommelser och konventioner vars syfte är att ge skydd åt rättighetshavare även utanför hemlandets gränser, och idag är de flesta av världens stater bundna av en eller flera av dessa.¹⁸ De viktigaste för en global harmonisering av ett rättsområde är av typen internationella multilaterala överenskommelser och till dem hör Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (BK), Världskonventionen om upphovsrätt (VK), Romkonventionen för skydd åt utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag (RomK) och WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT) och WIPO-fördraget om framföranden och

¹⁴ Olsson. s. 32.

¹⁵ Bernitz s. 31.

¹⁶ Olsson. s. 32.

¹⁷ Bernitz s. 31.

¹⁸ Olsson. s. 409.

fonogram (WPPT).¹⁹ Den internationella immaterialrätten regleras dessutom även av det s.k. TRIP:s-avtalet (Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter) inom Världshandelsorganisationen (WTO)²⁰.

2.3.1 WIPO

WIPO, Världsförbundet för den intellektuella äganderätten bildades år 1967, har sitt säte i Genève och har idag 184 medlemsländer.²¹ Organisationen har till syfte att:

”genom samarbete länderna emellan och med andra intellektuella organisationer främja skyddet av den intellektuella äganderätten i alla länder och härigenom uppmuntra skapande verksamhet”.²²

I takt med att medlemsantalet ökat har den WIPO-administrerade Bernkonventionen blivit ett alltmer tungrovt projekt och arbetet med att modernisera upphovsrätten blev därför lidande. Istället skapades 1996 WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT) som ett komplement till BK.²³ Bland annat ansågs det i och med fördraget fastslaget att upphovsrätten omfattar datorprogram och databaser, liksom att det är fråga om ett offentlig framträdande när en individ själv väljer tid och plats för utnyttjande av ett verk (t.ex. via Internet).²⁴

Syftet med WCT var att få medlemsländerna att uppdatera sin upphovsrätt till att omfatta aktuella tekniska förhållanden och fördraget har idag antagits av 62 länder.²⁵ Emellertid har fördraget ännu inte tillträtts av EG-länderna eftersom inte samtliga medlemsstater har införlivat Infosoc-direktivet (Fördrag 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället i sin nationella rätt) (se nedan 2.4.1).

Samtidigt som WCT tillkom också WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (WPPT) som innehåller regler om skyddet för utövande konstnärer och fonogramframställare.²⁶

¹⁹ Olsson. s. 411-412.

²⁰ Bernitz. s. 10.

²¹ <http://www.wipo.int/members/en/> (senast besökt 2007-05-14)

²² Olsson H. s. 458.

²³ WCT art 1: ”Detta fördrag är en särskild överenskommelse enligt artikel 20 i Bernkonventionen [...] med avseende på fördragsparter som är medlemmar i den union som upprättades genom Bernkonventionen. Detta fördrag skall inte ha något samband med andra fördrag än Bernkonventionen [...]”.

²⁴ Kocktvedgaard. s. 42.

²⁵ http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16 (senast besökt 2007-05-14).

²⁶ Olsson. s. 423-424.

2.3.2 Bernkonventionen

BK trädde ikraft år 1886²⁷, har i skrivande stund 163 medlemsstater²⁸ och reviderades senast i Paris år 1971.²⁹ Konventionen bygger på *territorialprincipen*, dvs. att den nationella lagstiftningen gäller på territoriet, och uppställer vissa missa *minimikrav* som landet måste uppfylla för ratifikation. Dessa minimikrav måste också iaktas för verk från andra konventionsländer.³⁰ Enligt den internationella upphovsrättens huvudregel om *nationell behandling*, skall dessutom medborgare i ett annat konventionsland åtnjuta minst samma rättsskydd och ha tillgång till samma rättsmedel som ett lands egna medborgare.³¹ Sverige anslöt sig 1904 och har ratificerat samtliga revideringar.

På grund av USA:s ovilja att godta BK:s princip om formlöst skydd dröjde det ända till år 1988 innan landet ratificerade konventionen. Inom den amerikanska upphovsrätten, som har sitt ursprung i den gamla engelska rätten, höll man ända tills dess fast vid vissa formkrav för att åtnjuta upphovsrättsligt skydd.³² År 1952 skapades VK som ett resultat av det vid rådande dödläget mellan USA och konventionsländerna. VK medger vissa krav på formaliteter för registrering och därmed möjliggjordes en internationell reglering mellan USA och andra länder.³³ VK är idag sekundär till BK för de länder som tillträtt båda konventionerna och har i princip spelat ut sin roll.

2.3.3 Romkonventionen

RomK (för skydd åt utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag) tillkom 1961³⁴ och är, som namnet antyder, en harmoniserande åtgärd på de närstående rättigheternas område. En utövande konstnär ska skyddas genom konventionen från att hans framföranden i konventionsländer används i radioutsändning, offentlig återgivning och inspelning. Likaså har en fonogramframställare skydd mot kopiering av fonogram utan samtycke och rätt till ersättning för om en ljudupptagning används i t.ex. radioutsändning.³⁵

²⁷ Kocktvedgaard. s. 39.

²⁸ http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (senast besökt 2007-05-14)

²⁹ http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html (senast besökt 2007-05-14)

³⁰ Kocktvedgaard. s. 42.

³¹ Ibid. s. 43.

³² Ibid. s. 43.

³³ Olsson. s. 414.

³⁴ Ibid. s. 418.

³⁵ Ibid. s. 419.

2.3.4 TRIP:s-avtalet

Det av Världshandelsorganisationen (WTO) skapade TRIP:s-avtalet trädde i kraft 1996 och var ett av resultaten av en omfattande förhandling om olika aspekter av global handel.³⁶ Den här immaterialrättsliga överenskommelsen tillkom främst som ett resultat av USA:s missnöje med många utvecklingsländers mycket begränsade och ineffektiva immaterialrättsskydd som öppnat för storskalig piratkopiering och varumärkesintrång.³⁷ TRIP:s-avtalet är numera en integrerad del av WTO:s system och man kan därmed inte tillträda organisationen utan att bli bunden av avtalet.³⁸ Medlemsländer åtar sig bland annat att tillämpa nationell behandling vad gäller samtliga rättigheter, men också att principen om *mest-gynnad-nations-behandling* skall gälla.³⁹

EU och dess medlemsländer är medlemmar sedan 1996 och Sverige är även bundet genom egen ratifikation.⁴⁰ På det upphovsrättsliga området uppfyller Sverige de huvudsakliga krav som ställs i avtalet och endast smärre förändringar av den svenska lagstiftningen var nödvändiga vid ratificeringen.⁴¹

2.4 Upphovsrätten inom EU

2.4.1 Infosoc-direktivet

Rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället skapades i syfte att modernisera upphovsrätten i det digitaliserade samhället. Direktivet bygger på WCT och WPPT men innehåller även bestämmelser som syftar till att harmonisera upphovsrätten på den inre marknaden.⁴² I ingressens 51 beaktandesatser kan man bland annat utläsa att man genom direktivet uppfyller ett antal av förpliktelserna i WCT och WPPT.⁴³ Man ser också ett tydligt ställningstagande för bevarandet av ett strikt regelsystem på upphovsrättens område:

”Syftet att på lämpligt sätt främja spridning av kultur får inte nås genom att ett strikt skydd av rättigheter offras eller genom att otillåtna former av spridning av efterbildade kulturella verk tolereras.”⁴⁴

³⁶ Olsson. s. 438.

³⁷ Bernitz. s. 10

³⁸ Olsson. s. 439.

³⁹ Ibid. s. 439. Alla förmåner som ett medlemsland tillämpar eller inför skall gälla i förhållande till alla andra medlemsländer.

⁴⁰ Bernitz. s. 12.

⁴¹ Bernitz. s. 12, Olsson H s. 442. Se också 18-23 §§ IURF.

⁴² Ibid. s. 436.

⁴³ 2001/29/EG beaktandesats 15.

⁴⁴ 2001/29/EG beaktandesats 22.

Direktivets första fyra artiklar behandlar förutom tillämpningsområdet de rättigheter som tillkommer upphovsmän och innehavare av närstående rättigheter. I första hand behandlas bestämmelserna om mångfaldiganderätten (exemplarrätten) och här introduceras en ny regel om tillfälliga kopior. Det föreskrivs i art 2 att upphovsmannens ensamrätt omfattar även tillfälliga, s.k. flyktiga, kopior. Här inbegrips de mellanlagringar som kan uppstå på olika servrar inom Internets infrastruktur, men också sådant material som lagras i datorns buffertminne vid vanlig webbsurfning. För att inte riskera att kriminalisera så vardagliga användningsområden så innehåller direktivets artikel 5 en obligatorisk inskränkning från mångfaldiganderätten som tar sikte på just den här typen av flyktiga kopior (jfr. nedan 2.5.2.1). Artikel 5 innehåller även en uttömmande lista över de inskränkningar som medlemsstaterna har tillåtelse att införa.⁴⁵

I artikel 3.1 skrivs om upphovsmännens ensamrätt till s.k. ”on-demand-överföringar”, dvs. när verk:

”[...] görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.”

Den här artikeln är ett direkt resultat av den ökande piratkopieringen över Internet och den tidigare oklara lagstiftningen på området. Innebörden är att endast upphovsrättsinnehavaren har ensamrätt att förfoga över verk genom att tillgängliggöra det på Internet.

Artikel 6 behandlar skyddet för effektiva tekniska skyddsåtgärder. Här anges att medlemsstaterna skall ge tillfredsställande rättsligt skydd mot att individer kringgår tekniska åtgärder, att metoder för att göra det marknadsförs och distribueras på olika sätt samt innehas i kommersiellt syfte.⁴⁶ Med teknisk åtgärd åsyftas olika metoder för att begränsa handlingsmöjligheterna med verk eller andra alster i enlighet med gällande upphovsrätt. Termen ”effektiv” innebär att åtgärden kontrolleras av rättighetsinnehavarna genom åtkomstkontroll, skyddsprocess eller en kontrollmekanism för kopiering.⁴⁷

Direktivet utfärdades den 22 maj 2001 och införlivades i den svenska upphovsrättslagstiftningen den 1 juli 2005.⁴⁸

⁴⁵ Olsson. s. 436.

⁴⁶ 2001/29/EG art. 6.1-2.

⁴⁷ 2001/29/EG art. 6.3.

⁴⁸ SFS 2005:359 och 360.

2.5 Upphovsrättslagstiftningen idag

Dagens svenska upphovsrättslag, lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk har sedan sin tillkomst genomgått omfattande revideringar, mycket till följd av EG-direktiv och internationella avtal. Den senaste större revideringen genomfördes den 1 juli 2005 i syfte att införliva det ovan behandlade Infosoc-direktivet. Vid införlivandet i svensk rätt märks primärt skillnader vad gäller regler om tillgängliggörande för allmänheten, exemplarframställning och mer restriktiva inskränkningar i upphovsrätten. Nedan beskrivs de huvudsakliga och för arbetet relevanta upphovsrättsliga bestämmelserna med fokus på hur de har ändrats genom direktivets införlivande.

2.5.1 De huvudsakliga rättigheterna

Det upphovsrättsliga skyddet består av en ekonomisk och en ideell del⁴⁹. Bestämmelserna i 2 § 1 st. beskriver upphovsmannens förfoganderätt, vilken huvudsakligen består av de ekonomiska rättigheterna. Dessa utgörs av rätten att framställa exemplar och rätten att på olika sätt tillgängliggöra verket; överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning av exemplar och spridning till allmänheten.⁵⁰ Den ideella rätten, som behandlas i 3 §, består härddraget av rätten att få stå som upphovsman till verket och rätten till respekt för detsamma.⁵¹

Emedan bestämmelsen om exemplarframställning huvudsakligen har ändrats i syfte att göra lagtexten tydligare, har regeringen ansett det lämpligt att, i enlighet med Infosoc-direktivet, tydligare strukturera de olika formerna av tillgängliggörande.⁵²

2.5.1.1 Rätt att framställa exemplar av verket

Den här s.k. mångfaldiganderätten innebär en ensamrätt för upphovsmannen att direkt eller indirekt skapa ett nytt exemplar, exempelvis från ett lagringsmedium till ett annat eller genom att spela en in ett TV-program på en videobandspelare. Bestämmelsen är teknikneutral, oberoende av antalet framställda exemplar och omfattar verk i såväl ursprungligt som ändrat skick. I lagtexten (2 § 2 st) stadgas att:

”Framställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i

⁴⁹ Olsson. s. 102. Olsson kallar dem *praktisk-ekonomisk* och *personligt-ideell*.

⁵⁰ Ibid. s. 104.

⁵¹ Ibid. s. 140. “Droit de paternité” och “droit au respect”. Den ideella rätten har mindre betydelse för det här arbetet och kommer därför inte att behandlas närmare.

⁵² Ibid. s. 113.

vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis.”

Formuleringen infördes i samband med lagändringen 1 juli 2005 som ett resultat av Infosoc-direktivets art. 2 än upphovsrättslagens tidigare formulering.⁵³ Innebörden har i praktiken inte ändrats.

2.5.1.2 Överföring till allmänheten

Överföring till allmänheten innebär tillgängliggörande där den enskilde kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt han själv valt, dvs. ett tillgängliggörande som sker på distans.⁵⁴ Tillgängliggörandets omfattningar har i och med Infosoc-direktivet införande blivit klarare, och vad som tidigare ansågs vara offentliga framföranden som skedde på distans faller nu under överföring till allmänheten.⁵⁵ Det är en teknikneutral ekonomisk befogenhet och avser alla typer av verk som överförs, såväl trådbundet som trådlöst.⁵⁶ En förutsättning är att överföringen görs från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Under begreppet faller därmed de tillhandahållanden som görs t.ex. genom en databas från vilken användarna kan ladda ner vad som finns tillgängligt när de så önskar, så kallade ”on-demand-situationer”. Den alltmer ökande försäljningen av media i form av musik- och videofiler är exempel på on-demand-situationer.⁵⁷ Syftet med det nuvarande omfånget av kategorin är att den ska täcka även framtida former av distansöverförda verk.⁵⁸ I framför allt on-demand-situationer är det av betydelse är att någon ställt det skyddade materialet till förfogande, oberoende av huruvida någon de facto utnyttjar möjligheten att ta in det.

I fildelningssammanhang så betraktas den populära peer-to-peer-tekniken som en form av överföring till allmänheten. Genom att tillgängliggöra material på ett sådant nätverk har man i praktiken gjort det möjligt för vem som helst att ta del av det.⁵⁹ Det fördes dock i propositionen en diskussion om fenomenet ”hubbar”, dvs. den tekniska lösning där en begränsad mängd användare ansluts i ett slags cellsystem. Kärnan i varje cell är en ”hubb”, inte sällan bestående av en vanlig persondator, som tillåter en begränsad mängd användare. På grund av den här övre användargränsen frågade man sig om dessa kunde anses utgöra en slutet krets, och därmed falla utanför begreppet ”allmänheten”.⁶⁰ Regeringen valde dock att konstatera att fokus inte ska ligga på den tekniska konstruktionen utan att en helhetsbedömning ska göras av effekten det aktuella förfogande får.

⁵³ Prop. 2004/05:110 s. 51.

⁵⁴ Levin. s. 82.

⁵⁵ Olsson. s. 115.

⁵⁶ Bernitz. s. 64.

⁵⁷ Olsson. s. 115-116.

⁵⁸ Levin. s. 82.

⁵⁹ Olsson. s. 117-118.

⁶⁰ Prop. 2004/05:110. s. 74.

2.5.1.3 Offentligt framförande

Med offentligt framförande avses sådana framföranden, oavsett typ av verk som företes med eller utan användning av ett tekniskt hjälpmedel, på samma plats som allmänheten kan ta del av verket. Med andra ord skall framförandet ske inför en närvarande publik och definitionen klargör därmed skillnaden mellan överföring till allmänheten och offentligt framförande.⁶¹ Även tidigare omfattade begreppet offentligt framförande de fall då verket framfördes inför en närvarande allmänhet, men det gavs ändå en vidsträckt tolkning i praxis till att omfatta både TV- och radioutsändningar såväl som tillgängliggörande av MP3-filer på en hemsida. Sedan lagändringen råder det dock ingen tvekan om begreppets tolkningsområde. Alla typer av verk omfattas av begreppet, dvs. inte bara sådana som normalt brukar associeras till framföranden. Att visa upp konst eller utdrag ur litteratur med en storbildsprojektor är också offentligt framförande.⁶²

Skillnaden mellan överföring till allmänheten och offentligt framförande är av stor betydelse när det gäller t.ex. inskränkningar i rättigheter. Fonogramproducenter och utövande konstnärer har t.ex. ensamrätt till on-demand-överföringar som sker till allmänheten, men endast rätt till ersättning om det avser offentliga framföranden.⁶³

2.5.1.4 Offentlig visning av exemplar

Offentlig visning omfattar som namnet antyder ett tillgängliggörande för allmänheten utan nyttjande av tekniskt hjälpmedel, dvs. allmänheten måste vara på samma plats som exemplaret av verket.⁶⁴ Så fort det är fråga om användning av ett tekniskt hjälpmedel (tidigare benämnt *indirekt visning*) blir istället överföring till allmänheten eller offentligt framförande tillämpligt, beroende på huruvida det sker på distans eller inte.⁶⁵ Även i det här fallet har avsikten med omdefinieringen av begreppet offentlig visning varit att, i enlighet med Infosoc-direktivets 3 § förtydliga gränsdragningen till de två ovan nämnda formerna av tillgängliggörande.⁶⁶

2.5.1.5 Spridning till allmänheten

Den här rätten är knuten till exemplar av ett verk och avser varje form av utbud till försäljning, uthyrning, utlåning, pantsättning, gåva etc. Definitionen av begreppet är därmed detsamma som före lagändringen

⁶¹ Olsson. s. 123.

⁶² Ibid. s. 124.

⁶³ Ibid. s. 116.

⁶⁴ Koktvedgaard s. 83.

⁶⁵ Olsson. s. 129-130.

⁶⁶ Olsson. *En kommentar.* s. 79, prop. 2004/ 05 s. 501.

vilket innebär att bestämmelsen syftar till att förhindra att fysiska exemplar av verk olovligen utbjuds till allmänheten.⁶⁷ Som framgår av formuleringen omfattas även ett utbud till en icke fullbordad försäljning. Det huvudsakliga syftet med bestämmelsen är att skydda upphovsmannens rätt till att bestämma när och hur den *första spridningsåtgärden* ska ske, dvs. när verket för första gången ska göras tillgängligt för allmänheten.⁶⁸

2.5.2 Inskränkningar i upphovsrätten

Det finns en mängd undantag från upphovsmannens ensamrätt och dessa behandlas i 1 kap 9 § samt 2 och 3 a kap URL. De syftar till att tillgodose vissa allmänna och samhällseliga intressen av att i tillräcklig utsträckning kunna utnyttja ett verk.⁶⁹ Både praktiska och principiella skäl finns för de här inskränkningarna. T.ex. skulle upphovsrätten bli omöjlig att hantera om upphovsmannens rättigheter var heliga, men man kan även hänvisa till informationsprincipen.⁷⁰ Bernkonventionen kan ge tolkningsvägledning i oklara situationer, särskilt den s.k. trestegsregeln i art 9.2 som säger att upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning får begränsas

”i vissa särskilda fall, förutsatt att sådant mångfaldigande icke gör intrång i det normala utnyttjandet av verket och ej heller oskäligt inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen”.⁷¹

Inom EU-rätten har undantagen diskuterats livligt och endast ett fåtal länder har varit villiga att göra avkall på sina nationella undantag. Resultatet blev i form av en kompromiss: i Infosoc-direktivets art. 5.2 och 5.3 listas nära nog samtliga de undantag som de olika medlemsländerna har i sin upphovsrättslagstiftning, och det är frivilligt för respektive lands lagstiftare att införa en eller flera av dessa i den nationella lagstiftningen.⁷²

Det finns ett fåtal tvingande avtalsrättsliga inskränkningar, såsom bestämmelserna i 26 g och 26 h §§ som tar sikte på datorprogram och databaser och medger vissa begränsade kopieringsmöjligheter.⁷³ Övriga undantagsregler utgörs av regler som 1) möjliggör fritt utnyttjande, t.ex. bestämmelserna om tillfälliga exemplar och privatkopiering, 2) medger ett begränsat utnyttjande mot ersättning, t.ex. tvångslicenser och 3) massutnyttjanden i situationer där ett ingående av enskilda avtal med varje nyttjare av ett verk skulle vara för omständligt, s.k. avtalslicenser.⁷⁴ Jag ska i det följande fokusera på bestämmelserna i 11 a och 12 §§.

⁶⁷ Bernitz. s. 64-65

⁶⁸ Olsson. *En kommentar*. s. 82.

⁶⁹ Olsson. s. 174.

⁷⁰ Levin. s. 129.

⁷¹ Ibid. s. 131.

⁷² Ibid. s. 129.

⁷³ Ibid. s. 139.

⁷⁴ Ibid. s. 139, Olsson. s. 261. Olsson påpekar att bestämmelsen har införts i ett nytt kapitel 3 a för att poängtera att det inte rör sig om en uttrycklig inskränkning utan en form av rättighetsförvaltning.

2.5.2.1 Tillfälliga exemplar

I 11 a § återfinns en mycket viktig bestämmelse, införd genom införlivandet av Infosoc-direktivet. Den tar sikte på olika typer av tillfälliga exemplar av verk som kan uppstå i olika tekniska sammanhang men som inte är att betrakta som beständiga. Dessa s.k. flyktiga kopior får enligt paragrafen framställas om

”framställningen utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och om exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen”.

Före direktivets tillkomst och implementering i svensk rätt rådde stor osäkerhet kring hur rätten till framställning av exemplar skulle tolkas i ljuset av det digitaliserade samhället, framförallt i samband med datoranvändning. Det rådde knappast någon meningsskillnad kring att lagring av upphovsrätligt skyddade verk på hårddisk, CD-ROM och dylikt innebar exemplarframställning, men desto mer omdebatterad var problematiken kring de tillfälliga kopior som uppstår i datorns RAM- eller cache-minne. På liknande sätt uppstår även kopior av verk på olika servrar inom Internets infrastruktur, något som är en naturlig och nödvändig funktion. Dessa kopior försvinner i regel från servern relativt omgående eller från datorn när denna stängs av eller arbetsminnet behövs till något annat.⁷⁵

I ett tidigare förarbete som ledde fram till att datorprogram infördes som en verkstyp i URL uttalades att de tillfälliga, icke fixerade exemplar, som uppstår i t.ex. datorns arbetsminne inte skulle betraktas som exemplar i lagens mening om de inte ”fixerades”.⁷⁶ Kritiker menade emellertid att man vid en rättslig bedömning av vad som utgör ett exemplar i upphovsrättslig mening inte kan lägga för stor vikt vid en teknisk definition. Därmed skulle den tidsrymd under vilken verket existerade vara av mindre betydelse eftersom man främst ska fästa avseende vid om man utifrån lagringsmediet kan återskapa verket.⁷⁷ Värt att notera i sammanhanget är att 2 § URL tidigare hade ordalydelsen att ”såsom framställning av exemplar anses även att verket överföres på anordning, genom vilken det kan återgivas”.

I lag (2002:562) om elektronisk handel (e-handelslagen) stadgas för tjänsteleverantörer en rad undantag vilka medger ansvarsfrihet för de upphovsrättsintrång som sker då tillfälliga exemplar bildas vid överföringar inom deras nät.⁷⁸ Ansvarsfrihet föreligger under vissa förutsättningar då det

⁷⁵ Lindberg, Westman s. 252.

⁷⁶ SOU 1985:51 s. 57.

⁷⁷ Lindberg, Westman s. 253.

⁷⁸ Lag (2002:562) om elektronisk handel 16-19 §§. Lagen, ett resultat av direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, har vad tillfälliga kopior beträffar förlorat i betydelse. En tillfällig kopia som omfattas av 11 a § URL utgör inte upphovsrättsintrång och en mellanhand kan således inte hållas ansvarig.

rör som om s.k. ”mere conduit” (ren vidarebefordran), ”caching” och ”hosting” (två typer av informationslagring).⁷⁹ Genom införlivandet av Infosoc-direktivet⁸⁰ omfattas numera tillfälliga exemplar av mångfaldiganderätten i 2 § 2 st. Man har också i och med 11 a § infört en tvingande rätt för användaren att under vissa förutsättningar framställa tillfälliga exemplar. Vad som framstår som den viktigaste orsaken till den här inskränkningen är förstås Internet och liknande elektroniska tjänster, men även andra typer av teknologier är beroende av att tillfälliga exemplar framställs löpande. Exempel på de olika former av lagringar som aktualiseras vid användning av Internet är ovan nämnda ”caching” (en form av mellanlagring som sker på flera ställen och i olika syften vid t.ex. en vanlig Internetöverföring), ”mirroring” (separata lagringar av en hemsida i syfte att fördela användartrycket på flera servrar) och ”archiving” (en form av elektronisk arkivering av en hemsida).⁸¹

Fyra förutsättningar uppställs för att bestämmelsen i 11 a § ska vara tillämplig. Det måste dels röra sig om situationer där exemplarframställningen är en fundamental del i en teknisk process, vilken skulle vara omöjlig att effektivt genomföra annars. Dels måste exemplaren vara flyktiga eller av underordnad betydelse i processen, dvs. deras livslängd ska vara begränsad och det faktum att kopior skapas är inte ett huvudsyfte med överföringen eller utnyttjandet. Dels får inte ett tillfälligt exemplar ha en självständig ekonomisk betydelse, något som kan ske om det ursprungliga exemplaret tagits bort och endast cachekopian finns kvar. Slutligen krävs också att exemplarframställningen sker för att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand, eller helt enkelt är en laglig användning.⁸² Det förstnämnda villkoret syftar på överföringar över Internet, medan det andra syftar till att användningen ska vara tillåten av upphovsmannen eller den som är rättsinnehavare.⁸³

2.5.2.2 Exemplarframställning för privat bruk

Bestämmelsen finns i 12 § URL och innebär en till omfattningen begränsad möjlighet för var och en att framställa exemplar för sitt eget privata bruk.⁸⁴ Den här bestämmelsen är inte ny i URL men dess lydelse och innebörd har ändrats i och med införlivandet av Infosoc-direktivet.⁸⁵ Tidigare avsåg bestämmelsen framställning för *enskilt* bruk men ordalydelsen ändrades till *privat* för att bättre korrespondera med Infosoc-direktivets restriktiva formulering.⁸⁶ Möjligheterna till privatkopiering har dessutom begränsats

⁷⁹ Olsson H. s. 185.

⁸⁰ Här art. 5.1.

⁸¹ Olsson. s. 184-185.

⁸² Ibid. s. 187.

⁸³ Ibid. s. 187. Se också 2001/29/EG beaktandesats 33.

⁸⁴ Levin M. s. 137. Levin konstaterar att 12 § URL ”är en regel om *fri tillgång* till exemplarframställning på angivna villkor inom den privata sfären”. Upphovsmannen får normalt ingen kompensation utom vad gäller t.ex. bestämmelserna om kassetavgifter.

⁸⁵ Här art. 5.2 b).

⁸⁶ Art. 5.2 b) Kopieringen får varken ha direkt eller indirekt kommersiellt syfte.

något genom att förutsättningarna skärpts.⁸⁷ T.ex. har man infört en bestämmelse om att exemplarframställning av litterära verk bara får avse begränsade delar av ett verk eller ett verk av begränsat omfång, detta förstås i syfte att komma åt den omfattande kopieringen av bl.a. läroböcker.⁸⁸

Av relevans för det här arbetet är framför allt det sista stycket som införts i paragrafen:

Denna paragraf ger inte rätt att framställa exemplar av ett verk när det exemplar som är den egentliga förlagan framställts eller gjorts tillgängligt för allmänheten i strid med 2 §.

Innebörden av det här tillägget är att den förlaga som används vid kopieringen måste vara lagligen tillkommen.⁸⁹ Tidigare var det inte straffsanktionerat att kopiera för enskilt bruk trots att förlagan var olovligt tillkommen, vilket i praktiken innebar att ett ursprungligen olagligt framställt eller tillgängliggjort exemplar kunde ge upphov till lagliga kopior.⁹⁰ Av praktisk betydelse är att nedladdning från Internet av material som olovligen tillgängliggjorts inte får laddas ner för privat bruk, dvs. för den som ägnar sig åt fildelning har det blivit olagligt med såväl upp- som nedladdning av upphovsrättskyddat material.

I straffrättsligt hänseende kan det vara svårt för den enskilde att från fall till fall avgöra huruvida material tillgängligt på Internet är lagligt eller inte. Det framhålls i propositionen att det är viktiga är att avstånd tas från den olagliga nedladdningen och inte att efterlevnaden kontrolleras i varje enskilt fall.⁹¹ Enligt 54 § URL inträder skadeståndsansvar redan vid oaktsamt nyttjande, men det ansågs motiverat att införa en lättnad avseende just bestämmelsen om laglig förlaga. Därför har det tagits en ett fjärde stycke i paragrafen som begränsar skadeståndsskyldigheten till uppsåtligt eller grovt oaktsamt handlande.⁹²

2.5.3 Närstående rättigheter

I 5 kap. URL återfinns vissa upphovsrätten närstående rättigheter. Dessa har traditionellt inte haft samma omfattning som den egentliga upphovsrätten, men har de har gradvis fått en allt starkare ställning i och med gemenskapslagstiftningen.⁹³ Skydd för de närstående rättigheterna ges åt fem kategorier: s.k. utövande konstnärer, producenter av ljudinspelningar, ("fonogramproducenter"), producenter av inspelningar av filmer eller andra

⁸⁷ Olsson. s. 189.

⁸⁸ Olsson. *En kommentar* s. 151.

⁸⁹ Olsson. s. 196.

⁹⁰ Ibid. s. 197. Olsson påpekar att inget hinder fanns mot att vidta civilrättsliga åtgärder, t.ex. begära skadestånd.

⁹¹ Prop. 2004/05:110 s. 120.

⁹² Olsson. *En kommentar*. s. 513.

⁹³ Levin. s. 110. Se särskilt 2001/29/EG art. 2.

rörliga bilder, radio- och TV-företag, producenter av kataloger m.m. och fotografer.⁹⁴ Som exempel kan nämnas att i 46 § URL återfinns de rättigheter som tillkommer fonogramframställare och producenter av bildupptagningar. Skyddet för dessa är helt oberoende av skyddet för skaparen av musikverket respektive bildupptagningen och istället rör det sig om ett eget skydd för producenten av ljud- respektive bildupptagningen.⁹⁵ Producenten tillerkänns en ensamrätt motsvarande den som stadgas för upphovsmannen i 2 § URL, dock med en skyddstid begränsad till 50 år.⁹⁶

2.5.4 **Straff- och Civilrättsliga åtgärder vid upphovsrättsintrång**

Det har uttalats att skadeståndet utgör det immaterialrättsliga sanktionssystemets mest centrala element.⁹⁷ Emellertid är det otillräckligt att i alla situationer hänvisa rättighetsinnehavarna till privaträttsliga åtgärder eftersom det i praktiken skulle undergräva skyddet. Den straffsanktionering som finns i 53 § URL innebär att polis och åklagare kan använda sig av straffprocessuella åtgärder såsom husrannsakan och beslag, liksom effektivare utredningsmetoder, vid misstanke om upphovsrättsintrång.⁹⁸ Det finns flera situationer som föranleder straffansvar, där intrång i upphovsmannens ekonomiska rättigheter enligt 2 § får anses vara de viktigaste.⁹⁹ I 53 § stadgas att den som begår ett upphovsrättsintrång uppsåtligt eller grovt oaktsamt kan dömas till böter eller fängelse i högst två år. I och med att fängelse finns med i straffskalan finns en möjlighet att genomföra husrannsakan då någon misstänks för ett tillräckligt allvarligt upphovsrättsintrång.¹⁰⁰ Eftersom bevisläget i samband med påstådd illegal fildelning är betydligt mer komplicerat när den samlade bevisningen endast består av loggar, trafikdata och skärmdumpar insamlade på avstånd, kan det vara motiverat med en husrannsakan. Mot detta måste naturligtvis ställas proportionalitetsprincipen, såsom den kommer till uttryck i 28 kap 3 a § RB.

Än så länge har inga polisanmälningar mot enskilda fildelare lett till husrannsakan och beslag av datorer, men då det är angeläget att fastställa en straffskala för den här typen av brott och bevisläget än så länge får anses oklart, är det sannolikt att det kommer att inträffa relativt snart.¹⁰¹

⁹⁴ Olsson. *En kommentar*. s. 424.

⁹⁵ Olsson. s. 356.

⁹⁶ *Ibid.* s. 357 och 359

⁹⁷ NIR 1994 s. 311, Nordell. *1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionssystem*.

⁹⁸ Bengtsson. s. 70.

⁹⁹ Olsson. s. 308. Intrång i de ideella rättigheterna enligt 3 § och åtgärder som strider mot en upphovsmans testamentariska föreskrift enligt 41 § kan också föranleda straffansvar.

¹⁰⁰ 28 kap 1 § RB. Vad som avses är huruvida fängelse kan bli aktuellt i det konkreta fallet, inte bara att fängelse finns med i straffskalan.

¹⁰¹ Se nedan 4.1.3 för en närmare analys av ett par fildelningsdomar.

Såväl fullbordad gärning som försök och förberedelse kan föranleda straff.¹⁰² I enlighet med bestämmelserna i 23 kap 4 § rättegångsbalken kan medverkansansvar ådömas den som främjat en gärning med råd eller dåd och gärningen ifråga kan leda till fängelse. I Sverige är frågan om medverkansansvar högaktuell i och med polisutredningen om bittorrent-trackern¹⁰³ The Pirate Bay och nyligen gjorda polisanmälningar mot ett antal administratörer av så kallade fildelningshubbar.¹⁰⁴

När det gäller civilprocessuella åtgärder framgår av 54 § 2 st. URL att det är tillräckligt med oaktsamhet för att skadestånd skall kunna utdömas. Därtill hör att upphovsmannen eller annan rättighetshavare har rätt till skäligen vederlag vid otillåtna utnyttjanden, oavsett nyttjarens subjektiva tillräknande.¹⁰⁵ Vid upphovsrättsintrång genom tillgängliggörande av material i fildelningsnätverk är straffrättsliga åtgärder i praktiken den enda vägen att gå för rättighetsinnehavarna. 6 kap 20 § lagen om elektronisk kommunikation hindrar nämligen rättighetshavare att få tillgång till uppgifter om en abonnent och därmed faller möjligheten bort att t.ex. begära en intrångsundersökning enl. 56 a § URL. Eventuella skadeståndsanspråk blir följaktligen aktuella först efter en fällande dom.

En närmare analys av skadeståndsbedömningen är inte motiverad här, men värt att nämna är att hänsyn skall tas till vad intrånget betytt ekonomiskt för den drabbade samt att kausalitet föreligger mellan gärningen och skadan.¹⁰⁶ Svårigheter uppstår vid bedömningar av den ekonomiska skada rättighetshavare lider när deras verk sprids på Internet. Främst uppkommer frågan om hur stor del av det antal verk som Internetanvändare anskaffat olagligt annars skulle ha köpts på laglig väg, dvs. hur stor den uteblivna försäljningen egentligen är.¹⁰⁷

¹⁰² Olsson H. s. 311.

¹⁰³ Bittorrent-tekniken är en variant av peer-to-peer-fildelning där de filer som tillgängliggörs delas upp i små fragment. Den som laddat ner en bit av en fil på det här sättet börjar samtidigt distribuera den här biten enligt samma princip, vilket leder till att man på en och samma gång laddar ner från och distribuerar till väldigt många användare samtidigt. Källa: Nationalencyklopedin, artikelrubrik: *fildelning*.

¹⁰⁴ Om The Pirate Bay se nedan kap. 5

¹⁰⁵ Rosén s. 306.

¹⁰⁶ Olsson s. 331.

¹⁰⁷ Nyligen dömdes en man i Fredrikstad tingsrätt i Norge till 15 dagars villkorligt fängelse och 50.000 NOK i böter för att ha kopierat och tillgängliggjort den norska filmen "Pitbullterje" på The Pirate Bay. Domstolen konstaterade särskilt att skadan omfattning är svår att bedöma eftersom det är omöjligt att säga hur många av de som laddade ner filmen faktiskt skulle ha köpt den. Dagbladet.no. *Dømt for å ha lagt ut "Pitbullterje" på nett* <http://www.dagbladet.no/kultur/2007/03/13/494850.html> (senast besökt 2007-05-15). Se också Antipiratbyran.com. *Pirate Bay-pirat dömd i Norge*. <http://www.antipiratbyran.com/index.htm?id=news&p=p35#35> (senast besökt 2007-05-15)

2.6 Andra relevanta lagar

2.6.1 Lagen om elektroniska anslagstavlor

Som en konsekvens av BBS-målet (se nedan 4.1.1) ansågs det angeläget att skapa en reglering kring elektroniska anslagstavlor och en proposition om ansvar för elektroniska anslagstavlor kunde överlämnas till riksdagen den 2 oktober 1997. I denna poängteras som ett skäl för att skapa specialreglering bristen på kontroll över de elektroniska anslagstavlor som kan utnyttjas för brottsliga ändamål.¹⁰⁸

Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor trädde i kraft den 1 maj 1998. I 1 § avgränsas dess tillämpningsområde till ”tjänster för elektronisk förmedling av meddelanden”, vilket innebär att endast de tjänster som medger tillförande av egna meddelanden och åtkomst av andras omfattas av lagen. Därmed faller t.ex. informationsdatabaser, webbsidor och liknande utanför lagens omfattning eftersom de endast förmedlar information i en riktning.¹⁰⁹ Det primära syftet med lagen kan förenklat sägas vara att den som tillhandahåller en elektronisk anslagstavla är skyldig att hålla en någorlunda god uppsikt över denna.¹¹⁰

2.7 Amerikansk lagstiftning

2.7.1 The Copyright Act

The Copyright Act återfinns i 17 kap U.S. Code. I 106 § listas de sex exklusiva rättigheter som tillkommer upphovsmannen, med de begränsningar som stadgas i 107-122 §. Bland rättigheterna märks ensamrätten till att framställa kopior av ett verk och att på olika sätt distribuera dessa till allmänheten.

I den amerikanska upphovsrätten existerar två former av sekundärt ansvar, ”contributory and vicarious copyright infringement”, varav åtminstone den senare saknar direkt motsvarighet i svensk upphovsrättslig lagstiftning. Contributory infringement är ett medverkandeansvar medan vicarious copyright infringement innebär en form av ställföreträdaransvar. Ställföreträdaransvaret kan enklast beskrivas som ett indirekt ansvar för bristande kontroll, exempelvis då ett företag negligerat att kontrollera att användarna, av en av företaget skapad teknisk lösning, håller sig inom lagens ramar.¹¹¹

¹⁰⁸ Prop. 1997/98:15, *Ansvar för elektroniska anslagstavlor*. s. 8.

¹⁰⁹ Prop. 1997/98:15 s. 8.

¹¹⁰ Prop. 2004/05:110. s. 335-336.

¹¹¹ Ahnegård. s. 54.

2.7.2 The Digital Millennium Copyright Act

The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) är ett regelverk som implementerats i amerikansk upphovsrättslig lagstiftning för att anpassa upphovsrätten till den digitala tekniken samt harmonisera den med WCT- och WPPT-konventionerna. Bland annat ansågs det nödvändigt att klargöra Internetleverantörers ansvarssituation så att dessa skulle bli motiverade att investera i utbyggnad och kapacitetsförbättringar utan att riskera att hållas ansvariga för de många potentiella intrångssituationer som en vanlig överföring på Internet innebär.¹¹² I 512 § Copyright Act återfinns de huvudsakliga förutsättningarna för att Internetleverantörer ska undgå ansvar vid överföringar inom deras nät. Liksom i bestämmelserna 11 a § URL så stadgas att det ska röra sig om automatiserade förbindelser utan påverkan från Internetleverantören av vare sig vad som överförs eller till vem.

2.7.3 The Fair Use Doctrine

I amerikansk rätt, liksom i svensk, görs en avvägning mellan hur långtgående skydd en upphovsman ska ha och samhällets intresse och behov av att ta del av verket. The Fair Use Doctrine specificerar vilka kriterier som gäller för framställning av exemplar för enskilt bruk, citering, användning av material i undervisningssyfte med mera.¹¹³ Istället för utförliga, exempelbaserade regler, faller alla typer av förfoganden som är att anse som "fair use" in under bestämmelsen. Vid bedömningen skall hänsyn bland annat tas till användningens syfte och natur, dvs. om användningen är kommersiell eller sker i undervisningssyfte, vilken typ det är fråga om och potentiella marknadseffekter.¹¹⁴

2.7.4 The Audio Home Recording Act

Bestämmelserna i det här regelverket tar sikte på kopiering av musik för privat bruk. De som tillverkar och distribuerar produkter som kan användas för kopiering är skyldiga att registrera sin produkt hos behöriga myndigheter och betala en avgift som går till berörda upphovsmän. Produkterna måste även innehålla system som förhindrar kopiering av kopior. Lagen skyddar därmed såväl konsumenterna som de som tillhandahåller produkterna.¹¹⁵

¹¹² American Jurisprudence, Polin, David, *Proof of Copyright Infringement By File Sharing* 6 § (Westlaw International).

¹¹³ Ahnegård. s. 56.

¹¹⁴ American Jurisprudence, Polin, David, *Proof of Copyright Infringement By File Sharing* 17 § (Westlaw International).

¹¹⁵ Ahnegård. s. 55.

3 Aktörer

3.1 Inledning

Det saknas i praktiken möjlighet för de individuella rättighetsinnehavarna att på egen hand kontrollera användandet av sitt skapade verk. Så fort ett verk blivit offentligtgjort eller utgivits går det knappast längre att kontrollera hur det sprids och dupliceras, något som blivit allt tydligare sedan Internets tillkomst.¹¹⁶ För att komma till rätta med problemet skapades på ett relativt tidigt stadium organisationer vars huvudsyfte var att tillvarata enskilda aktörers upphovsrätt, de tidigaste däribland är de som tillvaratar kompositörers rättigheter.¹¹⁷

Organisationerna har visat sig vara till stor fördel för rättighetsinnehavarna och har medfört en mer effektiv strukturering och fördelning av inkomsterna för artister, filmbolag etc. Dessutom, tack vare att flera av de större organisationerna är multinationella, erbjuds ett starkt rättighetsskydd även utanför Sveriges gränser.

3.1.1 STIM och SAMI

STIM står för Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå och bildades 1923 och har idag omkring 50 000 anslutna medlemmar.¹¹⁸ STIM:s huvudsyften är två, nämligen att mot ersättning ge tillstånd att offentligt framföra och mekaniskt mångfaldiga musikaliska verk, samt ta emot ersättningar när någon utfört dessa och mekaniskt mångfaldigat utförandena. En tonsättare har möjligheten att genom fullmakt till STIM överlåta sina rättigheter till framförande och mekaniskt mångfaldigande, varefter organisationen företräder denne och hans intressen.¹¹⁹ Efter fem års anslutning med de här villkoren har man som tonsättare rätt till medlemskap i STIM. Organisationen har slutit avtal med de största svenska TV-kanalerna avseende framföranden av musikverk i TV-program, men de har också avtal om t.ex. industri-, restaurang- och butiksmusik.¹²⁰ Genom att ansluta sig till STIM kan tonsättare räkna med att tillskansa sig större ekonomisk vinning från sin musik, men också att rättsprocesser initieras i den händelse att någon gör intrång i de musikaliska verken.¹²¹

¹¹⁶ Olsson. s. 453.

¹¹⁷ Levin. s. 73.

¹¹⁸ <http://www.stim.se>, fliken "Om STIM" (senast besökt 2007-05-15).

¹¹⁹ Olsson. s. 455.

¹²⁰ Levin. s. 75.

¹²¹ Ibid. s. 75 som bl.a. hänvisar till NJA 1987 s. 89 där uppspelning av delar av musikstycken i en hemelektronikaffär ansågs utgöra framförande i lagens mening, och NJA 1988 s. 715 där framförande av musikaliska verk på ett sjukhus också ansågs utgöra framförande.

Medan STIM tillvaratar upphovsrättsinnehavarens intressen är SAMI, Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation, till för att skydda det ekonomiska intresset hos artisterna och musikerna, i enlighet med 47 § URL.¹²² Förhandlingar, främst med radio- och TV-bolag, sköts av den svenska gruppen av IFPI (se nedan).

3.1.2 Antipiratbyrån

Antipiratbyrån bildades 2001 och har idag omkring 30 medlemsbolag bestående av producenter och distributörer av bio- och videofilm samt datorspel.¹²³ Den verksamhet de bedriver syftar till att värna om medlemsbolagens upphovsrättigheter och detta sker både genom att sprida information och i vissa fall vidta rättsliga åtgärder. Deras uttalade målsättning är

”att medlemsbolagen inom film och datorspelbranscherna ska få verka under normala marknadsekonomiska förutsättningar”.¹²⁴

Med andra ord är deras avsikt att fildelningen ska upphöra eller begränsas till en nivå där dess effekter inte kan tillmätas betydelse för nöjesindustrins ekonomiska svängningar.

Antipiratbyrån har framför allt på senare år varit föremål för mycket uppmärksamhet i media, främst på grund av sitt intensiva arbete med att spåra och polisanmäla individer som påstås ha ägnat sig åt illegal fildelning. Deras metod att lagra uppgifter om vilket material individer tillgängliggör tillsammans med deras IP-adresser ansågs strida mot 21 § personuppgiftslagen och Antipiratbyrån anmäldes därför av ett stort antal personer till Datainspektionen.¹²⁵ Paragrafen förbjuder alla utom myndigheter att behandla lagöverträdarens personuppgifter. Antipiratbyrån blev således föremål för inspektion av Datainspektionens vid två tillfällen och det framkom då att Antipiratbyrån har samlat in uppgifterna för två olika syften: dels för att kunna göra en polisanmälan då de har anledning att misstänka att särskilt grova brott mot upphovsrättslagen har begåtts och dels för att kunna skicka så kallade abuse-brev till aktuell Internetleverantör, för att de i sin tur ska kunna ingripa mot den användare som bryter mot upphovsrättslagen.¹²⁶ Antipiratbyrån hävdade dessutom att IP-adresser inte är att betrakta som personuppgifter i lagens mening eftersom de saknar

¹²² Rosén s. 102.

¹²³ ”Om Antipiratbyrån” (startside), <http://www.antipiratbyran.com> (senast besökt 2007-05-15).

¹²⁴ ”Om verksamheten” <http://antipiratbyran.com/index.htm?id=wrk> (senast besökt 2007-05-15).

¹²⁵ SVT.se den 2005-04-08. *Antipiratbyrån fick besök*. <http://svt.se/svt/jsp/Crosslink.jsp?d=22620&a=367536> (senast besökt 2007-05-15).

¹²⁶ Beslut efter tillsyn enligt personuppgiftslagen (1998:204) av den 2005-06-08, s. 1-2 <http://www.datainspektionen.se/pdf/beslut/antipiratbyran.pdf> (senast besökt 2007-05-15).

möjlighet att på egen hand identifiera en individ enbart utifrån en IP-adress.¹²⁷

Datainspektionen delade inte Antipiratbyråns föreställning om att IP-adresser inte utgjorde personuppgifter. 3 § PuL stadgar att ”all slags information som direkt eller indirekt kan hänföras till en fysisk person som är i livet” är att anse som personuppgift. Därutöver spelar det ingen roll vem som identifierar vederbörande, utan av intresse är om uppgifterna kan användas som hjälpmedel för det syftet. En behandling av personuppgifter på sätt som ovan beskrivits kan tillåtas i enstaka fall om det är nödvändigt för att fastställa rättsliga anspråk¹²⁸, men Antipiratbyråns systematiska insamlande av personuppgifter ansågs inte omfattas av det här undantaget. Datainspektionen förelade följaktligen Antipiratbyrån att upphöra med insamlingen av IP-adresser. Likväl uppmärksammades att det kunde föreligga ett berättigat intresse av att den här typen av behandling fick fortgå och att en intresseavvägning kunde göras mellan individens rätt till integritet och Antipiratbyråns medlemmars intresse av att skydda sina rättigheter.¹²⁹

Antipiratbyrån inkom strax därefter med en sådan ansökan om att undantas från förbudet i 21 § PUL. Datainspektionens sammanvägda bedömning av branschorganisationernas intresse i saken var att det ansågs väga tungt nog för att medge ett undantag från 21 § PuL. De främsta anledningarna till att undantaget medgavs angavs vara att organisationerna endast översänder de insamlade uppgifterna till Internetleverantörerna och, i undantagsfall, till polisen. Individerna bakom IP-adressen förblir okänd för både Antipiratbyrån och IFPI. Likaså ansågs själva förehavandet endast vara ett begränsat intrång i integriteten efter som de uppgifter som samlas in i princip är tillgängliga för alla.¹³⁰

Det framgår varken av 21 § PuL eller 9 § Personuppgiftsförordningen under vilka specifika förhållanden ett undantag skall medges. 21 § utgår från artikel 8.5 i dataskyddsdirektivet¹³¹ i vilken det stadgas att vissa ändringar kan tillåtas ”med stöd av nationella bestämmelser som innehåller lämpliga och specifika skyddsåtgärder”. I förarbetena till PuL framgår att undantag kan medges när enskilda har ett befogat intresse av att en uppgiftsbehandling tillåts samt att denna bevakas av en myndighet. I det här fallet valde Datainspektionen att ge Antipiratbyrån ett tidsbegränsat tillstånd med motiveringen att:

¹²⁷ Ibid. s. 2. Antipiratbyrån ansåg även att de omöjliga kunde begära ut uppgifter om den intrångsgörande personen eftersom Internetleverantörer är förbjudna att lämna ut de uppgifterna enligt 6 kap. 20 § lagen om elektronisk kommunikation.

¹²⁸ Datainspektionens föreskrifter (DIFS) 1998:3 p. d).

¹²⁹ Beslut efter tillsyn enligt personuppgiftslagen (1998:204) s. 4.

¹³⁰ Ansökan om undantag från förbudet i 21 § personuppgiftslagen (1998:204), PuL av den 2005-10-13, s. 6 http://www.datainspektionen.se/pdf/beslut/antipiratbyran_undantag.pdf (senast besökt 2007-05-15).

¹³¹ Direktiv 95/46/EG om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter.

”Antipiratbyrån har ett befogat intresse att utföra de begärda behandlingarna av personuppgifter och de beskrivna behandlingarna får anses vara proportionerliga med hänsyn till det syfte behandlingen avser”.¹³²

Undantaget gällde till och med utgången av 2006 och har nyligen förlängts samt ändrats till att omfatta fler uppgifter och tillåta en längre lagringstid.¹³³

3.1.3 IFPI

IFPI, International Federation of the Phonographic Industry, arbetar med att samla in och fördela ersättningar enligt 47 § URL till producenter och skivbolag.¹³⁴ Svenska gruppen av IFPI representerar idag ca 95 % av skivmarknaden i Sverige.¹³⁵

IFPI Svenska gruppen har varit involverade i ett par uppmärksammade rättsfall gällande illegal fildelning av musik från deras medlemsbolag.¹³⁶ Alldeles nyligen polisanmälde de ett antal personer som varit uppkopplade mot s.k. hubbar och där tillgängliggjort upphovsrättsskyddad musik. Vad som dock är av större intresse i sammanhanget är att vid samma tillfälle polisanmälde man även personerna som ansvarar för hubbarna, i syfte att fastställa huruvida ett medverkansansvar för upphovsrättsintrång föreligger. IFPI skriver i ett pressmeddelande att hubbägare uttryckligen uppmanar till upphovsrättsbrott

”genom att kräva att användarna måste tillhandahålla en viss mängd innehåll för uppladdning för att få koppla upp sig mot hubben”.¹³⁷

Det talas också om att kommersiella inslag förekommer i hubbverksamheten. I en intervju med Tidningarnas Telegrambyrå, publicerad i Aftonbladet, säger IFPI:s ordförande Ludwig Werner att det ofta finns reklam på hubbarna och de hemsidor som är kopplade till dem.¹³⁸ Om de som administrerar hubbarna har tjänat pengar på verksamheten riskerar den att betraktas som kommersiell vilket normalt innebär ett

¹³² Ansökan om undantag från förbudet i 21 § PuL (1998:204) s. 6.

¹³³ Ansökan om undantag från förbudet i 21 § personuppgiftslagen (1998:204), PuL av den 2006-12-15, s. 8 http://www.datainspektionen.se/pdf/beslut/2006_APB.pdf (senast besökt 2007-05-15)

¹³⁴ Olsson s. 456.

¹³⁵ <http://www.ifpi.se/> filen ”OM IFPI” (senast besökt 2007-05-15).

¹³⁶ DN den 2007-01-15. *Fildelningsdom prövas av hovrätten.*

<http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=2374&a=606016&rss=1400> (Senast besökt 2007-05-15) En fällande dom i Borås Tingsrätt, för tillgängliggörande av fyra stycken upphovsskyddade musikverk, skall i bevishänseende prövas i hovrätten. Överprövningen avser bevisningen som är av samma typ som i ett annat, fall vilket nyligen ledde fram till ett frikännande i Svea Hovrätt (se nedan 4.1.).

¹³⁷ Pressmeddelande 2007-02-08, ”IFPI polisanmäler storskaliga upphovsrättsbrott på Internet”, <http://www.ifpi.se/getpressrelease.aspx?id=56> (senast besökt 2007-05-15).

¹³⁸ Aftonbladet den 2007-02-08. *Svenska fildelare polisanmälda.* <http://www.aftonbladet.se/vss/it/story/0,2789,995450,00.html> (senast besökt 2007-05-15).

strängare straff om brott konstateras. Situationen är inte helt olik den utredning som ännu pågår gällande administratörerna av bittorrent-trackern ”The Pirate Bay” och deras eventuella ansvar för den mycket omfattande distribution av upphovsrättsskyddat material som sker med deras vetskap.¹³⁹

3.1.4 Internetleverantörer

Hur långt sträcker sig ansvaret för de olika aktörerna på bredbandsmarknaden i Sverige? Infosoc-direktivet stadgar i art 8.3 att

”[m]edlemsstaterna 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”.

Sverige har dock valt att inte införa bestämmelsen med motiveringen att de sanktionsbestämmelser som återfinns i 7 kap. URL är tillräckliga för att uppfylla direktivets krav. Både Antipiratbyrån och IFPI hade i sina synpunkter på direktivets art. 8 uttryckt önskemål om att det skulle beredas möjlighet för rättighetshavare att begära förelägganden mot mellanhänder att lämna ut uppgifter om abonnemang, vilket de menade skulle leda till en effektivisering av åtgärder mot intrångsgörare utan att polis- och åklagarmyndigheter skulle belastas ytterligare. Regeringen hänvisade till 6 kap. 22 § 2 i lagen om elektronisk kommunikation av vilken det framgår att den som tillhandahåller en elektronisk kommunikationstjänst är skyldig att lämna uppgift om abonnemang till brottsutredande myndighet då misstanke föreligger om brott där påföljden kan bli annan än böter. Bestämmelsen i sig anses vara ett resultat av avvägningar mellan behovet av brottsåtgärder och individens behov av integritet. Följaktligen konstaterade regeringen att en sådan möjlighet för rättighetshavare eller deras representanter att begära att tystnadsplikten bryts kräver ingående överväganden av bl.a. integritetsaspekter och frågan lämnades därhän.¹⁴⁰

I nuläget finns det alltså ingen skyldighet för Internetleverantörer att förse rättighetshavare med information om deras abonnenter så länge inte misstanke om allvarligare upphovsrättsintrång föreligger. I t.ex. dansk lag finns redan infört en rätt för rättighetshavare att begära förelägganden mot mellanhänder¹⁴¹ och i många andra EU-länder har art. 8.3 fått mer långtgående verkan än i Sverige.¹⁴²

¹³⁹ Även i fallet Pirate Bay har administratörerna sålt annonsutrymme och det återstår att se huruvida verksamheten kan komma att betraktas som kommersiell. Se nedan kap 5.

¹⁴⁰ Prop. 2004/05:110 s 341-343.

¹⁴¹ Bestämmelserna om förbuds förelägganden återfinns i retsplejelovens (motsv. rättegångsbalken) 57 kap. Införlivandet av Infosoc-direktivet resulterade även i dansk upphovsrättslag (”ophavsretsloven”) i en 11 a § om flyktiga kopior, men det poängteras i lagförslaget att dessa måste härstamma från ett lagligt tillgängliggörande för att inte förbudsbestämmelserna ska vara tillämpliga.

¹⁴² Bernhardsson, Jan m.fl. Dagens Nyheter debatt av den 2004-08-26. *15 miljoner olagliga filmkopior per år.*

I propositionen 2004/05:110 konstateras att frågan kommer att vara föremål för ny utredning i samband med genomförandet av direktiv 2004/48/EG (sanktionsdirektivet) vars artiklar 9 och 11 innehåller bestämmelser om förelägganden mot mellanhänder i intrångssituationer.¹⁴³

3.1.5 RIAA och MPAA

Record Industry Association of America (RIAA) och Motion Pictures Association of America (MPAA) är de två största intresseorganisationerna i USA. De representerar de flesta större skivbolagen respektive film- och TV-industrin och arbetar intensivt med att försöka stävja upphovsrättsintrång på sina respektive marknader. Deras tillvägagångssätt och inblandning i ett antal rättsfall behandlas närmare nedan under 4.2.

<http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=572&a=303484&previousRenderType=2>

(senast besökt 2007-05-15)

¹⁴³ Prop. 2004/05:110 s. 340-341.

4 Rättsfall

4.1 Svenska rättsfall

4.1.1 NJA I 1996 s. 79 ("BBS-målet")

Ett vägledande svenskt rättsfall som blivit föremål för viss debatt är NJA I sid 1996:79 ("BBS-målet"). Fallet rörde en Lars R som under tidsperioden 1990-1992 var ytterst ansvarig för driften av en Bulletin Board System ("BBS") i Helsingborg. BBS:en fungerade som en databas för förvaring och spridning av olika program, av vilka merparten var av typen "Shareware", dvs. tillgängliga för alla kostnadsfritt, medan ett fåtal var upphovsrättsligt skyddade. Lars R åtalades följaktligen för brott mot upphovsrättslagen eftersom han möjliggjort framställning av programexemplar till allmänheten.

BBS:en var programmerad på så sätt att betalande användare gavs olika nivåer av tillträde (accessnivåer) beroende på hur stor summa de betalade. Tillgång till samtliga program i databasen hade endast de med högst accessnivå samt ett antal användare som tillhörde Lars R:s närmaste bekantskapskrets. Kontrollen av vilka som hade tillträde till vad sköttes av Lars R själv och han skötte också viruskontrollen av nya program som laddats upp till basen. Lars R hade försett såväl filarean för nedladdning som den för uppladdning med varningstexter, vilka klargjorde att det inte var tillåtet att ladda upp kommersiella program samt att de kommersiella program som fanns att tillgå, för användare med högst accessnivå, inte fick laddas ner. Lars R hävdade att han drivit databasen som en ren hobby och att den inte varit inkomstbringande eller ens haft som syfte att vara det.

Tingsrätten konstaterade först och främst att de i målet aktuella programmen uppnått verkshöjd eftersom de innehöll ett mycket stort antal programinstruktioner och därmed inte ansågs kunna skapas av två personer oberoende av varandra. Av betydelse för bedömningen var också att programmen inte heller "på ett optimalt sätt löser ett givet problem", vilket var en förutsättning för skydd enligt upphovsrättslagen i sin dåvarande lydelse.

Man fortsatte sedan med att konstatera att Lars R, genom att tillhandahålla programmen på sin databas, ägnat sig åt en omfattande och organiserad utlåning av program till fler individer än de som tillhörde hans närmaste bekantskapskrets, något som stred mot 23 § i upphovsrättslagens dåvarande lydelse. Tingsrätten valde därför att döma Lars R till villkorlig dom och böter.

I hovrätten valde åklagaren att förtydliga andra stycket av gärningsbeskrivningen för att framhålla att han inte gjorde gällande att Lars R, genom sitt förfarande, medverkat till olovlig exemplarframställning.

Istället yrkade åklagaren på ansvar för medverkan till den olovliga kopiering som skett genom att Lars R tillhandahållit datorutrustning i syfte att möjliggöra spridning av filer och samtidigt brutit i kontrollen av dessa filers laglighet.

Hovrätten gjorde bedömningen att BBS:en varit ett forum även för fria program, vilket innebär att det enda reella sättet att motverka uppladdning och därmed olovlig exemplarframställning av upphovsrättsskyddat material är genom förbud. Bara det faktum att Lars R ställt sin utrustning till förfogande kunde inte föranleda något ansvar. Hovrätten fann därefter att den begränsade krets till vilken Lars R berett tillgång till BBS:en inte var att likställa med allmänheten i lagens mening.

Högsta domstolen valde att lägga tyngdpunkten på Lars R:s aktiva handlande, vilket inte skulle ha bestått i mer än att han tillhandahållit BBS:en. Åklagarens ansvarspåstående tolkade HD som att själva prövningen ska gälla huruvida Lars R gjort sig skyldig till upphovsrättsintrång redan genom att programmen varit tillgängliga i hans BBS så att de kunnat kopieras av en krets motsvarande allmänheten. Lydelsen av 2 § URL ansåg HD syfta till att ett aktivt handlande måste föreligga för att intrång i upphovsrätten skall aktualiseras. Genom denna tolkning blir den eventuella exemplarframställning som Lars R hängett sig åt irrelevant för målet. Med hänvisande till legalitetsprincipen ansåg HD därför att URL, i dess aktuella lydelse, inte kunde ge upphov till straffrättsligt ansvar enligt åklagarens ansvarspåstående.

HD påpekade också att lagen i dess dåvarande lydelse hade uppenbara luckor som medverkade till osäkerheten kring de nya tekniska möjligheter som bl.a. BBS:er medfört. Huruvida Lars R hade kunna fällas för medverkan till olovlig kopiering eller underlåtenhet att vidta åtgärder i syfte att förhindra sådan, låg utanför åklagarens ansvarspåstående och kom sålunda aldrig att prövas. HD resonerade emellertid självmant kring de negativa rättspolitiska konsekvenser som det skulle bli om det gavs ett högre straffvärde att göra ”för lite” för att begränsa upphovsrättsintrång jämfört med att inte göra något alls, vilket skulle kunna bli resultatet om en operatörs aktiva handlande i begränsande syfte skulle visa sig otillräckligt.

Daniel Westman har resonerat kring fallet och bland annat konstaterat att ett tillhandahållande av en förmedlingstjänst torde kunna föranleda ansvar om dess syfte är att olagligen sprida upphovsrättsskyddat material. Om det tvärtom handlar om förmedlingstjänster som har ett legitimt syfte torde det dock inte föranleda ansvar att underlåta att förhindra användarnas spridning av upphovsrättsskyddat material.¹⁴⁴ Ett medverkansansvar torde således främst aktualiseras för den som tillhandahåller tjänster som i huvudsak är inrättade för brottsliga ändamål eller för den som främjar brottsliga gärningar på en legal förmedlingstjänst, t.ex. genom att visa hur man får tag i olagligt material.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Lindberg. s. 137.

¹⁴⁵ Ibid. s. 138.

Man kan dra vissa paralleller till The Pirate Bay och dess funktion som förmedlingstjänst, men det finns en avgörande skillnad i det att inget olagligt material lagras på The Pirate Bays egna servrar. Problematiken behandlas närmare nedan kap 5.

4.1.2 Första fildelningsdomarna

De två första svenska fildelningsdomarna kom i snabb följd i slutet av 2005. Den 25 oktober dömdes en Västeråsbo av Västmanlands tingsrätt¹⁴⁶ till att betala 80 dagsböter för att ha tillgängliggjort filmen Hip Hip Hora. Drygt två veckor senare, den 9 november föll en i praktiken likadan dom mot en Sollentunabo som på samma sätt tillgängliggjort filmen "Den Tredje Vågen". I båda fallen har de tilltalade anslutit sig till hubbar, vars primära syfte ofta är att upprätta kontakter för distribution av upphovsrättsligt skyddat material. Genom att på liknande sätt ansluta sig till de aktuella hubbarna har Antipiratbyrån, i egenskap av företrädare för respektive filmbolag, laddat ner filmerna för att på så sätt skaffa sig bevisning. Antipiratbyrån har också antecknat IP-adresser och tagit skärmdumpar under den pågående nedladdningen.

Båda rättsfallen behandlar händelser som inträffade under 2004 och därför tillämpades upphovsrättslagen i sin gamla lydelse. Enligt praxis¹⁴⁷ innebär tillgängliggörande på Internet, där en person på eget initiativ och oberoende av tidpunkt kan ladda ner filen, ett offentligt framförande¹⁴⁸. Några nya exemplar framställs inte genom det här förfarandet och det kan inte röra sig om visning eller spridning. Filmerna var i praktiken tillgängliga för vem som helst med kunskap om hur man använder fildelningsprogrammet Direct Connect eller någon av dess varianter. Det faktum att vissa krav på motprestation ställdes för tillträde till aktuell hubb ansågs inte påverka, eftersom vem som helst som uppfyllde dessa också fick tillträde. Därmed kunde framförandet inte anses ha skett inför en sluten krets.

Båda domarna överklagades sedermera, men eftersom det i Västeråsfallet endast avsåg bevisvärdet och i Sollentunadomen inte beviljades överprövning har straffvärdet vunnit laga kraft.

I hovrätten¹⁴⁹ ogillades åtalet mot den tilltalade i Västeråsfallet, eftersom det inte kunde anses styrkt att det var han som delade ut filmen vid det aktuella tillfället. Det var framför allt två faktorer som var avgörande för hovrättens bedömning. För det första kunde det inte styrkas att det ip-nummer som varit föremål för utredning, de facto var tilldelat den datorutrustning som tillhör eller disponeras av den tilltalade vid tidpunkten

¹⁴⁶ Västmanlands tingsrätt, mål nr. B 1333-05.

¹⁴⁷ NJA 2000 s. 292 där länkning till MP3-filer som andra olovligen tillgängliggjort på Internet betraktades som offentligt framförande.

¹⁴⁸ Prop. 2004/05:110 s. 57.

¹⁴⁹ Svea Hovrätt, mål nr. 8799-05.

för filmens överföring. För det andra kunde det inte med säkerhet verifieras att tidsangivelserna i målsägandens utredning är riktiga. Under huvudförhandlingen hölls vittnesförhör med försvarets tekniska expert, med flerårig erfarenhet av övervakning av datatrafik och utredning av dataintrång. Den här personen har gått igenom föreundersökningsprotokollet och förevisat vad han ansåg vara ett antal brister i utredningen. Han pekar bland annat på det faktum att en ip-adress inte med säkerhet kan kopplas till en specifik dator utan att den lika gärna kan höra samman med en router eller en brandvägg. Av primär betydelse för hovrättens bedömning var att den klocka som använts för att fastslå tidpunkten för överföringen, då trafiken även loggades med en speciell programvara, inte säkert kunde anses vara synkroniserad med Internetleverantörens klocka. Dessutom saknar den skärmdump¹⁵⁰, som Antipiratbyråns representant tagit, både datum och klockslag.

Hovrätten konstaterar i sin bedömning att ”det inte går att dra någon säker slutsats om vid vilken tidpunkt överföringen av filmen ägde rum och följaktligen inte heller att överföringen gjordes från [den tilltalades] datorutrustning”. Domen, som endast rör bevisfrågor, kommer inte att prövas i Högsta Domstolen.

Daniel Westman har i samband med den friande domen publicerat kommentarer till hovrättens bedömning och upphovsrättens lege ferenda i tidskriften *Lov & Data* nr 88, december 2006.

Han konstaterar bland annat att det tydligt framgår av hovrättens dom att bevisfrågan i den här typen av brottmål är allt annat än klar. Utan ett erkännande från den tilltalade krävs en omfattande bevisning. Hovrätten har i det aktuella fallet ställt krav på att det ska kunna *uteslutas* någon annan använt sig av den utrustning som är föremål för utredningen vid den aktuella tidpunkten. I normalfallet ska det ställas utom allt rimligt tvivel att gärningen utförts av den tilltalade och det framgår inte varför hovrätten har valt att höja ribban ytterligare. En tydlig konsekvens av domen är emellertid att husrannsakan blir nödvändig för att säkerställa tillräcklig bevisning i de fall där den tilltalade nekar till anklagelserna. Än så länge har inte prövats mängden upphovsrättsskyddat material som behövs tillgängliggöras (eller, för den delen, laddas ner) för att medge husrannsakan, men det måste finnas anledning att tro att det misstänkta brottet kan föranleda ett fängelsestraff.¹⁵¹ Det bör dock påpekas att Norrköpings Tingsrätt i ett senare mål, där den tilltalade dömdes till 80 dagsböter för att grovt oaktsamt ha tillgängliggjort filmen ”Rånarna”, uttrycker att det är svårt att se någon anledning till att avvika från det normala beviskravet i den här typen av mål.¹⁵² Oavsett vilka slutsatser man kan dra av de här domarna så har Henrik Pontén på Svenska Antipiratbyrån uttalat att de numera anmäler personer som tillgängliggör

¹⁵⁰ En kopia av vad som för tillfället visas på bildskärmen. En skärmdumps bevisvärde har debatterats rikligt eftersom den är relativt lätt att förfalska och bedömningen därmed blir beroende av trovärdigheten hos den som samlat in bevismaterialet.

¹⁵¹ RB 28 kap 1 §.

¹⁵² Norrköpings tingsrätt, mål nr. B 2142-06.

fler än en film.¹⁵³ Syftet med detta är förstås att bringa klarhet i vad som krävs för att få till stånd en husrannsakan.

Även om det är rimligt att, utifrån uppgifter från Internetleverantören om vem som nyttjar ett visst IP vid en given tidpunkt, i kombination med skärmdumpar och loggad datatrafik från representanter för upphovsrättsinnehavarna, göra bedömningen att en viss person begått intrånget, finns det ändå för många potentiella felkällor för att kunna fastslå bortom rimligt tvivel att den tilltalade är den skyldige. Hovrätten pekade på framför allt två saker som brast i bevisningen och föranledde friandet: dels att de klockor inte var synkroniserade som användes av målsäganden vid tidpunkten för nedladdningen och av Internetleverantören då IP-adressen associerades till en viss abonnent, och dels att det saknades uppgifter om vilken dator som målsäganden ska ha använt vid den påstådda filöverföringen. Båda argumenten understryker vikten av legalitetsprincipen genom att lägga ribban för beviskraven mycket högt.

4.2 Amerikanska rättsfall

4.2.1 Sony Corp. Of Am. v. Universal Studios

När det här fallet avgjordes 1984¹⁵⁴ var det nog ingen som kunde förutspå hur stor betydelse det skulle komma att få för de senaste årens upphovsrättsliga tvister. Domslutet har haft prejudicerande verkan på flera avgöranden av upphovsrättsliga tvister, men har på senare år visat sig vara otillräckligt beträffande vissa nyckelfrågor.

De första videoapparaterna för hemmabruk dök upp i början av 1980-talet och skapade relativt omgående nervositet hos flera filmbolag. Universal Studios valde därför att stämma Sony under förevändningen att Sony, genom att sälja sin videoapparat kallad Betamax, gjorde sig skyldiga till medverkan till upphovsrättsintrång och därmed kunde hållas ansvariga enligt regeln om ställföreträdarskap (se ovan 2.7.1). Argumenten gick ut på att köparna av Sonys videoapparat förväntades använda denna till att skapa kopior av filmer, TV-avsnitt med mera, varför Universal ville göra gällande att Sony skulle kunna hållas indirekt ansvariga för de upphovsrättsliga intrång som begås av användarna.¹⁵⁵

Domstolen förde en diskussion kring vilken betydelse följderna av den tekniska utvecklingen skulle få för upphovsrätten. Genom att dra paralleller till en begränsning som kodifierats i patenträtten: "the substantial-

¹⁵³ <http://www.antipiratbyran.com/index.htm?id=news&p=p28#28> (senast besökt 2007-05-15).

¹⁵⁴ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417.

¹⁵⁵ Ahnegård. s. 57

noninfringing-use rule”¹⁵⁶ menade domstolen att en skapare av ny teknologi kan undgå ansvar då deras kunder använder teknologin för att begå upphovsrättsintrång, under förutsättning att teknologin i huvudsak har en avsevärd icke-intrångsgörande funktion.¹⁵⁷ Inom upphovsrätten blev den här tolkningen känd som ”the Sony doctrine”¹⁵⁸. Doktrinen möjliggör för skapare och distributörer av nyskapande teknologi att undgå sekundärt ansvar då deras kunder utnyttjar teknologin till att begå upphovsrättsintrång. Avgörande är om teknologin har eller avsågs ha ett huvudsakligt lagenligt ändamål. Domstolen valde emellertid att inte ge några klara direktiv vad gäller antalet upphovsrättsintrång som måste ske eller på vilket sätt teknologin bör framställs på marknaden. Lösningen må ha framstått som optimal i det aktuella sammanhanget, men den inneboende konflikten i resonemanget har blivit ett allt större dilemma i vår digitaliserade tidsålder.

Ett exempel på den effekt utslaget har haft på senare tid är förstås de olika peer-to-peer-tjänster som kommit och gått. Genom att inte själva begå något intrång i upphovsrätten och istället förmå användarna, i regel barn och ungdomar, har programutvecklarna ansett sig befinna sig på rätt sida om lagen. I amerikansk rätt bedöms om personerna bakom tjänsterna kan anses sekundärt ansvariga genom medverkans-, ställföreträdar- och/eller anstiftansansvar¹⁵⁹.

4.2.2 Napster

Den mest revolutionerande tekniken för spridning av filer i stor omfattning är utan tvekan den så kallade peer-to-peer-tekniken. Det mest kända exemplet bland program som använder sig av den här tekniken är onekligen Napster, vars smått otroliga popularitet fick skivindustrin att på allvar få upp ögonen för Internets potential.

Napsters programvara tillät enskilda användare att koppla upp sig mot varandra i ett gigantiskt nätverk där var och ens musikkatalog var tillgänglig för samtliga användare. Rent praktiskt fungerade det så att användarna med hjälp av Napsters mjukvara anslöt sig till Napsters servernätverk, vilket i sin tur höll reda på de anslutna användarna och deras fillistor.¹⁶⁰ Ett typiskt peer-to-peer-nätverk av senare modell använder sig inte av centraliserade

¹⁵⁶ Även kallad the ”staple article of commerce” och avsedd för att skapa balans mellan en patentinnehavares rätt och skapare av standardvaror. Genom denna regel är det möjligt att sälja produkter bestående av bland annat standardvaror, vilka skulle kunna användas till att begå intrång i patenträtten, förutsatt de till en väsentlig del kan förväntas användas på icke-intrångsgörande vis.

¹⁵⁷ Ahnegård s. 57.

¹⁵⁸ Trope, Roland L. and Power, E. M. *The lessons of MGM v. Grokster*, Spektrum Online, Jan 2006. <http://www.spectrum.ieee.org/jan06/2623> (senast besökt 2007-05-15).

¹⁵⁹ Anstiftansansvar, ”inducement liability”, har framför allt aktualiserats genom Groksterfallet (se nedan under 4.2.4) där högsta domstolen konstaterade att företag ska kunna hållas ansvariga om deras uppenbara syfte med ett program är att begå upphovsrättsintrång.

¹⁶⁰ Ahnegård. s. 52.

servrar utan består uteslutande av noder (enskilda datorer) som fungerar som både server och klient. I ett sådant nätverk saknas så kallade ansvarspunkter, vilket gör det svårare att angripa och stänga ner det.¹⁶¹ Det är å andra sidan en stor fördel för nätverkets funktionalitet att ha någon form av centraliserad server som kan hålla reda på nätverksadresserna till de enskilda användarna, och i Napsters fall var det en förutsättning för programmets funktionalitet.

Napsters grundare släppte den första versionen av sin programvara i maj 1999¹⁶² som ett försök att skapa en enklare metod för att hitta musik än vad som dittills funnits. Programmet hade en användarvänlig plattform och var enbart fokuserat på musikfiler av typen MP3. Dess användarskara ökade explosionsartat och hade enligt beräkningar som mest 26,4 miljoner användare i februari 2001.¹⁶³

Napsters popularitet ledde till att skivindustrin snabbt mobiliserade sina krafter och i gemensam sak stämde i december 1999 utvecklarna i amerikansk domstol för påstått upphovsrättsintrång.¹⁶⁴ Majoriteten av stämningar mot företag och personer som olovligen tillhandahåller och distribuerar olagliga musikfiler sköts som tidigare nämnts av RIAA. Tidigare aktioner mot upphovsrättsintrång genom tillgängliggörande av musikfiler inkluderar stämningen av MP3.com som olovligen tillhandahöll tusentals CD-skivor på sin server, något som en domstol i New York beslöt utgjorde upphovsrättsintrång.¹⁶⁵

Den mest påtagliga skillnaden mellan tidigare processer och fallet Napster var just det sätt på vilket filerna distribuerades. Rent praktiskt tillhandahöll Napsters servrar inget upphovsrättsligt skyddat material utan de fungerade endast som vägvisare för de som strävade efter att hitta en viss typ av filer. Det egentliga upphovsrättsintrånget begicks därför av användarna själva och frågan som aktualiserades var om Napster kunde anses som medverkande till gärningen.¹⁶⁶

Medlemmarna i hårdrocksbandet Metallica var de första med direkt ekonomiskt intresse i Napsters förehavanden, som personligen tog strid mot bolaget. De fann att en demoversion av en ännu inte utgiven sång spreds bland användarna och stämde därför Napster i april 2000.¹⁶⁷ Medan Napster och Metallica nådde en förlikning genom att Napster stängde av samtliga användare som laddade ner eller spred bandets musik, ledde RIAA:s stämning till ett domstolsföreläggande, från domare Marilyn Hall Patel, om omedelbar stängning av tjänsten.¹⁶⁸

¹⁶¹ Ahnegård. s. 48.

¹⁶² Ibid. s. 48.

¹⁶³ Global Napster Usage Plummet. <http://www.comscore.com/press/release.asp?id=249> (senast besökt 2007-05-15).

¹⁶⁴ Ahnegård. s. 54 (A&M Records Inc v. Napster Inc., Case No. C99-5183-MHP).

¹⁶⁵ Ibid. s. 49.

¹⁶⁶ Ibid. s. 52.

¹⁶⁷ BBC News, 12 Juli 2000, *MP3 Sites accused of music 'hijack'*.

<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/829668.stm> (Senast besökt 2007-05-15).

¹⁶⁸ Ahnegård. s. 54.

RIAA:s huvudargument var att Napsters användare ägnar sig åt otillåten distribution som leder till att otillåtna kopior skapas. Samtliga lagstridiga moment påstods både möjliggöras och uppmuntras av Napster varför bolaget på så sätt gjorde sig skyldigt till medverkande till intrång i kärandens upphovsrätt.¹⁶⁹ Likaså åberopades Napsters ställföreträdaransvar eftersom det ansågs fullt möjligt att kontrollera det material som spreds och därmed filtrera bort det olovliga materialet.¹⁷⁰ Ytterligare en aspekt ansågs vara det kommersiella intresset som speglades av att ju fler användare som lockades att använda tjänsten, desto större kunde intäkterna för annonsering på Napsters hemsida bli.¹⁷¹

Napster överklagade till appellationsdomstol¹⁷² och hävdade till sitt försvar bland annat att användarnas kopiering av MP3-filer utgjorde, eller åtminstone möjliggjorde "fair use". Genom Napster kunde användarna nämligen provlyssna på musik (s.k. "sampling") innan de bestämde sig för att köpa skivan eller inte. Ett annat argument var att många användare redan ägde de skivor de laddade ner, men ville ha dem lätt tillgängliga för uppspelning på datorn eller överföring till en bärbar musikspelare.¹⁷³

Domare Patel fastslog redan i första instans att det alltid finns kommersiella element vid sampling. De samplingar som finns att tillgå genom lagliga nedladdningsresurser är sällan längre än någon minut och dessutom i ett tidsbegränsat format, vilket gör det omöjligt att på ett enkelt sätt spara filerna efter avlyssning. Även om marknaden för CD-skivor inte i teorin skulle förbli opåverkad ansågs det rimligt att anta att den nystartade marknaden för digital försäljning via Internet skulle drabbas. Även appellationsdomstolen kom fram till den här slutsatsen.

Napsters försök att undgå ansvar genom att hänvisa till Sony v. Universal Studios godtogs inte av appellationsdomstolen, till stor del beroende på att deras agerande i övrigt redan avslöjat programmets huvudsakliga syfte som lagstridigt.¹⁷⁴

Domare Patel utfärdade, som ovan nämnts, på basis av vad som framkommit ett interimistiskt förbud för Napster att fortsätta sin verksamhet. Emellertid upphävde appellationsdomstolen förbudet relativt omgående eftersom Patels beslut omgärdades av vissa tveksamheter. Dels hade Patel dragit slutsatsen att DMCA inte är tillämplig i fråga om sekundärt ansvar, något som enligt appellationsdomstolen måste sakprövas i lägre instans.¹⁷⁵ Vad som främst låg till grund för upphävandet av förbudet var dock det faktum att det ansågs alltför brett och därför oerhört svårt att

¹⁶⁹ Ahnegård. s. 57.

¹⁷⁰ Ibid. s. 58.

¹⁷¹ Ibid. s. 58.

¹⁷² Appeals Nos. 00-16401 och 00-16403, Opinion of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.

¹⁷³ Ahnegård. s. 59.

¹⁷⁴ Ibid. s. 59-60.

¹⁷⁵ Ibid. s. 60.

genomföra rent praktiskt. För att ett förbud skulle anses befogat måste Napster få specifik information om vilka filer som är otillåtna och trots detta underlåta att motverka spridningen av dessa.¹⁷⁶ På grund av det här beslutet kunde Napster fortsätta sin verksamhet ytterligare en tid medan RIAA, som uppfattat beslutet som ett steg i rätt riktning, inväntade nya förhandlingar i lägre instans.

Den 5 mars 2001 utfärdade domare Patel på nytt ett interimistiskt förbud, mot bakgrund av appellationsdomstolens uttalanden. Napster ålades nu att inom tre dagar omöjliggöra tillgången till de filer som målsägaren informerat om.¹⁷⁷ Beslutet innebar en möjlighet för Napster att fortsätta sin verksamhet, men i juni 2001 valde Napster att stänga ner tjänsten helt och hållet i syfte att till fullo följa beslutet. Napster var emellertid också föremål för en stämning av the National Music Publishers' Association och tvingades genom förlikning i september 2001 att betala 26 miljoner dollar för tidigare otillåtet nyttjande av musik samt ytterligare 10 miljoner dollar för framtida royaltys.¹⁷⁸

Fenomenet Napsters storhetstid var i och med de här domsluten över och RIAA kunde med stöd av domslutet fortsätta att effektivt sätta stopp för andra musikbyttjänster som dykt upp inspirerade av Napster.

Som en direkt konsekvens av domen mot Napster försökte man hos flertalet kvarvarande filbyttjänster begränsa de mest uppenbara kränkningarna av upphovsrätten. Bland annat genom att minska beroendet av centraliserade servrar och utvecklarnas möjlighet att utöva kontroll över vad tjänsten de facto användes till.

4.2.3 Aimster

Aimster var nästa tjänst som hamnade under RIAA:s lupp¹⁷⁹. Tjänsten, som bygger på AOL:s meddelandeservice AIM och endast var tillgänglig för dess användare, var uppbyggd dels av programvara för användarna och dels av en server som utförde användarnas sökförfrågningar. Servern ombesörjde även att filerna skickades mellan användarna i krypterad form.

Domstolen poängterade skillnaden mellan att endast skapa en programvara och att, genom tillhandahållande av en service, ha en fortsatt relation med användaren. Här, liksom i Napster-fallet, drogs paralleller till Sony-fallet.¹⁸⁰ Aimster ville bland annat tolka Sony-fallet på så sätt att man som utvecklare av en teknik, som medger lagliga förhållanden, undslipper allt ansvar för de upphovsrättsliga intrång som begås. Domstolen påpekade dock att en sådan

¹⁷⁶ Ahnegård. s. 60.

¹⁷⁷ Ibid. s. 61.

¹⁷⁸ CBS News, *Napster Timeline*. <http://www.cbsnews.com/htdocs/napster/timeline.html> (Senast besökt 2007-05-15).

¹⁷⁹ Aimster Copyright Litigation. Case No. 02-4125, av den 30 juni 2003.

¹⁸⁰ Aimster Copyright Litigation. s. 11.

tolkning skulle få extrema resultat, eftersom utvecklare av en teknik som används uteslutande för att begå upphovsrättsintrång, skulle gå fri från ansvar eftersom möjligheten finns att använda produkten inom lagens gränser. Av relevans i sammanhanget var att Aimster på sin hemsida hade publicerat en handledning i fildelning och i sina exempel endast använt upphovsrättsskyddad musik.¹⁸¹

Aimster ansågs ha en sådan relation till sina användare att de hade en tillräckligt stor möjlighet att övervaka och påverka deras förehavanden.¹⁸² Likaså menade domstolen att det faktum att filerna överfördes i krypterad form inte innebär att krypteringen i sig kan fungera som ett sätt att göra sig fri från ansvar för vad som överförs.¹⁸³ För att gå fri från misstanke om uppmuntran till upphovsrättsligt intrång uttalade domstolen att det krävdes dels att tjänsten i stor omfattning används på sätt som inte innebär intrång i upphovsrätten och dels att kostnaderna för att förhindra ett olagligt användande skulle vara oskäligt höga.¹⁸⁴

4.2.4 Grokster

Ett aktuellt rättsfall som uppmärksammats mycket i media är rättegången mot Grokster och Streamcast.¹⁸⁵ Även StreamCast Networks, Inc., skapare av programvaran Morpheus, stod som svarande i rättegången. Båda företagen utvecklade tekniker och program för distribuering av filer, men var avhängiga olika P2P-nätverk. Vid tiden för stämningsansökan använde sig båda företagens programvaror av nätverket Fasttrack.¹⁸⁶

Förhoppningen var att vissa nyckelfrågor som inte utretts tillfredsställande under vare sig Napster- eller Aimsterrättegångarna, skulle ges klarare riktlinjer. Upphovsrätten kontra teknikframsteg är en konflikt som aktualiserades redan genom fallet Sony vs. Betamax, men har först i samband med de ekonomiskt betydelsefulla fildelningsrättegångarna blivit riktigt infekterad.¹⁸⁷ Om ett företag uppfinnar en innovativ teknologi som tveklöst kan användas till att kopiera t.ex. musik och film, under vilka omständigheter kan företaget hållas ansvarigt då användarna begår upphovsrättsintrång? Och vad kan företag göra för att undgå ett sådant ansvar?

Både Napster och Aimster ansågs såväl medverka som uppmuntra till upphovsrättsintrång. Till stor del berodde det på att både företagen hade centrala servrar som utförde användarnas sökförfrågningar samt

¹⁸¹ Aimster Copyright Litigation. s. 12-14.

¹⁸² Ibid. s. 20.

¹⁸³ Ibid. s. 12.

¹⁸⁴ Ibid. s. 18.

¹⁸⁵ Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, Ltd., et al.

¹⁸⁶ Computer Law & Security Report 22 2006. Radcliffe, Mark F., *Grokster: The new law of third party liability infringement under United States law*, s. 145.

¹⁸⁷ Trope, Roland L., Power, E. M.

organiserade trafiken av filer. Företagens underlåtenhet att utöva kontroll över vad som distribuerades, i kombination med ett mer eller mindre uttalat syfte att begå intrång i upphovsrätten, framstår som de avgörande faktorerna bakom beslutet att förbjuda tjänsterna. Inget av de två fallen gav emellertid tillfredsställande svar på vilket ansvar som åligger skapare av programvara vars primära syfte inte är att begå upphovsrättsintrång, men som ändå i stor utsträckning används till det.

Vare sig Groksters eller Streamcasts tjänster använde sig av några centraliserade servrar utan sökningar och överföringar skedde uteslutande via det nätverk som programvaran skapar mellan datorerna.¹⁸⁸ Det råder inget tvivel om att programmen kan användas, och i stor utsträckning används, till att begå upphovsrättsintrång, men både i första och andra instans¹⁸⁹ friades Grokster helt från ansvar. Distriktsdomstolen pekade framför allt på det faktum att Groksters användare inte hade någon kontakt med företaget i fråga efter att programmet laddats ner. Det fick som konsekvens att Groksters kännedom om upphovsrättsintrång inte kan uppkomma förrän vid en tidpunkt då deras makt att förhindra denna är obefintlig, dvs. efter att användaren laddat ner och installerat programmet. Likaså bistår inte Grokster med någon teknisk eller materiell assistans utöver sådan standardhjälp ("routine and specific in nature") som erbjuds för att lära användarna hur programmet fungerar rent praktiskt.¹⁹⁰

Appellationsdomstolen bekräftade distriktsdomstolens dom och uttalade specifikt att skapare av produkter som har väsentligen lagliga användningsområden inte kan hållas ställföreträdansvariga för användarnas olagliga syften.¹⁹¹

Emedan de båda domsluten i lägre instans uppfattades som en viktig seger för förespråkare av fildelning och skapare av program i det syftet, ansågs högsta domstolens avgörande vara relativt oklart. Högsta domstolen gjorde bedömningen att

"[...] one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties."¹⁹²

Rent praktiskt innebär det här att högsta domstolen introducerat ett nytt uppmuntranderekvisit ("inducement") i upphovsrättsliga sammanhang.

¹⁸⁸ Rural Telecommunications, Mars/April 2004. Duffy, Gerard J., *P2P AND THE ISP: THE INS AND OUTS OF FILE-SHARING LIABILITY*, s. 34.

¹⁸⁹ MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd., Case CV 01-08541 av den 25 april 2003 resp. Appeals Nos. 03-55901 och 03-56236, Opinion of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit av den 19 augusti 2004.

¹⁹⁰ MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd., Case CV 01-08541. s. 25.

¹⁹¹ Court of Appeals (MGM v. Grokster), s 11738.

¹⁹² Supreme Court of the United States, No. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, ltd., et al, s. 19.

Det här resonemanget innebar närmast en modifikation av ansvarsgrunderna för ställföreträdaransvar. Man pekade framför allt på tre exempel på ansvarsgrundande åtgärder:

1. Distribution av mjukvara som har till syfte att locka till sig tidigare Napster-användare.
2. En affärsmodell som bygger på inkomster beroende av antalet användare.
3. Inga försök har gjorts att filtrera bort den stora mängd upphovsrättsskyddat material som distribueras med hjälp av mjukvaran.¹⁹³

Både Grokster och Streamcast ansågs ha en uttalad målsättning som var att deras användare skulle använda programmen i syfte att komma över upphovsrättsskyddade verk och båda företagen hade agerat uppmuntrande därtill. Bland annat hänvisades till ett internt e-postmeddelande som skickats från en i Streamcasts företagsledning och i vilket det stod att Streamcast stod redo att förse de 32 miljoner användare som, efter att Napster lagts ner, söker alternativa fildelningsnätverk.¹⁹⁴ Domstolen pekade också på att företaget marknadsfört sig med samma typ av budskap. Groksters metoder var inte lika uppenbara då de främst, genom att metatagga¹⁹⁵ sina hemsidor på ett sådant sätt att Internetanvändare, som i sökmotorer angav söktermerna "Napster" eller "free filesharing", skulle hänvisas till Grokster. Man pekade också på att "Grokster" hade tydliga likheter med varumärket "Napster".¹⁹⁶ Båda företagen har dessutom tjänat pengar genom att sälja annonsplats i själva mjukvaran, en åtgärd vars ekonomiska betydelse är direkt avhängig mängden användare.¹⁹⁷ Slutligen har båda underlåtit att vidta åtgärder för att begränsa mängden skyddat material och blockera användare som bevisligen tillgängliggjort sådant. Domstolen påpekade dock att ett sådant underlåtande inte ensamt kunde anses ansvarsgrundande.¹⁹⁸ Man kan här dra paralleller till appellationsdomstolens resonemang i Aimstermålet, dvs. om en teknologi används för storskaligt upphovsrättsintrång så krävs det, för att undgå medverkansansvar, att man kan visa att kostnaderna för att stoppa eller begränsa upphovsrättsbrotten är för höga.¹⁹⁹

På grund av de uppenbara skillnaderna i avsikter hos de svarande i Sony v. Betamax respektive MGM v. Grokster, ansåg högsta domstolen att det var felaktigt av appellationsdomstolen att grunda sitt beslut på förstnämnda fall. Av samma anledning ansåg sig domstolen inte heller kunna ge några tydliga

¹⁹³ Radcliffe, s. 144.

¹⁹⁴ Supreme Court (MGM v. Grokster). s 7.

¹⁹⁵ Metataggar består av information om vad för syfte och fokus en viss hemsida har, i regel för att den ska komma högt upp i resultatlistan vid en sökning med sökmotor. Metataggarna är inbäddade i html-koden och osynliga för hemsidans besökare.

¹⁹⁶ Supreme Court (MGM v. Grokster). s 7.

¹⁹⁷ Ibid. s 22.

¹⁹⁸ Ibid. s 22 (fotnot 12).

¹⁹⁹ Aimster Copyright Litigation, s. 12.

riktlinjer angående hur *Sony vs. Betamax* prejudicerande verkan ska tolkas i de här sammanhangen:

”It is enough to note that the Ninth Circuit’s judgment rested on an erroneous understanding of *Sony* and to leave further consideration of the *Sony* rule for a day when that may be required.”²⁰⁰

I stället valde man att ytterligare förtydliga vilka krav som ställs för att undgå sekundäransvar. Ironiskt nog kan man förenklat säga att domstolen har skapat en checklista med tveksamma förehavanden som bör undvikas av skapare av tekniska lösningar.²⁰¹ Dessa är förvisso tydliga men högsta domstolens bedömning grundar sig likväl på ett antal unika omständigheter, såsom det faktum att skaparna haft för avsikt att överta Napsters användarbas. Konsekvenserna av högsta domstolens beslut torde bli att utvecklare av program och webbtjänster tvingas bli mer försiktiga, både vad gäller innovationer och marknadsföring.

²⁰⁰ Supreme Court (*MGM v. Grokster*), s 17.

²⁰¹ Trope, Roland L., Power, E. M., s. 2.

5 The Pirate Bay

The Pirate Bay är en i Sverige hemmahörande tjänst av typen ”bittorrent-tracker” för nedladdning av olagligt material. Projektet startades i november 2003 av organisationen Piratbyrån men blev knappt ett år senare en fristående verksamhet.²⁰² Till skillnad från den stora majoriteten tjänster som möjliggör fildelning så har The Pirate Bay ett uttalat syfte att möjliggöra upphovsrättsintrång. Inledningsvis menade de ansvariga att tjänsten skapats i syfte att väcka debatt och i takt med att antalet användare ökade explosionsartat har tjänsten fått uppmärksamhet från myndigheter både i och utanför Sverige.

Trots den stora mängd upphovsrättskyddat material som dagligen sprids bland användare av tjänsten så har fram tills nyligen inga konkreta åtgärder vidtagits för att stoppa verksamheten. Personerna bakom The Pirate Bay har, trygga i sin förvissning om att deras verksamhet inte strider mot svensk upphovsrättslig lagstiftning, aktivt uppmuntrat till upphovsintrång. Inget upphovsrättsligt skyddat material finns på de servrar som används och tjänsten fungerar därför i det närmaste som mellanhand. Många påtryckningar och så kallade ”cease and decist”-brev från representanter för upphovsrättsinnehavare har publicerats på hemsidan och bemötts med nedlåtande svar.

The Pirate Bay kommer, i den händelse att brottsutredningen leder fram till åtal, sannolikt att bli ett mycket intressant pilotfall i Sverige.²⁰³ De ansvariga bakom tjänsten påstås ha uppmuntrat sina användare att begå upphovsrättsintrång, något som skiljer The Pirate Bay från många andra fildelningsnätverk. De misstänks också ha tjänat vad som antas vara en ganska ansevärd summa pengar genom att sälja annonsplats på hemsidan, vilket kan vara än mer graverande eftersom det kan medföra att verksamheten betraktas som kommersiell.

Svensk lag i sin nuvarande form påföljdsbelägger inte medverkan till upphovsrättsintrång, förutsatt att det inte sker uppsåtligt eller av grov oaktsamhet. De flesta tjänster för fildelning medger förstås spridning av fullständigt lagliga filer användarna emellan och det torde enligt nu gällande lagstiftning inte gå att angripa tillhandahållare av tjänster som kan användas till både lagliga och olagliga ändamål. Det här synsättet kom också till uttryck i BBS-målet där enbart tillhandahållandet av en teknisk utrustning inte medförde straffrättsligt ansvar för att användarna laddade upp upphovsrättsligt skyddat material.

²⁰² http://sv.wikipedia.org/wiki/The_Pirate_Bay.

²⁰³ Kammaråklagare Håkan Roswall har uttalat att åtal kommer att väckas mot ett antal icke namngivna personer. Misstankarna avser medhjälp till brott mot upphovsrättslagen och förberedelse till brott mot upphovsrättslagen. Svenska Dagbladet 2007-05-04. http://www.svd.se/dynamiskt/inrikes/did_15360817.asp (senast 2007-05-15).

Daniel Westman har uttalat i en artikel i IDG uttalat att man kan argumentera för att personerna bakom The Pirate Bay både varit medvetna om och uppmuntrat till brott mot upphovsrättslagen, vilket skulle kunna föranleda ansvar för uppsåtlig medhjälp till brotten.²⁰⁴ Westman talar också om att man möjligen kommer att försvara sig med hänvisning till ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen.²⁰⁵ Om det skulle visa sig att en bittorrent-tracker kan omfattas av den här lagen så skulle det måhända krävas att åklagaren kan visa att The Pirate Bays administratörer har ombetts att ta bort länken till torrent-filen.

En av de stora svårigheterna med att fastslå att ett medverkansansvar föreligger torde vara att brott måste kunna bevisas i det enskilda fallet. I 23 kap 4 § 1 st brottsbalken stadgas att ansvar ska ådömas den som med råd eller dåd främjat en gärning, som enligt annan lag är straffbelagd och för vilken fängelse är föreskrivet. Brott mot upphovsrättslagen har fängelse i straffskalan och i teorin finns det därför en möjlighet att utdöma ansvar för medhjälp för personerna bakom The Pirate Bay. Det är däremot inte möjligt att ådömas ansvar för att det generellt sett pågår en stor mängd intrång i upphovsrätten via The Pirate Pay. Utan några brottsutredningar avseende enskilda fall torde åklagarsidan ha svårt att framlägga konkreta bevis för att The Pirate Bay förfarit olagligt.²⁰⁶

²⁰⁴ IDG.se 2006-06-01 *Männen bakom Pirate Bay riskerar två års fängelse.*
<http://www3.idg.se/2.1085/1.47090> (senast besökt 2007-05-15)

²⁰⁵ Jfr. 18 § 1 och 2 lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, vari det stadgas att en tjänsteleverantör inte ska hållas ansvarig för den olagliga information som användare lagrar på deras servrar så länge de inte känner till att så sker samt så snart han får kännedom därom förhindrar vidare spridning av informationen.

²⁰⁶ IDG.se 2006-06-01 *Männen bakom Pirate Bay riskerar två års fängelse.*

6 Analys

Det finns redan i dagsläget anledning att diskutera upphovsrättens utformning kontra den personliga integriteten, speciellt med tanke att flera gemenskapsdirektiv har utfärdats som ställer än högre krav på ländernas utrednings- och sanktionsansvar i upphovsrättsliga frågor. Utan att blanda in de många politiska ställningstaganden eller moraliska värderingar som präglar debatten kan vi konstatera att Internet och den digitala tekniken gjort det oerhört enkelt att begå upphovsrättsintrång. Följaktligen är det på en marknad vars förutsättningar är under kraftig utveckling inte svårt att förstå att de aktörer med störst ekonomiskt intresse slåss med näbbar och klor för att försvara vad de betraktar som grundbulten i deras verksamhet.

Av intresse för det här arbetet är främst hur väl den svenska lagstiftningen i sin nuvarande utformning skyddar och tillvaratar upphovsmäns och rättighetshavares intressen, samt vad vi kan vänta oss av de utredningar som just nu pågår mot The Pirate Bay och ett antal Direct Connect-hubbar.

Vad som tydligast framgår är att det inte finns några generella lösningar på problematiken, utan de oerhört många metoder för att illegalt distribuera upphovsrättsligt skyddat material kräver en flexibel lagstiftning som, utan att vara alltför integritetskränkande och slå för hårt mot enskilda individer, kan få bukt med den storskaliga piratverksamheten.

6.1 Enskilda individer

Av de domar på straffrättens område som hittills fallit har samtliga rört sig om enskilda som delat ut film och musik på något av de många existerande fildelningsnätverken. Straffvärdet för att dela ut en film eller ett fåtal låtar får anses vara fastställt eftersom ingen av domarna kommer att överprövas i högsta domstolen. Kvarstår gör dock frågan om bevisningen i de situationer där den tilltalade nekar till anklagelserna. Pålitliga metoder för att med stor säkerhet fastställa till vem en IP-adress hörde vid en given tidpunkt, analyserad datatrafik och hela eller delar av det tillgängliggjorda verket nedladdat bör vara rimliga krav för att säkerställa att ett intrång gjorts och var någonstans det skett. Hovrättens dom i Västeråsfallet visar att de oklarheter och brister som i det här hänseendet ledde till ett frikännande torde gå att åtgärda med en säkrare, standardiserad metod. Kausaliteten mellan IP-adress och individ framstår emellertid fortfarande som osäker. Går det att överhuvudtaget fastställa att den person till vem abonnemanget hör är samma person som gjort det skyddade materialet tillgängligt? Här förefaller möjligheten till husrannsakan och beslag av datorutrustning som en nödvändig åtgärd men, som framgår av samtliga domslut i fildelningsärenden, krävs det ett betydligt större intrång för att det ska tillåtas. Med tanke på osäkerheten som präglar bevis insamlade över Internet förefaller det rimligt att husrannsakan är en möjlig åtgärd vid mer

omfattande upphovsrättsintrång. Utan att spekulera i omfattningen av det intrång som kan anses föranleda husrannsakan så får det i enlighet med proportionalitetsprincipen anses rimligt att det ska röra sig om relativt stora kvantiteter som tillgängliggörs olagligt.

Det är som ovan nämnts omöjligt för rättighetshavare själva att enligt gällande lagstiftning identifiera de personer som på Internet tillgängliggjort deras skyddade verk. Möjligheten att på ett effektivt sätt rikta skadeståndsanspråk mot intrångsgörare begränsas därmed av det starka integritetsskydd som 6 kap 20 § lagen om elektronisk kommunikation ger uttryck för.

I amerikansk praxis är Internetleverantörer inte skyldiga att lämna ut uppgifter om abonnenter till rättighetshavare. Där används istället ett system som går ut på att rättighetshavarna väcker talan mot anonyma personer, vars IP-adress de registrerat som intrångsgörande, varefter en domstol får besluta om Internetleverantörerna ska lämna ut uppgifter om personernas identitet. Westman konstaterar att en sådan modell skulle kunna vara möjlig, men att det skulle kräva en ”nyordning i den svenska processrätten” liksom att det införs en ny bestämmelse i lagen om elektronisk kommunikation.²⁰⁷

6.2 Fildelningstjänster

När det gäller medverkan till upphovsrättsintrång så blir det nödvändigt att göra en bedömning från fall till fall i vilken utsträckning olika fildelningstjänsters administratörer kan hållas ansvariga för vad användarna gör. Faktorer som kan spela in är förstås tjänsternas uttalade syfte, krav på motprestationer som i sig är olagliga för att få tillträde till en tjänst eller om administratörerna själva använder tjänsten för olagliga ändamål. I avsaknad av svensk praxis på området kan vi endast spekulera i vilka situationer som kan föranleda medverkansansvar, samt rikta blicken mot de länder där saken har prövats.

Gemensamt för de flesta fildelningstjänster är att de riktar sig *till allmänheten*. Begreppet skall ges samma tolkning som offentlighetsbegreppet i offentligt framförande och offentlig visning, dvs. det måste vara riktat till i princip vem som helst.²⁰⁸ När det gäller överföring till allmänheten innebär det i praktiken sådana situationer där det inte ställs några specifika krav för att få tillgång.²⁰⁹ Likaså får man göra en bedömning från fall till fall huruvida ett fildelningsnätverk med en begränsad mängd användare är att betrakta som en sluten krets.²¹⁰

²⁰⁷ Lov&Data nr 88 december 2006, s. 36-39, Westman, Daniel, *Bevisfrågor vid upphovsrättsintrång genom fildelning m.m.*

²⁰⁸ Prop. 2004/05:110 s. 57.

²⁰⁹ Olsson H. s. 116.

²¹⁰ Prop. 2004/05:110 s. 74.

The Pirate Bay har som tidigare beskrivits notoriskt uppmuntrat och främjat fildelning, delvis i vad som framstår som ett rent politiskt syfte, men också under förevändningen att deras verksamhet inte strider mot svensk lag. När vi under 2007 får se en process mot The Pirate Bay kommer förhoppningsvis rättsläget kring fildelningstjänster att klarna något. En process mot de Direct Connect-hubbar som, på liknande grunder som The Pirate Bay, polisanmälts av IFPI är också välkommen.

Om man tittar utanför Sveriges gränser så menar Henry Olsson att Grokstermålet ger uttryck för vissa allmänt tillämpliga principer för ansvaret i den här typen av mål.²¹¹ Där fastslogs att

”one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties”.²¹²

Följaktligen kan ansvar ådömas den som på olika sätt vidtagit åtgärder som ger för handen att ett speciellt fildelningsnätverk de facto är till för att sprida upphovsrättsskyddat material. I vilken utsträckning det här kan tillämpas enligt svensk rätt är svårt att säga, men det är troligt att kraven skulle ställas relativt högt för att åtminstone grov oaktsamhet ska föreligga.

6.3 Avslutning

Den upphovsrättsliga lagstiftningen, så som den ser ut idag, är fortfarande långt ifrån anpassad till den situation som råder idag. Varken för bevisfrågor i enskilda fall av illegal fildelning eller för den större frågan om mellanhänders ansvar, finns det några givna svar. Det framstår däremot som alltmer uppenbart att den svenska lagstiftningen kommer att bli föremål för ytterligare revideringar i samband med att EU-direktiv ska implementeras. De lagändringar som var ett resultat av implementerandet av Infosoc-direktivet har i relativt stor utsträckning tydliggjort de olika typer av brott mot upphovsrättslagen som kan aktualiseras på Internet och genom fildelning. Kvarstår gör dock problematiken kring bevisningen i de olika fallen, vilket framför allt kommer till uttryck i de begränsade möjligheterna att identifiera gärningsmannen och skaffa konkreta bevis. Kommande direktiv, bl.a. det så kallade sanktionsdirektivet, kan förhoppningsvis undanröja några av de här problemen, i bästa fall utan att den personliga integriteten får stryka för mycket på foten.

²¹¹ Olsson H. s. 319.

²¹² Supreme Court of the United States, No. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, ltd., et al, s. 19.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Proposition 1997/98:15, *Ansvar för elektroniska anslagstavlor.*

Proposition 2004/05:110, *Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*

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

Direktiv 2000/31/EG *om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster.*

Direktiv 2001/29/EG *om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.*

Direktiv 2004/48/EG *om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.*

Litteratur

Ahnegård, C., Asp, K., Chojs, S., Kjellström, A., Ström, K. och Strömquist M. *Piratkopiering och privatkopiering*, Institutet För Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, 2001.

Bengtsson, H. och Lyxell, R., *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, Norstedts Juridik, 2006.

Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L. och Sandgren, C., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 9 uppl., Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd, 2005.

Koktvedgaard, M. och Levin, M., *Lärobok i Immaterialrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, 2004.

Levin, M., *Supplement 2006 till lärobok i Immaterialrätt*, 8 uppl 2004, Norstedts Juridik, 2006.

Lindberg, A. och Westman, D., *Praktisk IT-rätt*, 3 uppl., Norstedts Juridik, 2001.

Olsson, H., *Copyright - Svensk och internationell upphovsrätt*, 7 uppl., Norstedts Juridik, 2006.

Olsson, H., *Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar*, 2 uppl., Norstedts Juridik, 2006.

Rosén, J., *Upphovsrättens avtal*, 3 uppl., Norstedts Juridik, 2006.

Artiklar

Bernhardsson, J. m.fl., "15 miljoner olagliga filmkopior per år", Dagens Nyheter debatt den 2004-08-26.

Duffy, Gerard J., *P2P and the ISP: The ins and outs of file-sharing liability*, Rural Telecommunications, Mars/April 2004, s 34.

Nordell, J., *1994 års revision av den svenska immaterialrättens sanktionsystem*, NIR 1994, s. 311.

Radcliffe, Mark F., *Grokster: The new law of third party liability infringement under United States law*, Computer Law & Security Report 22 2006, s. 145.

Trope, Roland L. and Power, E. M. *The lessons of MGM v. Grokster*, Spektrum Online, Jan 2006, s. 57-60.

Westman, D., *Bevisfrågor vid upphovsrättrintrång genom fildelning m.m.*, Lov&Data nr 88 december 2006, s. 36-39.

Elektroniska källor

Svenska

<http://www.antipiratbyran.com>

<http://www.antipiratbyran.com/index.htm?id=news&p=p35#35>

http://www.datainspektionen.se/pdf/beslut/2006_APB.pdf

<http://www.datainspektionen.se/pdf/beslut/antipiratbyran.pdf>

http://www.datainspektionen.se/pdf/beslut/antipiratbyran_undantag.pdf

<http://www.ifpi.se>

<http://www.ifpi.se/getpressrelease.aspx?id=56>

<http://www.som.gu.se/SOMseminariet2007/Antoni.pdf>

<http://www.stim.se>

Aftonbladet.se, 8/2 2007, *Svenska fildelare polisanmälda*,
<http://www.aftonbladet.se/vss/it/story/0,2789,995450,00.html>.

Dagbladet.no, 13/3 2007, *Dømt for å ha lagt ut "Pitbullterje" på nett*,
<http://www.dagbladet.no/kultur/2007/03/13/494850.html>.

DN.se, 15/1 2007, *Fildelningsdom prövas av hovrätten*,
<http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=2374&a=606016&rss=1400>.

IDG.se, 1/6 2006, *Männen bakom Pirate Bay riskerar två års fängelse*,
<http://www3.idg.se/2.1085/1.47090>.

Nationalencyklopedin, artikelrubrik: *fildelning*.

SVD.se, 4/5 2007, *Åtal kommer i Pirate Bay-affären*,
http://www.svd.se/dynamiskt/inrikes/did_15360817.asp.

SVT.se, 8/4 2005, *Antipiratbyrån fick besök*,
<http://svt.se/svt/jsp/Crosslink.jsp?d=22620&a=367536>.

Engelska

http://www.mpaa.org/press_releases/2006_03_13_web.pdf.

http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html.

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15.

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16.

Comscore.com, 20/7 2001, *Global Napster Usage Plummet*,
<http://www.comscore.com/press/release.asp?id=249>.

Westlaw International: American Jurisprudence, Polin, David, *Proof of Copyright Infringement By File Sharing*.

CBS News, 2001, *Napster Timeline*,
<http://www.cbsnews.com/htdocs/napster/timeline.html>.

Rättsfallsförteckning

Sverige

NJA I 1996 s. 79.

NJA 2000 s. 292.

Norrköpings tingsrätt, mål nr. B 2142-06.

Svea Hovrätt, mål nr. 8799-05.

Västmanlands tingsrätt, mål nr. B 1333-05.

USA

Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417.

A&M Records Inc v. Napster Inc., Case No. C99-5183-MHP.

Appeals Nos. 00-16401 and 00-16403, Opinion of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.

Aimster Copyright Litigation. Case No. 02-4125.

Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, ltd., et al.

Appeals Nos. 03-55901 and 03-56236, Opinion of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.

Court of Appeals (MGM v. Grokster), s 11738.

Supreme Court of the United States, No. 04-480, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster, ltd., et al.