



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jacob Cronholm

Upphovsrätt på Internet

- en analys av tjänsteleverantörers medverkansansvar

Examensarbete
30 poäng

Handledare
Ulf Maunsbach

Ämnesområde
Immaterialrätt

VT 2010

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Ämnespresentation	7
1.2 Syfte	8
1.3 Frågeställningar	8
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Metod och material	9
1.6 Forskningsläget	9
1.7 Disposition	11
2 INTRODUKTION	12
2.1 Tekniska begrepp	12
2.2 Aktörer	13
2.2.1 Den som begår det direkta intrånget	13
2.2.2 Medverkaren till intrånget	14
2.2.3 Rättighetshavaren	15
2.2.4 Internetleverantören	15
2.3 Ensamrätten och Intrånget	17
2.3.1 Ensamrätten	17
2.3.2 Dual-Use Technologies	19
2.3.3 Intrånget	21
2.3.4 Sanktioner och åtgärder	22
2.3.4.1 Vitesförbud	22
2.3.4.2 Straff	23
2.3.4.3 Skadestånd	24
2.4 Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor	26
2.5 Ansvarsfriheten i e-handelslagen	27
2.5.1 Syftet med ansvarsfriheten	27
2.5.2 För vem gäller ansvarsfriheten	28
2.5.3 Mere conduit, cashing och lagring	29

2.5.3.1	Ren vidarebefordran (mere conduit)	29
2.5.3.2	Cashing	30
2.5.3.3	Värdtjänster (lagring)	31
2.5.3.4	För brott gäller endast uppsåt	32
2.6	Mot vem skall rättighetshavaren väcka talan?	32
3	MEDVERKANSANSVAR	34
3.1	Huvudbrottet	35
3.2	De objektiva förutsättningarna	36
3.2.1	Webbplatsens främjande handlingar	37
3.2.2	Internetleverantörens främjande handlingar	39
3.2.3	Andra gränser av intresse för de objektiva förutsättningarna	45
3.2.4	Skälig ersättning enligt 54 § 1 st. kräver inga subjektiva förutsättningar	45
3.2.5	Sammanfattning av de objektiva förutsättningarna	46
3.3	De subjektiva förutsättningarna	47
3.3.1	Syftet med webbplatsen eller verktyget	48
3.3.2	Vetskap om intrånget	51
3.3.3	Underlåtenheten	53
3.3.4	Eventuellt-, likgiltighets- och insiktsuppsåt	54
3.3.5	Oaktsamhetskravet	55
3.3.6	Internetleverantören – straffbarhet och skadeståndsskyldighet	57
3.3.7	Sammanfattning av de subjektiva förutsättningarna	58
4	ANALYS	59
4.1	Syfte och frågor en rekapitulering	59
4.2	Tjänsteleverantörens medverkansansvar vid intrång via dennes webbplats	59
4.3	Internetleverantörens medverkan	62
4.4	Avslutande kommentarer	65
BILAGA A		67
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		68
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		71

Summary

In recent years, copyright law has been given much attention since the digital development and the emergence of the Internet made it possible to quickly storage and transfer large amounts of audio, images and text without loss of quality. The transfer is often illegal and there is a widespread copyright infringement going on in the Internet environment. In these infringements there are three main participants involved; the Internet service provider, the provider of the website and the user of the website.

There is no doubt that a provider of a website is responsible for the content on his website. This follows from the law regarding electronic bulletin boards which regulate some degree of supervision of the website and that the subjects which violate the law must be removed. There is also no doubt that a service provider can be liable for contributory copyright infringement and imposed penalties and be required to pay a civil compensation for their contribution. This is regulated in the Criminal Code (BrB) chapter 23, Copyright Act (URL) 53 § and in the Copyright Act Chapter 9 regarding liability and general tort law principles of compensation for participation and contribution.

Of the general debate to judge, the responsibility for service providers seem to be not very clear. To what extent and in which situations are there a liability for contributory infringements? As an example, the file-sharing website The Pirate Bay, at least officially, had a position where they believed that they were not considered to be guilty of infringement. The Pirate Bay thought that the responsibility lay on the individual user. One of the reasons why there are these legal uncertainties, in my opinion, depends on services that are of a dual-use technology, and the nature of those, in which there is both a legal and an illegal use. A short section of the paper highlights the problem of Dual-Use Technologies.

In the Swedish law regarding contribution to infringements there are no limitations that also include the possibility of contributing to contributing to an infringement. This should involve, at least theoretically, that an Internet Service Provider that provides services to a website could be liable for infringement that occurs on that specific website. Something that seems more realistic regarding Internet Service Providers and liability, which has been up for a trial, is the prohibition tied with a penalty which is regulated in the Copyright Act 53b §. The prohibition does not require that either the subjective conditions or the damage need to be proved for a particular infringement to be prohibited at the discretion of the court. In the prohibition only the objective conditions are necessary. This means that in a digital environment with many different participators even Internet Service Providers might be considered a part of a copyright infringement.

This paper aims to investigate the service provider's responsibility for

contribution to copyright infringement on the Internet. The concept of the service is broad and includes most of the participants on the Internet. The service providers that are selected are those who run web sites with an interactive service where users can upload their own material and Internet Service Providers. Regarding Internet service providers the focus lies on the objective part of the contributory infringement.

The results of this work shows that the responsibility the service providers have for copyright infringement that occurs on their websites in the Swedish law is far reaching. Anyone who runs a web site is contributing, if there is infringing material on the site, if the service provider is aware of this and no action by the service provider is implemented to counter the interference. This may then lead to a criminal penalty and / or a civil compensation. The crucial point is what purpose the site has, whether the provider is aware of the infringement and what is used to counter the infringement. If no action is being taken it is a risk that the contributory act will be heard as a failure.

For an Internet service provider to be held responsible for contributory actions to infringements that occur on websites the Internet service provider, in my opinion, need to have a connection to the provider of the website more then just providing the Internet access. This could be, for example, agreements of server storage capacity or the like.

For copyright law to function more smooth there is a discharge that may apply to service providers which are regulated in e-commerce law.(e-handelslagen) The discharge has an important function particularly for services with a legal order. The paper aims to investigate this discharge.

In assessing whether there is a contributory copyright infringement or not, an overall assessment should be appropriate because of the variety of factors that may play a role, both objective and subjective.

Sammanfattning

De senaste åren har upphovsrätten fått mycket uppmärksamhet eftersom den digitala utvecklingen och framväxandet av Internet gjort det möjligt att snabbt och utan kvalitetsförlust lagra och överföra stora mängder ljud, bild och text. Denna överföring är inte sällan olovlig och det sker idag omfattande upphovsrättsintrång över Internet. I dessa intrång är det i huvudsak tre olika aktörer som är inblandade; Internetleverantören, tjänsteleverantören av webbplatsen och tjänstemottagaren, det vill säga användaren av webbplatsen.

Det råder ingen tvekan om att en tjänsteleverantör av en webbplats har ett ansvar för innehållet på webbplatsen. Detta framgår av lagen om elektroniska anslagstavlor där det stadgas om ett visst mått av uppsikt och att föremål som bryter mot lag skall tas bort. Det råder inte heller någon tvekan om att en tjänsteleverantör kan vara ansvarig för medverkan till upphovsrättsintrång och åläggas straff samt vara skyldig att betala en civilrättslig ersättning för sin medverkan. Detta framgår av brottsbalkens 23 kapitel för de osjälvständiga brottsformerna, upphovsrättslagens 53 § för straffrättsliga sanktioner, upphovsrättslagens 9 kap. för skadestånd samt allmänna skadeståndsrättsliga principer för ersättning vid medverkan.

Av den allmänna debatten att döma så förefaller dock inte medverkansansvaret för tjänsteleverantörer vara särskilt tydligt. I vart fall inte i vilken omfattning eller i vilka situationer det skall gälla. Som ett exempel kan nämnas fildelningswebbplatsen The Pirate Bay, där de ansvariga, i vart fall officiellt har haft en ståndpunkt där de inte ansåg sig vara skyldiga till något intrång. The Pirate Bay ansåg att ansvaret låg på den enskilda användaren. En av anledningarna till den rättsliga osäkerheten anser jag bero på att dessa tjänster är av en dual-use technologykaraktär där det både finns ett legalt och ett illegalt användningsområde. Ett kortare avsnitt i arbetet belyser problematiken med dual-use technologies.

I den Svenska medverkanskonstruktionen finns inte någon begränsning att även kunna innefatta medverkare till medverkare i ett intrång. Detta torde innebära, i vart fall rent teoretiskt, att en Internetleverantör som levererar tjänster till en webbplats skulle kunna vara ansvarig för intrång som sker på webbplatsen. Med tanke på både objektiva och subjektiva förutsättningar och att det skall kunna visas på en adekvat kausalitet mellan handling och skada så förefaller ett medverkansansvar för Internetleverantören inte vara särskilt troligt. Något som däremot förefaller mer realistiskt att träffa en Internetleverantör, vilket har varit uppe till prövning, är den processuella åtgärden vitesförbud enligt 53b § upphovsrättslagen. En åtgärd som inte kräver att vare sig subjektiva förutsättningar eller att skada behöver bevisas för att ett specifikt intrång skall kunna förbjudas efter beslut i domstol. I vitesförbudet är endast de objektiva förutsättningarna nödvändiga. Detta innebär att i en digital miljö med många olika aktörer så kan området för

vilka som anses medverka till ett upphovsrättsintrång rent objektivt bli omfattande och även innefatta bland annat Internetleverantörer.

Detta arbetes syfte är att utreda tjänsteleverantörens ansvar för medverkan till upphovsrättsliga intrång på Internet. Begreppet tjänsteleverantör är brett och innefattar de flesta aktörer på Internet. De tjänsteleverantörer som valts att lägga fokus på är de som driver webbplatser med interaktiva tjänster där användaren själv kan ladda upp material, tjänsteleverantörer som upplåter serverkapacitet samt Internetleverantörer. Beträffande Internetleverantörer är fokus framförallt lagd på den objektiva medverkan och dess betydelse.

Resultatet arbetet visar är att det medverkansansvar som tjänsteleverantörer har för de upphovsrättsintrång som sker på webbplatser i svensk rätt är långtgående. Den som driver en webbplats är medverkansansvarig, om det finns intrångsgörande föremål på webbplatsen, om den ansvarige är medveten om detta och inga åtgärder av tjänsteleverantören genomförs för att motverka intrånget. Ett medverkande kan sedan leda till en straffrättslig påföljd och/eller en civilrättslig ersättning. Det som påverkar bedömningen om medverkandet är bland annat hur de handlingar som objektivt främjar intrånget yttrar sig. Det kan ofta vara handlingar som både har en laglig och en olaglig karaktär. Avgörande är vilket syfte som webbplatsen har, huruvida tjänsteleverantören är medveten om de intrång som sker och vilka åtgärder som vidtages för att motverka intrånget. Om inga åtgärder vidtages finns risk för att den främjande gärningen kommer yttra sig som en underlåtenhet.

Beträffande Internetleverantörens objektiva medverkan till upphovsrättsintrång som sker på de webbplatser till vilka Internetleverantören levererar tjänster är jag av den uppfattningen att det torde krävas, antingen att webbplatsens verksamhet till uteslutande del består av intrångsgörande föremål eller att den tjänst som Internetleverantören levererar är av sådan karaktär att orsakssambandet mellan Internetleverantören och intrånget består av något mer än bara ett fysiskt tillhandahållande av Internetkapacitet. Ett sådant orsakssammanhang skulle kunna vara att avtal har träffats om att Internetleverantören, eller annan tjänsteleverantör, tillhandahåller serverutrymme åt webbplatsen.

För att upphovsrätten skall fungera i en digital miljö finns det en ansvarsfrihet som kan komma att gälla för tjänsteleverantörer vilken regleras i e-handels lagen. Ansvarsfriheten fyller en viktig funktion framförallt gällande tjänster med ett legalt syfte.

Vid en bedömning av huruvida ett medverkande till upphovsrättsintrång föreligger är en helhetsbedömning lämplig eftersom det är en mängd olika faktorer som kan tillmätas betydelse, både objektiva som subjektiva.

Förord

Immaterialrätt är ett spännande rättsområde och upphovsrätten i synnerhet. Jag har följt och intresserat mig för frågorna och debatten kring upphovsrätt på Internet i olika sammanhang med bland annat rättsekonomiskt- och juridiskt perspektiv. Sällan har en fråga debatterats så livligt som de upphovsrättsliga problemen på Internet. Jag tänkte att det skulle passa utmärkt med ett examensarbete i detta ämne och förhoppningsvis skall denna framställning kasta lite extra ljus till debatten.

För ett ovärderligt stöd vill jag rikta ett stort tack till min far Lars-Åke Cronholm.

Lund 2010

Jacob Cronholm

Förkortningar

BBS	Bulletin Board System
Ds.	Departementsserien
E-handelslagen	Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informations-samhällets tjänster
HD	Högsta domstolen
IPRED	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (Intellectual Property Rights Enforcement Directive)
IFPI	The International Federation of the Phonographic Industry
ISP	Internet Service Provider
NIR	Nordiskt Immateriellt rättsskydd
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
Prop.	Proposition
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
TPB	The Pirate Bay
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VML	Varumärkeslag (1960:644)
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WCT	WIPO:s Fördrag om upphovsrätt

1 Inledning

1.1 Ämnespresentation

Kritik har riktats mot Sverige för att vara en frizon eller ett himmelrike för fildelning och nätpirater. Detta skulle bero på en laissez-faireattityd, slapphänt lagstiftning kring upphovsrätt och ett väl utbyggt, snabbt och billigt bredbandsnät.¹

Kritiken är förmodligen inte helt obefogad med tanke på att en av de största webbplatser som har drivit på och utvecklat fildelning till vad den är idag, har sitt ursprung i Sverige. The Pirate Bay har bedrivit sin verksamhet öppet, det vill säga, de har inte hymlat med att illegal fildelning har skett via deras webbplats och företrädare har figurerat både i press och annan media. Detta tillsammans med att tillsynes ingenting eller väldigt lite har gjorts från svenska myndigheter för att få ett stopp på verksamheten har förmodligen starkt bidragit till denna kritik.²

Samtidigt är också Sverige framstående i utvecklingen av affärsmöjligheter för media som finansieras på annat sätt än den traditionella metoden.³

Juridiskt så blir det med hänsyn till denna kritik intressant att studera hur uppbyggnaden av denna fildelning och motsvarande digital interaktiv verksamhet ser ut och analysera de upphovsrättsliga inträngen och vem det är som får bära ansvaret.

En tjänsteleverantör är en person eller ett bolag som tillhandahåller en tjänst på Internet.

En tjänsteleverantör kan vara en leverantör av en Internetuppkoppling, med en anglosaxisk term benämnd Internet Service Provider (ISP), en leverantör av serverkapacitet, med en anglosaxisk term benämnd Internet hosting service, en webbplats innehållande tjänster såsom diskussionsforum, chat, värdtjänst för bloggar eller forum, en utvecklad webbplats för att dela med sig av foton och film eller motsvarande för att underlätta fildelning med mera. Beträffande innehållet på dessa webbplatser är det framförallt inte tjänsteleverantören själv som lägger upp materialet utan det är tjänstemottagaren, i dagligt tal ofta benämnd användaren. Om det nu skulle vara så att materialet som läggs upp innebär ett upphovsrättsligt intrång och att rättighetshavaren eller det allmänna skulle vilja beivra detta finns det fyra kategorier möjliga ansvariga; tjänstemottagaren som laddade upp föremålet, tjänsteleverantören av webbplatsen där föremålet ligger,

¹ Rosén, Jan. (2008) Copyright control in Sweden and Internet uses – file sharers' heaven or not? NIR 2008 s. 101.

² Kritik har i och för sig också riktats mot myndigheterna, till exempel gryningsråden mot The Pirate Bay som blev granskat av JO.

³ Spotify och Voddler m.m.

webbplatsens leverantör av server- och/eller Internetkapacitet och den som tillägnade sig materialet.⁴

Det är oftast inte något problem att se huruvida ett intrång har begåtts eller inte vid ”piratverksamhet”.⁵ Vem som är ansvarig i teorin och vem det är som får bära ansvaret i praktiken är dessvärre problematiskt.

1.2 Syfte

Arbetets syfte är att utreda vilket medverkansansvar, både inom det straffrättsliga och det civilrättsliga området, som innehavare av webbplatser och Internetleverantörer har för de upphovsrättsliga intrång som sker av användarna till tjänsterna. Vad som innefattas i medverkansansvaret är sanktionerna skadestånd och straff. Vitesförbud och förbud är även sorterade in under 7 kap. om ansvar och ersättningsskyldighet m.m. i upphovsrättslagen, varför medverkansvarsbegreppet lite djärvt vidgats till att även omfatta dessa processuella åtgärder.

I debatten kring fildelning får man en bild av att det finns en osäkerhet huruvida drivandet av webbplatser kan utgöra handlingar som innebär en ansvarsskyldighet till ett upphovsrättsintrång. Vidare är syftet är att försöka strukturera och klargöra ovanstående problem samt ge ett konkret svar på frågeställningarna i arbetet i den mån det går utan att förlora verklighetsförankringen. Detta innebär bland annat att definiera de gränser för ansvaret som kan urskiljas i gråzonen där tjänster har både lagliga och olagliga användningsområden, så kallade dual-use technologies, och den ansvarsfrihet som kan komma att gälla med stöd av e-handelslagen.

1.3 Frågeställningar

- I vilken utsträckning har tjänsteleverantörer som driver webbplatser ansvar för upphovsrättsliga intrång som sker via deras tjänster?
- I vilken utsträckning har Internetleverantörer ansvar för upphovsrättsliga intrång som sker via en webbplats till vilken Internetleverantören levererar tjänster?

⁴ Antalet möjliga ansvariga skiljer sig åt beroende på vilken typ av intrång det är. Vid illegal fildelning finns det en person som laddar ned materialet medan ett intrång via en streamingsite så är det inte olagligt att tillägna sig materialet. Vid streaming minskar med andra ord antalet möjliga ansvariga till tre kategorier.

⁵ Se 2.3.3.

1.4 Avgränsningar

Arbetet avgränsas till att endast utreda tjänsteleverantörens straff- och skadeståndsansvar samt den processuella åtgärden vitesförbud. I begreppet tjänsteleverantör kan tolkas in många olika typer av aktörer. Arbetet är dock avgränsat till att gälla innehavare av webbplatser, Internetleverantörer, andra tjänsteleverantörer som tillhandahåller serverkapacitet eller dylikt till webbplatser samt i viss mån de tjänsteleverantörer som tillhandahåller verktyg för peer-to-peer nätverk som kan kopplas till webbplatser, till exempel BitTorrent trackers.

Vid de olika bedömningar som sker i arbetet så är en förutsättning att en upphovsrättighet eller närstående rättighet blivit kränkt. I arbetet är medverkandet i fokus och inte det så kallade huvudbrottet. Även om huvudintresset är medverkan så ges viss orientering kring det direkta intrånget.

Huruvida åtgärder för att beivra en rättighet skulle strida mot grundlagens eller Europakonventionens stadgade om bestämmelser om skydd för yttrande-, informationsfrihet eller andra integritetsfrågor som kan komma bli gällande är utelämnat från arbetet.

Ytterligare avgränsningar är beräkningen av skadestånd samt straffrättsliga påföljder. Dessa ingår dock som en orienterande del i framställningen.

1.5 Metod och material

I uppsatsens arbete ligger den rättsdogmatiska metoden som grund. EU-direktiv, lagstiftning, praxis och doktrin är de rättskällor som i huvudsak använts. I ämnet saknas prejudicerande praxis varför vissa underrättsdomar har tagits med för att åskådliggöra de i arbetet behandlade problemen och exemplifiera olika lösningar för dessa. En restriktiv och kritisk hållning bör intagas gentemot underrättsdomarna. Även viss amerikansk praxis är medtagen eftersom det finns en del fall av betydelse för ämnet även om de inte är direkt bindande. Valet av Amerikanska rättsfall är tänkt att ge både ett vidgat perspektiv för problemställningen samt att ge viss belysning av ämnet och skall ses mer som en orientering. I Sverige finns inte mycket skrivet om detta specifika område och det har således även varit intressant att titta på en Amerikansk studie angående tankarna kring dual-use technologies. Arbetet avser dock att föras med ett praktiskt perspektiv för intressenter belägna i Sverige.

1.6 Forskningsläget

I och med att upphovsrätten anses vara teknikneutral så borde praxis och tolkningar som redan existerar kunna användas vid problem som uppstår vid

intrång i nyare media. Det verkliga problemet ligger dock inte i tekniken som sådan utan de nya typer aktörer som verkar i den. I och med Internet så får medverkaren en allt mer central roll i intrången vilket innebär att de problem som uppstår är relativt oprövade. Den relativt nya Tingsrättsdomen där The Pirate Bay fälldes är en av de större domar i området och även om det endast är en underrättsdom så kommer den, i brist på andra rättskällor, att ges ett ganska stort utrymme i arbetet. The Pirate Bay har fått mycket uppmärksamhet och är troligtvis världens mest uppmärksammade webbplats för fildelning.⁶ Domen är överklagad till högre instans och förväntas avgöras i Hovrätten under 2010.

Beträffande medverkansansvaret i 23 kap 4 § BrB så är den straffrättsliga forskningen relativt genomarbetad med en hel del praxis. Vid ett medverkansansvar så kan dock det kriminaliserande och skadeståndsberättigade området vara något oklart eftersom Internetmiljön och de handlingar som en tjänsteleverantör företar inte ha utretts i någon större grad vare sig i praxis eller i doktrin. Medverkansansvaret utreds sällan heller till sin yttersta gräns eftersom polisens resurser ofta begränsas till huvudpersonerna.⁷ I utredningen Musik och film på Internet – Hot eller Möjlighet? framgår även där att rättsläget i denna fråga är oklar.⁸ Att frågan är komplicerad och att rättsläget är oklart framgår även i viss litteratur där brist på ställningstaganden är påtaglig.⁹

Gällande den objektiva medverkan, som blir aktuell i vitesförbudet, är rättsläget än mer oklart. En av anledningarna torde vara att det inte har funnits straffrättsliga incitament att utreda den rena objektiva förutsättningen eftersom det straffrättsligt ofta är uppenbart att de objektiva förutsättningarna inte kommer att täckas av de subjektiva. Kravet att de objektiva rekvisiten i ett straffstadgande skall täckas av de subjektiva rekvisiten benämns täckningsprincipen och gäller för samtliga brott. Detta tillsammans med att den yttersta gränsen vid ett rent objektiva medverkande inte mig veterligen har prövats nämnvärt i domstol.¹⁰

När den objektiva medverkan har diskuterats i lagförarbeten i samband med vitesförbudet går att utläsa en stor osäkerhet. Det är förvisso tydligt att en mellanhand kan anses objektiva medverkande och i ett sådant fall skall kunna bli föremål för ett vitesförbud. Frågan kvarstår dock vad som krävs för ett sådant beslut. Vidare så uppmärksammas frågan om ett vitesförbud även skall kunna meddelas mot mellanhänder som inte ens objektiva kan anses medverka. Diskussionen har dock skjutits på framtiden eftersom den ansågs kräva en mer ingående analys. Det ansågs svårt att avgränsa en

⁶ En google-sökning på The Pirate Bay resulterar i 33 600 000 träffar.

⁷ Jareborg, Nils, Allmän Kriminalrätt, IUSTUS Förlag, Uppsala 2001 s. 398.

⁸ Ds 2007:29 Musik och film på Internet – Hot eller möjlighet? s. 323.

⁹ Olsson, Henry, Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2009 s. 243.

¹⁰ Se besluten från Stockholms Tingsrätt - Black Internet och Portlane målen.

åtgärd som inte ens kräver objektiva förutsättningar samt att det saknas underlag för hur olika intressen skulle kunna drabbas.¹¹

1.7 Disposition

Inledningsvis i kapitel 2 ges en *introduktion* där det redogörs för ett antal tekniska begrepp och en beskrivning av vilka aktörer som är berörda av medverkansansvaret och vilka roller dom har. Detta är intressant att ha klart för sig med tanke på att ansvaret kan sträcka sig mellan både Internetleverantörer, tjänsteleverantörer för webbplatser och tjänstemottagare. Därefter sker en allmän redogörelse av upphovsrättsintrånget och sanktionerna för detta. Introduktionen fortsätter sedan med en redogörelse för de i ämnet berörda delar ur lagen om elektroniska anslagstavlor och den ansvarsfrihet som regleras i e-handelslagen.

I kapitel 3 kommer medverkansansvaret i fokus och de viktigaste avsnitten är rubricerade *huvudbrottet, de objektiva förutsättningarna* och *de subjektiva förutsättningarna*.

Arbetet avslutas i kapitel 4 med ett avsnitt med en *analys* och en *avslutande kommentarer*.

¹¹ Prop. 2004/05:110 s. 342 samt Ds 2007:19 s. 223.

2 Introduktion

2.1 Tekniska begrepp

Caching, är en form av lagring av digitalt material för att underlätta kommunikationen på Internet. Det är så kallade mellanlagringar av teknisk karaktär. Beroende på varifrån materialet kommer och vart det mellanlagras används olika begrepp för att bestämma detta. En tillfällig lagring hos slutanvändaren, det vill säga datorn, kallas för *client-caching*.¹² Vid en *proxy-caching* (på svenska genom ombud) accelereras effektiviteten av kommunikationen via en dedikerad proxyserver. "En mellanserver som förmedlar webbtrafik har ofta en cachefunktion för webbsidor, dvs. mellanlagrar externa webbsidor, bilder o.d. så att dessa bara behöver laddas ned en gång. På så sätt blir webbåtkomsten i det lokala nätet snabbare samtidigt som belastningen på nätförbindelsen till Internet minskar."¹³

Djuplänkning, är ett förfarande som innebär att man via en länk på en hemsida kommer i direkt kontakt med en fil. Till exempel genom att ett klick på en länk skulle ge ett alternativ till att ladda hem en specifik fil.

Fil, är en samling data som kan innehålla bland annat musik, film eller annan media. En fil kan lagras på hårddisk, CD- och DVD-skiva samt andra lagringsmedier till exempel olika typer av minnen.

Fildelning, med fildelning menas att man gör en fil tillgänglig för andra vid sin egen dator till annans dator via ett datornätverk till exempel Internet. "tillgängliggörande av filer på en dator för kopiering från andra datorer i samma datornät"¹⁴

Klient-server-struktur, där det i nätverket finns en central värddator som låter användaren lagra (ladda upp) och/eller hämta (ladda ner) filer. Systemet har ett antal olika nackdelar såsom bandbredd och sårbarhet eftersom att all trafik går via en central värddator.

Länk, ett förfarande som hänvisar och vidarebefordrar användaren på Internet. Vid länkning så hänvisas användaren till en portal eller en destination. "koppling från en viss plats (en symbol, en bild eller ett markerat ord) på en webbsida till en annan plats på samma eller på en annan webbsida"¹⁵

¹² Olsson, Henry, Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2006 s. 184-185.

¹³ Datatermgruppen, ordlista artikel 139, <http://www.nada.kth.se/dataterm/>

¹⁴ Datatermgruppen, ordlista artikel 226, <http://www.nada.kth.se/dataterm/>

¹⁵ Datatermgruppen, ordlista artikel 2, <http://www.nada.kth.se/dataterm/>

Mirroring, är ett uttryck som liknar caching men där hela webbplatser sparas för att underlätta för slutanvändaren och för att inte översvämma populära webbplatser med datatrafik.¹⁶

Peer-to-peer teknik, i peer-to-peer tekniken finns inte rollerna av klient och värddator. Med denna teknik finns det en "hub" eller värd som förmedlar kontakten mellan de olika användarna som är anslutna till hubben. En annan peer-to-peer teknik är BitTorrent. BitTorrent-programmet används för att dela upp en digital fil i olika delar och ge den ett matematiskt tal (så kallad hash-summa) för att skapa en torrentfil. En torrentfil är en fil som i princip bara innehåller data som anger de beståndsdelar den digitala filen delats upp i. För att möjliggöra en spridning av den digitala filen anges i regel adressen till en eller flera så kallade trackers i torrentfilen. En tracker har till uppgift att meddela användarna av en viss torrentfil och vilka andra användare som delar just den digitala filen. Torrentfilen kan laddas upp till en webbserver som lagrar torrentfiler som sedan användare kan ladda ner.¹⁷

Streaming, (på svenska direktuppspelning) är uppspelning av ljud och videofiler på mottagarens dator eller mobiltelefon samtidigt som de överförs från Internet. Streaming används både för uppspelning av lagrade filer från webbplatser och för mottagning av direktsända evenemang på Internet. "*Dataöverföring som innebär att överföring och uppspelning av ljud eller rörliga bilder sker successivt, i stället för att spelas upp först när hela överföringen är klar.*"¹⁸

2.2 Aktörer

För en mer överskådlig överblick över aktörerna och vilka roller de har i de former för intrång som behandlas i arbetet hänvisas till Bilaga A.

2.2.1 Den som begår det direkta intrånget

Inom ramen för detta arbete är den som begår det direkta intrånget den som tillgängliggör eller mångfaldigar upphovsrättsligt skyddat material på Internet via en webbplats. Detta kan ske vid fildelning, uppladdande av skyddat material på en hemsida eller annan liknande aktivitet som innebär ett intrång. Personen som laddar upp och tillgängliggör det skyddade materialet kallas ofta, med en anglosaxisk term, för content provider.

Personen som begår det direkta intrånget är alltså en tjänstemottagare som nyttjar tjänsteleverantörens tjänst illegalt. Det finns dock inget som säger att en tjänsteleverantör själv inte skulle kunna lägga upp intrångsgörande

¹⁶ Olsson, 2006 s. 185.

¹⁷ Förklaringen är hämtad från Stockholms Tingsrätt 2009-04-17 mål B 13301-06 (The Pirate Bay).

¹⁸ Datatermgruppen, ordlista artikel 106, <http://www.nada.kth.se/dataterm/>

material på sin webbplats. Vid ett sådant förfarande är det givetvis tjänsteleverantören som begår det direkta intrånget. För tjänstemottagare används i dagligt tal ofta begreppet användare eftersom det är denne som i praktiken använder tjänsteleverantörens tjänst.

Det är viktigt att skilja på vad som är olagligt och lagligt i sammanhang kring fildelning. Att en person nyttjar en fildelningstjänst innebär inte att den personen begår ett intrång. Fildelning är fullt lagligt och skall inte förväxlas med illegal fildelning. Likaså gällande begreppet ”användaren”, ty att en användare nyttjar en tvivelaktig tjänst innebär inte att denne begår ett upphovsrättsligt intrång. Det går med andra ord att nyttja till exempel The Pirate Bays webbplats helt lagligt.

I arbetet görs ett försök att inte lägga in en värdering i begrepp som har fått en antingen positiv eller negativ laddning av fildelningsdebatten. Begreppen illegal fildelare och intrångsgörare används endast när intrång skett. Det skall således inte läsas in ett intrång per automatik i begreppet fildelare, tjänstemottagare eller användare.

2.2.2 Medverkaren till intrånget

Typiskt för medverkaren är att denne endast är medverkare eller medhjälpare. Det direkta intrånget begås av någon annan.¹⁹ Den roll som medverkaren har spelat när detta har uppmärksammats har ofta varit som tjänsteleverantör av interaktiva webbplatser och/eller verktyg, med en anglosaxisk term ofta kallad *Hosting service provider*.

Begreppet tjänsteleverantör är ett vitt begrepp och omfattar många olika typer av aktörer. Tjänsteleverantören är ett samlingsnamn vilka Internetleverantörer, tillhandahållare av serverkapacitet samt tillhandahållare av elektroniska anslagstavlor eller webbplatser m.m. ryms under. Vissa av dessa tjänsteleverantörer kan sedan klassificeras in under en tjänsteleverantör som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster. Kravet för detta är att tjänsten medför någon form utav ersättning eller vinst. Denna definition är lagfäst i 2§ E-handelslagen.²⁰

Exempel på tjänsteleverantörer som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster är Google, The Pirate Bay, Youtube, samtliga Internetleverantörer, hostingtjänster för forum och bloggar som Bloggspot och bloggar med mera. Listan kan göras mycket lång.

Det är viktigt att poängtera att tjänsteleverantören inte nödvändigtvis begår något brottsligt eller för den delen behöver vara ansvarig för ersättning eller skadestånd då det sker ett intrång via deras tjänst. Det är viktigt att hålla isär det objektiva och det subjektiva medverkandet. Straff- eller

¹⁹ Se 2.2.1.

²⁰ Se 3.4.2.

skadeståndsansvar kan inte göras gällande där någon endast objektivt medverkar eftersom det krävs uppsåt eller oaktsamhet med undantag för 54 § 1 st. URL vilket beskrivs ytterligare i avsnitt 3.2.4. Det finns dock andra processuella åtgärder att tillgripa mot dem som endast är objektivt medverkande, till exempel Vitesförbud enligt 53b § URL och en ersättning vid intrång i god tro enligt 54 § 1 st. URL.

2.2.3 Rättighetshavaren

I upphovsrättslagen ställs krav för när ett verk får skydd av upphovsrätt eller närstående rättighet. För att beivra en kränkt rättighet krävs att den som för talan har ett faktiskt rättsligt skydd. Vem och hur någon äger en upphovsrätt eller en närstående rättighet är av underordnad betydelse i detta arbete men det kan nämnas att en rättighetshavare kan vara till exempel ett skivbolag, en musiker, en manusförfattare eller en filmproducent.²¹

Något som skiljer rättighetshavare emellan, vilket kan ha betydelse för bedömningar som aktualiseras senare i arbetet, är på vilket sätt som denne kommersialiserar sin rättighet. För ett årtionde sedan var det relativt ovanligt med upphovsmän eller distributörer som tjänade sina pengar på alternativa metoder såsom reklam eller andra sätt att få en inkomst från ett verk. Inför detta arbete har det inte genomförts någon undersökning av hur stor omfattningen är av affärslösningar där tillgången till ett verk inte betalas på ett traditionellt sätt men det går ändå att bilda sig en uppfattning rent allmänt utan en vetenskaplig undersökning. Förfarandet med alternativa betalningslösningar har blivit allt vanligare och av upphovsmännen kan nämnas Timbuktu, Rednex och La familia med flera. Bland dataspelstillverkarna är framgångsrika Riot-games²² ett exempel på en speltillverkare med en alternativ lösning för att ta betalt för sin tjänst. Det finns många fler exempel och något som visat på stor framgång är spel i ”persistent world” genren där spelaren, istället för att köpa spelet, betalar för att höja sin spelupplevelse genom att betala för olika element såsom utseendet på sin karaktär i spelet. Reklamfinansierade tjänster såsom Spotify²³ och Voddlar²⁴ är andra exempel på hur rättighetshavaren kan kommersialisera sina verk.

2.2.4 Internetleverantören

Internetleverantören är en form utav tjänsteleverantör som jag har valt att ge ett särskilt avsnitt då Internetleverantören särskiljer sig på olika sätt från tjänsteleverantörer som tillhandahåller till exempel en webbplats.

²¹ Se vidare avsnitt 2.3.1.

²² <http://www.riotgames.com>. Riotgames dataspel League of Legends hade efter de första tre månaderna laddats ner över en million gånger och har fått en ansenlig mängd utmärkelser.

²³ <http://www.spotify.com>

²⁴ <http://www.voddlar.com>

Motiveringen grundas av att Internetleverantörens tjänster till viss del är av en infrastrukturell natur. Begreppsmässigt är Internetleverantören en tjänsteleverantör och i de fall som Internetleverantören även utför tjänster, till exempel upplåtande av serverkapacitet eller innehavare av webbplatser, så kan viss begreppsproblematik uppstå. Begreppet Internetleverantör används i arbetet i syfte att tydliggöra att det rör sig om en typ av tjänsteleverantör som bland annat levererar en infrastrukturell Internetaccess. Beträffande tjänsteleverantörer som endast upplåter serverkapacitet, ofta förknippad med domännamns registreringar, så är det tveksamt om denna kan benämnas Internetleverantör. Det är däremot vanligt att Internetleverantörer säljer hostingtjänster av nämnd typ.

Internetleverantören, har hitintills varit relativt skonad från kontakt med domstol och har normalt sett inte varit part i själva intrångsmålen. Ett exempel på när talan kan föras mot en Internetleverantör är när denne anses ha medverkat till intrång rent objektivt, till exempel när en annan tjänsteleverantör nyttjar Internetleverantörens nätkapacitet till intrång.²⁵ Att det görs och har gjorts försök att komma åt upphovsrättskränkningar via Internetleverantörer har skapat oro för ett ökat ansvarstagande för Internetleverantören att kontrollera sina kunder.²⁶

En Internetleverantörs tjänster kan grovt kategoriseras in under följande:

- Internet access, det vill säga att en Internetanslutning ges, innebär i princip att Internettrafik möjliggörs genom olika typer av ledningar och kan beskrivas som en access av infrastrukturell natur.
- Hosting, att serverkapacitet i olika former upplåts, innebär att Internetleverantören (eller en tjänsteleverantör som specialiserat sig på Internet hosting service) upplåter serverkapacitet, det vill säga en styrning och lagring av innehåll hos Internetleverantören belägna datorer.

Rollen och betydelsen av den Internetaccess som Internetleverantören levererar är en central fråga. Hitintills har dessa tjänster setts som ”mere conduit” det vill säga en ren vidarebefordran (endast ledningar, direkt översatt), vad som levereras har inte Internetleverantörerna haft något ansvar för och heller inte behövt ha kunskap om. Det som för tjänstemottagaren varit text, bild och ljud, är för Internetleverantören endast ettor och nollor.²⁷ Internetleverantörens Internetuppkopplingsstjänst kan närmast beskrivas som infrastrukturell. Mere conduit beskrivs vara förutom själva ledningarna av koppar och fiberoptik motsvarande, vara datorer,

²⁵ Stockholms Tingsrätt mål T 7540-09 och T 11712-09 (Black Internet).

²⁶ http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/artikel_3584645.svd

²⁷ Nyheter från dagspress angående Telekompaketet och avstängning av fildelare. <http://www.dn.se/fordjupning/europa2009/telekompaketet-tolkningsstrider-vantar-om-avstangning-av-fildelare-1.1000354>

routrar, server- och webbprogram m.m. hos Internetleverantörer som gör överföringen möjlig.²⁸

För de flesta torde Internet anses vara ett viktigt medel för kommunikation och diskussioner av ”Internet som en mänsklig rättighet” har förts.²⁹ Detta kan bland annat innebära hinder mot att ”stänga ute” någon från Internet. Att kalla Internet en mänsklig rättighet kan måhända vara alltför radikalt. Enligt min mening bör i vart fall Internet anses vara av en sådan betydelse för människan att denne inte skall kunna nekas tillgång. Ett synsätt på Internet som en för samhället och på individuell nivå viktig funktion i likhet med radio, tv, post, tidningar med mera torde ha betydelse för vissa bedömningar som kan komma att göras i anslutning till de frågeställningar som finns i arbetet. De bedömningar jag framförallt åsyftar finns i anslutning till de problem som kan tänkas uppkomma vid en förbudstalan som riktas mot till exempel en medverkare till intrång och där förbudstalan riskerar att få större praktiska effekter än den skall avse.

2.3 Ensamrätten och Intrånget

2.3.1 Ensamrätten

Enligt 1 § URL så har den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk upphovsrätt till verket oavsett om det är skönlitterärt eller en beskrivande framställning i skrift eller tal, datorprogram, musikaliskt eller sceniskt verk, filmverk, fotografiskt verk eller något alster av bildkonst, alster av byggnadskonst eller brukskonst eller verk som har kommit till uttryck på något annat sätt.

Ensamrättens omfattning bestäms av två förfoganderätterna som stadgas i 2 § URL vilka är i praktiken uttömmande, dessa förfoganden är att *framställa exemplar* av verket och att göra verket *tillgängligt för allmänheten*.

Den egentliga upphovsrätten avser att ge skydd åt alster av en upphovsmans skapande verksamhet men prestationer liknande de upphovsrättsliga utförs även av andra personer såsom utövande konstnärer (45 §), producenter (46 §), Radio- och TV-företag (48 §), framställare av kataloger/databaser (49 §) och fotografer (49a §). Det har liksom den andliga upphovsmannen sedan en lång tid tillbaka ansetts skyddsvärt att dessa också skall ha ett skydd efter ungefär samma principer som de upphovsrättsliga. Detta skydd benämns de närstående rättigheterna.³⁰

Under årens lopp har de tekniska framstegen varit stora. Inspelning och återgivning av musik och film har fått ett stort genombrott i radio, television

²⁸ Prop. 2001/02:150 s.20.

²⁹ <http://www.metro.se/2009/12/03/46310/ska-internet-vara-en-mansklig-rattigh/>

³⁰ Olsson, 2006, s. 344f.

och på Internet vilket har lett till att behovet av närstående rättigheter blivit större.³¹

De närstående rättigheterna regleras i 45-46 §§ och har liksom de övriga upphovsrätterna en uteslutande rätt att förfoga över sin upptagning genom att *framställa exemplar* av upptagningen, och göra upptagningen *tillgänglig för allmänheten*.

Att framställa exemplar, det vill säga att mångfaldiga verket, är en central förfoganderätt. Det praktiska utnyttjandet består i framställning utav så kallade beständiga medier, till exempel böcker, skivor, med mera. Det är denna del som gett upphov till den engelska benämningen för upphovsrätten, *copyright*.³²

Ensamrätten att göra verket tillgängligt för allmänheten framgår av 2 § 3 st. URL, jämför artikel 3.1 infocodirektivet och artikel 8 WCT. Att göra verket tillgängligt för allmänheten består fyra delar: *Överföring till allmänheten*, *Offentligt framförande*, *Offentlig visning* och *Spridning av exemplar*.³³

Av de fyra olika typerna av tillgängliggörande så är *överföring till allmänheten* det som är tillämpligt på intrång över Internet. Dessa omfattar vad som i dagligt tal benämns som "*on-demand situationer*" och definieras i 2 § 3st 1p. "*Detta sker när verket på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Överföring till allmänheten innefattar överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer*".

En viktig skillnad mellan offentliga framföranden (framförandet sker för en närvarande publik) och överföring till allmänheten är att de som innehar närstående rättigheter har en ensamrätt till tillgängliggörandet vad avser överföring till allmänheten jämfört med offentligt framförande där de som innehar närstående rättigheter endast har rätt till ersättning vilket framgår av 45 § URL.³⁴

Överföring till allmänheten innefattar de flesta tillhandahållanden av verk på Internet. Exempel är bland annat när tillgängliggörandet sker via fildelarprogram och via så kallade Peer-to-peer nätverk.³⁵ Annordnandet på en hemsida med djuplänkning till musikfiler har av Högsta domstolen ansetts innebära en överföring till allmänheten.³⁶

³¹ Olsson, 2006, s. 344f.

³² Levin, Marianne, Lärobok i Immaterialrätt, Norstedts Juridik, Stockholm 2007, s. 133.

³³ Levin, 2007, s. 138.

³⁴ Se även Olsson, 2006, s. 116.

³⁵ Prop 2004/05:110 s. 70.

³⁶ NJA 2000 s. 292 (MP3-fallet) och NIR 2000 s. 487 I domen anses anordnandet vara offentligt framförande men efter ändringar i URL år 2005 klassificeras det som överföring till allmänheten.

Det har ansetts vara en skillnad om det har varit möjligt att komma åt verket genom traditionella sökmotorer som Google och Altavista eller om det har krävts att man måste ha haft kännedom om en specifik adress för att komma åt verket.³⁷ För att det skall vara fråga om ett allmänt tillgängliggörande torde krävas att adressen är känd i vidare kretsar.³⁸

Vidare kan nämnas att det inte krävs att någon tillgängliggör ett helt verk för att det skall anses vara ett intrång i upphovsrätten. Att tillgängliggöra en del av ett verk är tillräckligt för intrångets fullbordan.³⁹

Vad som menas med ”allmänheten” respektive ”sluten krets” och dess gränsdragning går att utläsa i en hel del rättsfall.⁴⁰ Med större sluten krets så skall enligt lagmotiven förstås en grupp mellan 20-50 personer eller större. Detta kan variera beroende på hur permanent verksamheten är.⁴¹ Vidare enligt Proposition 2004/05:110 s. 74 framhålls att NJA 1980 s. 23 är en bra källa angående vad allmänheten och sluten krets innebär. Sammantaget från nämnda rättskällor kan sägas att begreppet ”allmänheten” skall tolkas relativt brett och innefatta de flesta fall när man kan få åtkomst till ett verk via Internet.

De två förfoganderätterna som ovan angetts är de som rättighetsinnehavaren har ensamrätt till. Detta innebär att om annan utan rättighetsinnehavarens samtycke skulle nyttja rättigheten så begås ett intrång. Det bör dock nämnas att det finns vissa inskränkningar i upphovsrätten som återfinns i 2 kap URL. Dessa rör framförallt exemplarframställning. Exempelvis 11a § avseende framställning av tillfälliga exemplar där exemplaren inte får ha en självständig ekonomisk betydelse samt framställningen av exemplar för privat bruk enligt 12 § som ger en viss rätt att framställa exemplar för privat bruk.⁴²

2.3.2 Dual-Use Technologies

Fenomenet Dual-Use Technologies går att finna överallt i samhället. Det är dock inte särskilt vanligt att det tas upp och det blir extra tydligt i de sammanhang som det diskuteras i detta arbete. I och med The Betamax-case blev begreppet en stor diskussion i USA:s domstolar.⁴³ I fallet stämde Sony av Universal Studios för medverkan till upphovsrättsintrång eftersom Sony saluförde verktyg, en videobandspelare, för kopiering av

³⁷ Mål B 6731-00 Stockholms Tingsrätt 2003 (Domen fick aldrig prövningstillstånd till Hovrätten), se även Olsson, 2006, s. 113-114.

³⁸ Lindberg, m fl. 2001, s. 259.

³⁹ Ds 2007:29, s. 338.

⁴⁰ NJA 1960 s. 123, NJA 1980 s. 23, NJA 1986 s 702 och NJA 1988 s. 715.

⁴¹ Lindberg, m fl. 2001, 2001, s. 256.

⁴² Beträffande 11a § se vidare i avsnitt 2.5.1.

⁴³ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574 (1984) (The Betamax Case). För en närmare analys av detta fall, se Peter S. Menell & David Nimmer, Unwinding Sony (2006). UC Berkeley Public Law Research Paper No. 930728.

upphovsrättsskyddade verk. Sony kunde dock inte hållas ansvarig för ett medverkande. Domstolen kom bland annat fram till, vilket har blivit en princip benämnd ”Sony safe-harbor principle” och som innebär:

“...the sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial non-infringing uses.”⁴⁴

Vidare kom domstolen fram till att om tillhandahållaren inte får specifika uppgifter om intrånget så kan tillhandahållaren inte hållas ansvarig om det enbart på grund av verktygets funktion möjliggör att material med upphovsrättsskydd utbyts.⁴⁵

Dual-Use Technologies innebär att som namnet antyder att en produkt, vare sig det är en tjänst eller en teknik, kan ha både lagliga och olagliga användningsområden.

Fildelning på Internet är i många fall ett bra exempel på en Dual-Use Technology.⁴⁶ Fildelningstjänster såsom, The Pirate Bay, som för en tid sedan blev fällda i första instans, för ett medverkansansvar till upphovsrättsintrång, driver en sådan Dual-Use Technology. Det är fullt lagligt att fildela men inte att medverka till eller bedriva upphovsrättsintrång. Deras webbplats fyller båda dessa ändamål mycket effektivt.

I Sverige finns mig veterligen ingen forskning gjord om Dual-Use Technology begreppet. I USA finns det däremot nyligen viss text skriven om detta.⁴⁷ Kortfattat så uppkommer problemet när rättighetsinnehavare försöker på laglig och politisk väg att förhindra dessa Dual-Use Technologies när de tror att förlusten blir större än vinsten av dess existens. Argument från innovatörerna bakom dessa Dual-Use Technologies har bestått i att försvara sin produkt med att immaterialrättens användande på detta sätt skulle hindra ”the wheels of commerce”.⁴⁸

Källan till ”the wheels of commerce” kommer från en Amerikansk patentdom från 1912.⁴⁹ Ungefär 70 år senare så övertygades supreme court i USA att detta även var aktuellt i upphovsrättsliga frågor. Argumentet innebär: att försäljning av en Dual-Use produkt medför inget ansvar om den är ”capable of substantial non-infringing uses”.⁵⁰ Senare skulle det visa sig

⁴⁴ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. (The Betamax Case).

⁴⁵ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. (The Betamax Case).

⁴⁶ Orbach, Barak Y. (2008). "Indirect Free Riding on the Wheels of Commerce: Dual-Use Technologies and Copyright Liability". Emory Law Journal 57: 412.

⁴⁷ Orbach, Barak Y. (2008).

⁴⁸ Orbach, Barak Y. (2008). s. 412.

⁴⁹ Henry v. A.B. Dick CO. 224 U.S. 1, 48 (1912).

⁵⁰ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. (The Betamax Case).

att varken Napster eller Grokster haft framgång med ovanstående argument.⁵¹

En jämförelse mellan The Betamax-case och dagens tjänster är kanske inte helt relevant men det finns ändå vissa likheter med The Betamax tidens mångfaldigande av verk på videokassetter och den som sker idag på Internet. Ett exempel är när en förbudstalan riktas mot en Internetleverantör. Internetleverantörens tjänst kan givetvis nyttjas till både olaglig som laglig aktivitet samtidigt som det är svårt för Internetleverantören att säkerställa att endast lagligt bruk sker av tjänsten. Ett vitesförbud mot en Internetleverantör kan få till följd att tjänsten som helhet tvingas upphöra eftersom kontrollen av att det inte sker intrång via tjänsten kan bli alltför omfattande.⁵² I likhet med the Betamax-case där tillverkaren helt saknar kontroll över om den produkt som redan sålts, används som verktyg för ett lagligt eller olagligt bruk.

Ett liknande ”wheel of commerce” argument torde kunna bli aktuellt i en rättsekonomisk diskussion i de situationer när Internetleverantörer får varningsbrev och blir stämnda för medverkansansvar. Ett hinder av leverans av Internetaccess till tjänsteleverantörer som driver webbplatser med Dual-Use Technology skulle kunna, enligt min mening, tänkas försämra innovation och Immaterialrätten får en negativ funktion. Jag anser även att ett liknande problem kan uppstå när rättsläget är oklart.

Enligt min mening är det troligt att en intressekonflikt kan uppstå mellan, å ena sidan de som valt att distribuera sina verk genom fildelning och finansiera sina verk genom alternativa metoder såsom reklam, konsertverksamhet eller donationer och å andra sidan de som väljer att sälja sina verk till styckpris.⁵³

I förlängningen kan det enligt min mening finnas risk för att ett väldigt stort ansvar läggs på Internetleverantören och andra tjänsteleverantörer eller tillhandahållare av nätverk, att kontrollera användare och innehållet på webbplatser i sådan grad att detta kan leda till ett censurerat Internet. En censur som i någon mening redan är en realitet eftersom stora delar av Internet är blockerat troligtvis på grund av rädsla för juridiska eftergifter och osäkerheten kring om vem som kan tänkas medverka till intrång som sker via webbplatser som bedriver någon form av Dual-Use Technology tjänst.

2.3.3 Intrånget

När en upphovsrättslig ensamrätt kränks krävs mer eller mindre komplicerade och omfattande intrångsbedömningar beroende på hur

⁵¹ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); MGM Studios v Grokster, 545 U.S. 913 (2005).

⁵² Se 3.2.

⁵³ Ett argument som även användes av Portlane i Stockholms tingsrätt 2009 mål T 17127-09.

ensamrätten ser ut och vilken typ av intrång det handlar om. Det ligger i immaterialrättens natur att intrång sällan är givet på förhand, det vill säga att det inte är givet att ett visst förfarande skulle innebära ett intrång eftersom det krävs en omfattande likhetsbedömning. Det är inte självklart att en ljudslinga är så pass lik ett tidigare verk att det innebär en kränkning.⁵⁴

Vid piratverksamhet är dock intrångsbedömningen given eftersom intrånget mer eller mindre är ett faktum. Det är uppenbart att det inte behövs en likhetsbedömning eftersom det inte är en ensamrätt som efterliknar någon annan, utan en ensamrätt som olovligen används.

Det typiska intrånget sker när en användare av en webbplats laddar upp upphovsrättsligt skyddat material till en webbplats som sedan lagras på ett sätt som gör det möjligt för andra användare att komma åt informationen via webbplatsen. En så kallad överföring till allmänheten.⁵⁵

Det upphovsrättsliga intrånget har inte någon stämpel på sig att vara straff- eller civilrättslig. Ett intrång kan beivras både genom civilrättsliga medel såsom skadestånd och förbud med mera och av det allmänna genom åtal av åklagare där fängelse eller böter kan bli aktuellt.

2.3.4 Sanktioner och åtgärder

De huvudsakliga sanktionerna i upphovsrättslagen är straff och skadestånd. Utöver dessa finns det även bestämmelser om förverkande och förstöring med mera. Vidare finns det ett antal åtgärder av mer processuell natur som vitesförbudet. Nedan ges en översiktlig genomgång av vitesförbudet och de i arbetet behandlade sanktionerna straff och skadestånd.

2.3.4.1 Vitesförbud

Lagrum till förbudet är 53b § URL vilken stadgar att rättighetshavaren får vid vite förbjuda den som vidtar eller medverkar till en åtgärd som innebär intrång eller överträdelse som avses i 53 §. Syftet med vitesförbudet är att rättighetshavaren skall ha möjlighet att snabbt få ett slut på ett pågående olovligt utnyttjande.⁵⁶ Grundfilosofin är att en rättighetsinnehavare skall kunna få till stånd ett förbud om deras rättighet kränks oavsett om det finns subjektiv täckning eller inte av intrånget, intrånget sker och det skall kunna stoppas. Regleringen innebär att förbuds föreläggandet kan meddelas mot mellanhänder som medverkar till upphovsrättsintrång i objektiv mening.⁵⁷

Den som förbudet riktas mot skall veta vad han inte får göra. Ett förbudsyrkande måste därför vara preciserat och stå i relation till det påstådda intrånget. Käranden skall noga ange vari intrånget består, det vill

⁵⁴ Om likehetsbedömningen se vidare Levin, 2007, s. 516.

⁵⁵ Se 2.3.1.

⁵⁶ Prop. 1993/94:122 s. 45.

⁵⁷ Ds 2007:19 s. 222.

säga intrångsföremålet och förbudsyrkandet kan inte avse annat än detta intrångsföremål. Det är inte förenligt med kravet på precisering att låta kravet omfatta ”liknande” eller ”motsvarande” utföranden eller förfaranden.⁵⁸ I en dom angående ett varumärkesintrång från Högsta domstolen den 8 juni 2007 konstaterade Hovrätten att en precis utformning av ett förbud var viktigt för att intrångsgöraren skall kunna anpassa sitt fortsatta handlande på ett sådant sätt att han inte drabbas av vitessanktionen och för att ett handlande relativt enkelt skall kunna konstateras om ett handlande strider mot förbudet.⁵⁹

Som nämndes ovan är intrånget givet vid piratverksamhet och det behövs ingen omfattande abstrakt bedömning vilket, enligt min mening, torde innebära rent teoretiskt att en förbudstalan skulle innebära framgång i de flesta fall. För att få igenom förbudet behöver varken uppsåt eller oaktsamhet förekomma och inte heller bevisas utav kärende. Inte heller skadeverkningar behöver bevisas utan rättighetshavaren kan helt inrikta sina resurser på frågan om det föreligger ett intrång i upphovsrätten.⁶⁰ Ett vitesförbud meddelas i en slutlig dom.⁶¹

Vidare kan rättighetshavaren även yrka om interimistiskt förbud under pågående rättgång. Genom detta förfarande så kan rättighetshavaren få ett stopp på intrånget när läget är brådskande. För att ett interimistiskt förbud skall kunna meddelas krävs att fyra förutsättningar är uppfyllda; Sannolika skäl för att åtgärd som innefattas i 53 § URL förekommer, att det skäligen befaras att värdet av upphovsrätten förringas, att svarande skall ha möjlighet att yttra sig om inte ett sådant dröjsmål skulle innebära risk för skada och att käranden ställer säkerhet för den skada som kan tillfogas svaranden genom åtgärden enligt 53b § 2 och 3 stycket.⁶² Om det är en mellanhand som vitesförbudet riktas mot så är det troligt att skada kan uppstå hos den tredje man som mellanhanden levererar tjänster till. Den skada som drabbar tredje man omfattas förmodligen inte av den ställda säkerheten eftersom tredje man inte är part i målet.

2.3.4.2 Straff

De straffrättsliga sanktionerna för upphovsrättsintrång finns i 53 § URL och för de närstående rättigheterna i 57 § URL. I 53 § stadgas att den som beträffande ett litterärt eller konstnärligt verk vidtar åtgärder, som innebär intrång i den till verket enligt 1 och 2 kap. knutna upphovsrätten eller som strider mot föreskrift enligt 41 § andra stycket eller mot 50 §, döms om det sker uppsåtligt eller av grov oaktsamhet, till böter eller fängelse i högst två år. I 57 § stadgas att vad som sägs i 53-56 § också skall tillämpas på rättighet som skyddas genom föreskrift i 5 kap. Det är med andra ord ingen

⁵⁸ Prop. 1985/86:86 s. 41.

⁵⁹ NJA 2007 s. 431 och Olson, 2009, s. 248.

⁶⁰ Prop. 1993/94:122 s. 45.

⁶¹ Lindberg, m fl. 2001, s. 292.

⁶² Om det även innefattas skada som tillfogas den som mellanhanden levererar tjänster till i denna säkerhet är oklart.

skillnad på straff gällande intrång i upphovsrättigheter och i närstående rättigheter.

Generellt sett för brott så krävs att det subjektiva rekvisitet uppsåt är uppfyllt, jämför Brottsbalkens straffstadgande med undantag för vissa brott där en oaktsamhet är tillräcklig.⁶³ Uppsåt innebär att intrånget sker med ”medvetande” eller med ”vetskap” och för grov oaktsamhet så är brukligt att säga ”att man borde ha insett”. Skälet till att också grov oaktsamhet är straffbart enligt URL är att det till exempel ansetts vara lika straffvärt, att ta emot varor för återförsäljning, om omständigheterna rimligen är sådana att mottagaren måste misstänka, med andra ord borde ha insett, att det rör sig om olovligen märkta eller framställda varor. Straff skall inte kunna undkommas om man håller sig okunnig om de rätta förhållanden eller underlåter att undersöka hur det verkligen ligger till. Detta anses främst ha betydelse vid varumärkes- och mönsterintrång.⁶⁴ Omständigheterna att priset är osedvanligt lågt eller att produkterna håller en undermålig kvalitet är exempel på när det hos mottagaren torde väckas misstanke och grov oaktsamhet bör anses föreligga.⁶⁵ Enligt min mening så har förmodligen ovan framställda argument en motsvarande betydelse vid upphovsrättsliga intrång.⁶⁶ Att medvetet hålla sig i okunnighet om något, det vill säga dolus Alexanderson, är enligt gällande rätt inte tillräckligt för uppsåt vilket visas i äldre rättspraxis NJA 1941 s. 466 och NJA 1942 s. 420. Att någon medvetet hållit sig okunnig kan dock påverka utfallet vid en bedömning om ett likgiltighets-, insikts-, eller eventuellt uppsåt.⁶⁷

Förutsättningarna för åtal kräver att det sker av en allmän angivelse och att det är påkallat ur allmän synpunkt enligt 59 § 1 st andra meningen URL. Målsägande kan ansluta sina skadeståndsanspråk till straffprocessen, utan att själv behöva driva den. Skälet till att det finns krav för åtal är framförallt av kostnadsskäl och i de flesta fall när det handlar om intrång i industriellt skydd så är intrång av föga allmänt intresse. Allmänt gäller dock att om det utvecklas en professionell kriminalitet så är intrång i upphovsrättens område av allmänt intresse.⁶⁸

2.3.4.3 Skadestånd

I svensk rätt utgår skadestånd enligt allmänna principer endast vid brott samt vid person- eller sakskada. Ersättning för ren förmögenhetsskada i övrigt kräver lagstöd eller kan följa av avtalsförhållanden. Sådant särskilt lagstöd finns i immaterialrätten. I URL är detta stadgat i 7 kap. Med en ren förmögenhetsskada avses enligt 1 kap 2 § SkL sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada.

⁶³ Se BrB 1 kap. 2 § och till exempel 3 kap. 7,8,9,10 §§.

⁶⁴ Levin, 2007, s. 520.

⁶⁵ Prop. 1993/94:122 s. 54.

⁶⁶ Se även Prop. 1993/94:122 s. 54.

⁶⁷ Jareborg, 2001, s. 313.

⁶⁸ Levin, 2007 s. 522.

Enligt upphovsrättslagen gäller att den som olovligen utnyttjar något som skyddas av ensamrätt skall betala skälig ersättning för utnyttjandet enligt 54 § URL. Detta gäller även för intrång som sker i god tro, följaktligen behöver det inte visas att vare sig uppsåt eller oaktsamhet föreligger. Sker intrånget uppsåtligt eller av oaktsamhet har rättighetshavaren dessutom rätt till ersättning för annan förlust än utebliven ersättning för utnyttjandet enligt 54 § 2 st.⁶⁹ Enligt allmänna bevisregler måste rättsinnehavaren kunna styrka skadans storlek. I praktiken blir dock den ersättning som betalas ut vid immaterialrättsintrång skönsmässig.⁷⁰

Avseende krav att betala skadestånd för medverkande till intrång så finns det inget hinder mot att – i enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga principer – ålägga var och en som medverkat till intrång i en upphovsrätt att betala ersättning för detta enligt vad upphovsrätten föreskriver om ersättningsskyldighet. 2008 dömde Högsta domstolen en person ersättningsskyldig för medverkande till ett varumärkesintrång. I fallet är en person sin dotter behjälplig avseende import av piratkopierade varor. Personen anses ha medverkat till importen och ersättningsskyldig. Personen ifråga är han som genomfört i princip hela införelsen och det anses i vart fall att han handlat av oaktsamhet. I domslutet är konsensus att det inte finns några betänkligheter att var och en som medverkar i ett, i detta fallet varumärkesintrång, att betala ersättning enligt 38§ VML. Fallet ovan gäller visserligen varumärkesintrång men i dagsläget torde inte finnas något tvivel om att ersättningsskyldighet kan uppkomma vid medverkan till upphovsrättsintrång.⁷¹ Av min iakttagelse att döma så kan det även nämnas att i The Pirate Bay-fallet, även om det inte är ett prejudikat, är frågeställningarna kring skadeståndsskyldighet för ett medverkande tillsynes inte ett större problem för domstolen. Gällande skadestånd för en medverkare hänvisar domstolen även i The Pirate Bay domen, i likhet med ovanstående fall rörande varumärkesintrång, till allmänna skadeståndsrättsliga principer.

En allmän förutsättning för skadestånd också i upphovsrättsliga mål är att det måste finnas en kausalitet mellan gärningen och skadan. Skadan måste alltså ha varit en påräknelig följd av handlandet och den måste också ha varit en adekvat följd av detta handlande. Den adekvata kausaliteten spelar förmodligen en avgörande roll gällande 54§ 1 st. och ersättningskrav riktade mot medverkare. För ersättningskrav enligt 54 § 1 st. krävs inga subjektiva rekvisit och de objektiva gränserna för vem som anses medverka kan rent teoretiskt kunna tänkas omfatta avlägsna aktörer.⁷² En avlägsen aktör kan vara till exempel en Internetleverantör som i någon mening medverkar till ett medverkande till intrång. Den adekvata kausaliteten mellan någon som medverkar till ett medverkande till intrång torde därför vara svår att visa. En fullständig analys av adekvans- och kausalitetsläran är på grund av både utrymmes och tidsbrist svårt att få plats med i arbetet. Jag återkommer dock

⁶⁹ Se även Ds 2007:19 s. 94.

⁷⁰ Levin, 2007, s. 526.

⁷¹ HD d. 20 november 2008 i mål nr T 4998-06.

⁷² Det objektiva medverkande utvecklas vidare nedan i avsnitt 3.2.

till adekvansen och kausaliteten mellan handlingen och skadan återkommande i texten.⁷³

2.4 Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor

Avseende medverkansansvaret för tjänsteleverantörer så bör nämnas Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor, även kallad BBS-lagen.⁷⁴ BBS-lagen innebär i huvudsak att tjänsteleverantörer som tillhandahåller en så kallad elektronisk anslagstavla skall i viss omfattning ha uppsikt över tjänsten och ta bort medelanden som bryter mot vissa uppräknade regler. Om inte detta sker kan tjänsteleverantören, i denna lag benämnd tillhandahållaren, bli dömd till böter eller fängelse. Regleringen i BBS-lagen har ingen direkt relevans till medverkansansvaret enligt BrB 24 kapitel, vilket redogörs för i kapitel 3, men det har betydelse för tjänsteleverantörens kontrollansvar och uppsikt över sin tjänst vilket kan ha en betydelse för arbetets frågeställningar i sin helhet och kan vara till hjälp vid en bedömning av de subjektiva förutsättningarna för ansvar, framförallt vid en oaktsamhetsbedömning vilket behandlas i avsnitt 3.3.5.

Med en elektronisk anslagstavla avses enligt 1 § en tjänst för elektronisk förmedling av medelanden som består av text, ljud, bild eller annan information. En elektronisk anslagstavla skall enligt förarbeten tolkas generellt och regleringen bör omfatta i princip alla tjänster för förmedling av elektroniska meddelanden. Avgörande bör vara att användaren skall kunna ta del utav och kunna sända egna medelanden.⁷⁵

Kravet som åläggs tillhandahållaren är att denna är skyldig att ta bort medelanden som i vissa uppräknade fall i 5 § bryter mot lag. De uppräknade fallen är bland annat regler om uppvigling, hets mot folkgrupp, barnpornografi med flera. Tillhandahållaren är även skyldig att ta bort medelanden som uppenbart innebär ett intrång i upphovsrätt eller närstående rättighet av användaren.

Kravet på uppsikt som avkrävs av tillhandahållaren stadgas i 4 §. Den som tillhandahåller en elektronisk anslagstavla skall, för att kunna fullgöra sin skyldighet enligt 5 §, ha sådan uppsikt över tjänsten som skäligen kan krävas med hänsyn till omfattningen och inriktningen av verksamheten. Det bör noteras att enligt lagförarbeten med uppsikt inte menas att tillhandahållaren skall kontrollera varje enskilt meddelande som sänds till tjänsten. Om antalet medlemmar blir stort föreslås att en "klagomur"

⁷³ Se vidare Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, Skadeståndsrätt, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2010, s. 195ff.

⁷⁴ BBS-lagen behandlas bland annat i Lindberg, m fl., 2001, s. 139.

⁷⁵ Prop. 1997/98:15 s. 9.

upprättas dit man kan vända sig om det skulle förekomma straffbara meddelanden enligt 5 §.⁷⁶

För övrigt så uppställs inget krav i lagen på att tillhandahållaren skall efterforska omständigheter eller fakta huruvida ett meddelande är kriminellt eller inte. BBS-lagen innebär inte någon övervakningsplikt utan snarare en plikt att hålla uppsikt i skälig omfattning.⁷⁷

2.5 Ansvarsfriheten i e-handelslagen

Beträffande medverkansansvaret för tjänsteleverantörer så bör nämnas Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, även kallad e-handelslagen. *Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden, föranledde proposition 2001/02:150 Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.* och därefter lagstiftningen i e-handelslagen som den ser ut idag. I detta arbetes kontext är det framförallt ansvarsfriheten i denna lag som är av intresse.

2.5.1 Syftet med ansvarsfriheten

För att inte förfoganderätterna i URL skall få orimligt stora konsekvenser i samband med ny teknik så finns det vissa undantag. Se artikel 5.1 infosoc direktivet som är en tvingande regel och som numera finns i 11a § URL där det stadgas att tillfälliga former av verk får framställas om framställningen utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och om exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen. Exemplaren får inte ha självständig ekonomisk betydelse. Framställningen är dock endast tillåten om det enda syftet med framställningen är att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning.

Problemet ligger i att med användning av digitala överföringar och framför allt Internet så lagras material otaliga gånger och mellanlandar på servrar och routrar. För att göra processen mer effektiv så sker lagringar i form av caching. Caching kan sedan brytas ner i begrepp såsom client-caching, proxy-caching och transmission caching. Poängen är att informationsteknologin överhuvudtaget inte skulle fungera om dessa mellanlagringar skulle omfattas av en strikt ensamrätt.⁷⁸

De tillfälliga kopior som uppkommer i digitala sammanhang omfattas ofta av undantaget i 11a § URL. Eftersom 11a § är ett undantag från ensamrätten

⁷⁶ Prop. 1997/98:15 s. 14.

⁷⁷ Ds 2007:29 s. 330.

⁷⁸ Olsson, 2006, s. 185.

så kommer aldrig e-handelslagen att bli aktuell i dessa fall. E-handelslagen aktualiseras däremot vid de tillfällen när en tjänsteleverantör enligt upphovsrättslagen kan hållas ansvarig, det vill säga vidarebefordran, caching eller värdtjänster (lagring) som inte omfattas av 11a § URL. Ansvarsfriheten gäller även om ansvar uppkommer med stöd av Lagen om elektroniska anslagstavlor m.m.⁷⁹

Ett visst mått av ansvarsfrihet för att informationsteknologin skall fungera friktionsfriare finns det alltså behov utav. Ett sätt att underlätta detta är befria tjänsteleverantören för vissa olagliga åtgärder, här inbegripet upphovsrättsintrång, som sker vid överföringar.⁸⁰

Beträffande URL och dess ansvarsbestämmelser så ges ansvarsfrihet i fråga om straffansvar, skadestånd och sanktionsavgifter. Att domstolar eller myndigheter utan hinder av ansvarsfriheten kan meddela olika typer av förelägganden, till exempel att en viss överträdelse skall upphöra eller förhindras, eller att viss olaglig information skall avlägsnas eller göras oåtkomlig förtydligas i ingresspunkt 45 i direktivet.⁸¹ Ett vitesförbud enligt URL omfattas alltså inte av ansvarsfriheten.

2.5.2 För vem gäller ansvarsfriheten

Ansvarsfriheten gäller bara för tjänsteleverantörer och inte för privatpersoner.⁸² Vidare så måste innehavaren av webbplatsen falla in under begreppet ”tjänsteleverantör som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster” enligt e-handelslagen. Kriteriet för detta finns stadgat i 2§ e-handelslagen. Enligt 2 § skall tjänsten som tillhandahålls ge ersättning till tjänsteleverantören. Enligt propositionen så behöver det inte vara en direkt ersättning, alternativa ersättningar som till exempel reklamfinansierade tjänst ryms inom begreppet.⁸³ Ett exempel är The Pirate Bay där innehållet på hemsidan bars av reklamintäkter.

”Även om användarna inte betalat för tjänsterna är ändå kravet på ersättning uppfyllt eftersom verksamheten med The Pirate Bay i vart fall delvis finansierats genom reklamintäkter. Lagen om elektronisk handel är följaktligen tillämplig på de fildelningstjänster som tillhandahållits från webbplatsen The Pirate Bay.”⁸⁴

⁷⁹ Se ovanstående avsnitt 2.4.

⁸⁰ Olsson, 2006, s. 185.

⁸¹ Prop. 2001/02:150 s. 32.

⁸² Olsson, 2006, s. 186.

⁸³ Prop. 2001/02:150, s. 56 f.

⁸⁴ Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 (The pirate Bay) s. 74.

2.5.3 Mere conduit, cashing och lagring

E-handelslagen skiljer mellan tre olika typer av tjänster som omfattas av ansvarsfriheten: ren vidarebefordran (mere conduit), cashing och värdtjänster vilka regleras i 16-19 §§ Lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster med motsvarighet i e-handels direktivets artiklar 12-14.

För att ansvarsfrihet skall kunna åtnjutas skall verksamheten vara av rent teknisk, automatisk och passiv natur, vilket innebär att tjänsteleverantören varken skall ha kännedom om eller kontroll över vidarebefordrad eller lagrad information.⁸⁵ En tjänsteleverantör som avsiktligt samarbetar med någon av mottagarna av hans tjänst för att begå olagliga handlingar åtnjuter inte ansvarsfriheten.⁸⁶ Vilken innebörd begreppet ”samarbete” har i denna kontext är oklart. En tänkbar tolkning skulle kunna vara någon form av ekonomisk överenskommelse utöver ett sedvanligt pris för tjänsten enligt branschstandard. Enligt min mening, med tanke på att ett medverkande kan ske utan att det finns ett samarbete mellan aktörerna, borde begreppet samarbete innebära någon form av relation som är mer långtgående än ett medverkande.

2.5.3.1 Ren vidarebefordran (mere conduit)

I e-handelslagens 16 § stadgas att en tjänsteleverantör som överför information som har lämnats av en tjänstemottagare i ett kommunikationsnät, eller som tillhandahåller tillgång till ett sådant nät, skall inte på grund av innehållet i informationen vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, under förutsättning att leverantören inte

1. initierar överföringen,
2. väljer ut mottagaren av informationen, eller
3. väljer ut eller ändrar informationen.

Överföringen och tillhandahållandet enligt första stycket omfattar även sådan automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring av information som sker endast för att utföra överföringen, under förutsättning att informationen inte lagras längre än vad som rimligen krävs för överföringen.

Den ansvarsfrihet som ges i 16 § är riktad mot de som bara överför information som andra har lämnat eller som tillhandahåller de fysiska förutsättningarna som information överförs på. En direkt översättning av ”mere conduit” är ”endast ledning”. Exempel som omfattas av denna regel är tillhandahållande av access till Internet det vill säga en infrastruktur i form av teknisk utrustning och grundläggande kommunikationstjänster.⁸⁷

⁸⁵ Ingressen till E-handelsdirektivet (punkt 42).

⁸⁶ Ingressen till E-handelsdirektivet (punkt 44).

⁸⁷ Lindberg, m fl., s. 146f.

Vad som menas med ändring av informationen i tredje punkten är inte helt tydligt. Det kan dock nämnas att sådana ändringar som är av teknisk natur som till exempel innebär att ett filformat förändras för att minska en fils storlek eller för att göra filen kompatibelt med olika mottagare inte torde falla in under begreppet ändring enligt lagtextens lydelse.⁸⁸

En Internetleverantör torde alltså kunna åtnjuta ansvarsfriheten i de situationer som denne endast levererar en Internetuppkoppling. Ansvarsfriheten enligt e-handelslagen fyller tillsynes en mycket viktig funktion för Internetleverantörer som anses endast objektivt medverka till en medverkan till ett intrång. En sådan situation skulle till exempel kunna vara om en talan om en skälig ersättning med stöd 54 § 1 st. URL förs mot Internetleverantören för intrång som begåtts via en webbplats till vilken Internetleverantören levererar Internetaccess.⁸⁹ Internetleverantören skulle annars kunna bli tvingad att betala ersättning för ett mycket avlägset utnyttjande baserat på tveksamma grunder där rättsläget tillsynes är oklart. Om Internetleverantören levererar serverkapacitet eller annan tilläggstjänst blir 18 § aktuell.

2.5.3.2 Caching

I e-handelslagen 17 § stadgas att en tjänsteleverantör som överför information som har lämnats av en tjänstemottagare i ett kommunikationsnät skall, för sådan automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring som sker endast för att effektivisera vidare överföring till andra tjänstemottagare, inte på grund av innehållet i informationen vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, under förutsättning att leverantören

1. inte ändrar informationen,
2. uppfyller gällande villkor för tillgång till informationen,
3. följer inom branschen vedertagna regler för uppdatering av informationen,
4. inte ingriper i sådan inom branschen vedertagen teknik som används för att få uppgifter om användningen av informationen, och
5. utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen, så snart leverantören får kännedom om att den information som ursprungligen överfördes avlägsnats eller gjorts oåtkomlig, eller om att en domstol eller myndighet har beslutat att så skall ske.

För att minska nedladdningstider och öka kapaciteten på Internet är det vanligt att Internetleverantörer lagrar hela eller delar av webbsidor på sina egna servrar under en kortare tid, det vill säga proxy-caching. Ur ett

⁸⁸ Lindberg, m fl., s. 146 jmf. det Amerikanska rättsfallet IO Group Inc. vs. Veoh Networks Inc. som beskrivs närmare i avsnitt 3.3.2.

⁸⁹ För en mer ingående beskrivning av 54 § 1 st. och ersättning för intrång i god tro se avsnitt 3.2.4.

upphovsrättsligt perspektiv blir detta intressant när verk tillgängliggörs eller framställs på proxyservern.⁹⁰

Paragrafen riktas mot de Internetleverantörer som använder sig av proxy-caching, dock så torde det inte bli aktuellt att försöka hålla en leverantör av en proxy-server ansvarig för eventuellt intrång. Ansvarsfriheten är dock viktig och paragrafen fyller en viktig funktion men det är inte troligt att den kommer komma upp till prövning i domstol. En proxy-server, enligt min mening, torde inte kunna jämföras med en "hosting-tjänst" av serverutrymme. Om ett verk tillhandahålls eller framställs på en proxy-server torde tillhandahållandet av proxy-servern bedömas som en handling där mycket litet orsakssammanhang föreligger till själva intrånget.

2.5.3.3 Värdtjänster (lagring)

I e-handelslagens 18 § stadgas att en tjänsteleverantör som lagrar information som lämnats av en tjänstemottagare skall inte på grund av innehållet i informationen vara skyldig att ersätta skada eller betala sanktionsavgift, under förutsättning att leverantören

1. inte känner till att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer och, när det gäller skyldighet att ersätta skada, inte är medveten om fakta eller omständigheter som gör det uppenbart att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer, eller
2. så snart han får sådan kännedom eller medvetenhet utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen.

Vad som sägs i första stycket gäller inte om den tjänstemottagare som lämnat informationen handlar under tjänsteleverantörens ledning eller överinseende.

Regeln omfattar de typer av tjänsteleverantörer som varit mest diskuterat i detta arbete såsom fildelningswebbplatser, forum, chatter m.m. där det förekommer en interaktivitet av användaren utan tjänsteleverantörens direkta inblandning.

De förutsättningar som skall vara uppfyllda för ansvarsfrihet är subjektiva i den mening att tjänstemottagaren inte får känna till att den olagliga informationen förekommer. Avseende skyldigheten att ersätta skada skall tjänsteleverantören inte vara medveten om fakta eller omständigheter som gör det uppenbart att den olagliga information eller verksamheten förekommer. Vidare skall tjänsteleverantören så fort han får kännedom om eller medvetenhet om intrånget utan dröjsmål förhindra vidare spridning.

Det krävs med andra ord en hel del för att ansvarsfriheten skall träda in. Vilken innebörd som ligger i "omständigheter som gör det uppenbart att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer" är delvis otydlig. En rimlig tolkning torde vara att det ligger i närheten av en bedömning

⁹⁰ Lindberg, m fl., 2001, s. 147.

liknande den för uppsåt. Enligt min mening torde det i vart fall vara ett uppenbart medvetande om en tjänsteleverantör blir underrättad om att det finns olaglig information genom till exempel ett varningsbrev från en rättighetsinnehavare.

Tjänsteleverantören skall förhindra vidare spridning utan dröjsmål för att fortfarande kunna åberopa ansvarsfriheten. Utan dröjsmål innehåller inte någon bestämd tidsgräns men det ligger emellertid i sakens natur att det skall ske så snart det är praktiskt möjligt. Enligt min mening förefaller ett rimligt krav vara att åtgärd vidtages nästkommande arbetsdag efter att eventuell underrättelse har skett förutsatt att tjänsteleverantören har kännedom om föremålet.

Som ovan nämndes i 2.5.3.1 så fyller här ansvarsfriheten en mycket viktig roll för de utnyttjande som bedöms vara mycket avlägsna samt även för de tjänster som bedömts ha ett legitimt syfte.

2.5.3.4 För brott gäller endast uppsåt

I e-handelslagens 19 § stadgas att en tjänsteleverantör som överför eller lagrar information för annan får dömas till ansvar för brott som avser innehållet i informationen endast om brottet har begåtts uppsåtligen.

Enligt ordalydelsen skulle detta stadgande innebära att det för ett straffrättsligt medverkande krävs att ett uppsåt är visat. Grov oaktsamhet i 53 § URL blir således verkningslös vid medhjälp om det är en ”tjänsteleverantör” som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster. Detta innebär förmodligen att en tjänsteleverantör kan med vilja sätta sig i ovetskap eftersom ett sådant förfarande inte bedöms vara uppsåtligt.⁹¹ Att med vilja sätta sig i ovetskap kan dock öppna upp för en argumentation för ett likgiltighetsuppsåt. Om det bedöms att likgiltighetsuppsåt är uppnått torde dock ovan förfarande om att med vilje sätta sig i ovetskap kunna förhindras.⁹² Vidare framgår det att ett civilrättsligt skadestånd eller annan ersättning inte berörs av 19 §.

2.6 Mot vem skall rättighetshavaren väcka talan?

Rättighetshavaren kan antingen försöka stoppa tillgängliggörandet genom att komma åt den som genomfört det direkta intrånget, vilket oftast är en enskild person, eller försöka stoppa den som driver webbplatsen där intrånget sker. Ett tredje alternativ är att föra talan mot Internetleverantören. Alternativen har ett antal för- och nackdelar.

⁹¹ Se avsnitt 2.3.4.2.

⁹² Se avsnitt 3.3.4.

Tjänsteleverantören till webbplatsen:

- På webbplatsen sker intrånget rent objektivt och personerna bakom webbplatsen har adresser, företagssäten, namn och kontaktinformation jämfört mot användaren där ofta informationen som finns att tillgå endast består av ett IP-nummer. I vissa fall så kan dock förhållandet vara det motsatta och det kan vara svårt att identifiera tjänsteleverantören.
- En talan mot webbplatsen kan gälla många intrång. Att bedriva hundratals processer mot enskilda intrångsgörare jämfört med en process, det vill säga mot ansvarig för webbplatsen, är inte effektivt rent kostnads- och resursmässigt.⁹³
- Riktas krav på skadestånd finns det större möjligheter att få ut detta av webbplatsen eftersom denna oftast har en ”bättre” ekonomi än den enskilda personen.
- En talan om vitesförbud kan i större utsträckning förhindra fortsatt intrång jämfört med om ett vitesförbud riktas mot en tjänstemottagare.
- Av allmän synpunkt kan den som bedriver en webbplats i syfte att intrång skall begås anses utgöra en professionell kriminalitet vilket kan föranleda ett åtal.

Internetleverantören till webbplatsen:

- Internetleverantören har inget egentligt intresse av tjänsteleverantörens tjänst och vid hot om vite så finns det goda utsikter till att vinna målet eftersom Internetleverantören i detta läget inte är särskilt processbenägen och i vissa fall har en underlägsen ställning rent ekonomiskt.⁹⁴
- Internetleverantören har ofta större möjligheter att få ett stopp på intrånget, i vart fall på kort sikt.⁹⁵

Mot den som begår det direkta intrånget:

- Det kan argumenteras för att beivrandet av intrång mot den som begår det direkta intrånget kan vara effektivt i ett preventivt skrämselsyfte.
- Det kan även spekuleras i det eventuella ”bad will” som kan tänkas uppstå när enskilda individer blir stämde av stora mediabolag.

⁹³ Herkko Hietanen, Anniina Huttunen, Heikki Kikkinen, ”Laila, a File Sharing Indulgence Service” NIR 2/2009 s. 175.

⁹⁴ Jmf. Stockholms Tingsrätt 2009 mål T 7540-09 och T 11712-09 (Black Internet).

⁹⁵ Det har visat sig svårt att få ett stopp på ett intrång genom att gå på Internetleverantören då denne relativt enkelt kan bytas ut. Jämför det interimistiska förbudsbeslutet mot Black Internet som ledde till att åtkomsten till The Pirate Bay var begränsad i högst några dagar.

3 Medverkansansvar

Terminologiskt sett så skiljs mellan den som utfört gärningen och den som främjat gärningen. I strikt mening finns det gärningsmän och medverkare. Den som inte är gärningsman i strikt mening är medverkande: han har främjat gärningen, men har inte direkt varit med om att utföra den. I Brottsbalken 23:4 § så används dock begreppet medverkande i vid mening, så att alla medverkare också anses vara gärningsmän. Det vill säga att en gärningsman är den som överhuvudtaget har förövat en otillåten gärning. Det språkbruk som avses användas i framställningen är i strikt mening där vi alltså skiljer på gärningsman (utföraren av huvudbrottet) och medverkaren.⁹⁶ Vidare får begreppet medverkare en vid innebörd eftersom arbetet även omfattar de civilrättsliga åtgärderna som vitesförbud och skäligen ersättning för utnyttjande i god tro. I vitesförbudet och för den skäligen ersättningen i god tro krävs inte några subjektiva förutsättningar vilket innebär att i vissa fall även den som anses medverka endast objektivt innefattas i begreppet.

Brottet för medhjälp är lagfäst i BrB 23:4 § vilket stadgar att inte bara den som utfört en viss gärning utan även annan som främjat brottet med råd eller dåd skall dömas till ansvar. Detsamma skall även gälla beträffande annan lag eller författning för straffbelagd gärning för vilket fängelse är föreskrivet. En sådan speciallag är i detta arbetes kontext URL. Vidare stadgas i BrB 23:4 § 2 st. att den som inte är att anse som gärningsman döms, om han förmått annan till utförandet, för anstiftan av brottet och annars för medhjälp till det.

Huvudregeln om straff vid samverkan till brott innebär att alla medverkande skall straffas. Varje medverkande är självständigt ansvarig oberoende av om annan medverkande kan straffas. Dock så krävs det för medhjälp till upphovsrättsbrott att det visas att huvudbrottet rent objektivt har skett. I 23:4 § förutsätts att straffbelagd gärning har utförts. Att den som begått det direkta intrånget inte kan straffas på grund av att denne saknar uppsåt, är minderårig eller annan ansvarsbefriande anledning utesluter inte ansvar för den som medverkar.⁹⁷ Att brott har fullbordats jämföras med att det i enlighet med reglerna i 23:1 § och 23:2 § kommit till stånd straffbart försök eller förberedelse.⁹⁸

Det som krävs för att man skall anses ha främjat intrånget och bli ansvarig för medverkan till ett intrång, utöver att det finns ett huvudbrott, är vissa företagna handlingar. För det första krävs det handlingar som rent objektivt

⁹⁶ Jareborg, 2001 s. 401f.

⁹⁷ Holmqvist, Leijonhufvud, Träskman, Wennberg, Brottsbalken en kommentar del 2, 2009, s. 23:49.

⁹⁸ Holmqvist, m fl. 2009, del 2, s. 23:49.

har främjat intrånget och för det andra så krävs det att dessa täcks av de subjektiva rekvisiten⁹⁹.

Den kriminaliserade medverkanskonstruktionen möjliggör att en lång kedja av medverkare kan hållas ansvarig för ett brott. Medverkare till medverkare till medverkare och så vidare är kriminaliserat eftersom det inte finns någon begränsning i Brottsbalkens 23 kapitel. Ta till exempel ett vapen som slutligen är avsett att användas vid ett brott som E skall föröva, transporteras i en kedja från A, via B och C till D gör sig var och en av dessa personer skyldiga till förberedelse till det brott som E avses föröva.¹⁰⁰ I praktiken så beivras dock inte medverkan i den mån det är möjligt eftersom polisens arbete koncentreras till huvudpersonerna.¹⁰¹ Inom ramen för detta arbete är dock medverkaren den som är huvudpersonen vilket leder till ett annat fokus jämfört med vad som sker i normalfallet.

Medhjälp kan vara fysisk eller psykisk. Exempel på medhjälp rent allmänt kan vara att anskaffa spelbord åt den som bedriver dobbleri, att lämna ekonomiskt understöd eller upplåta lokal till den som anordnar pornografisk föreställning.¹⁰²

Civilrättsligt så avgör de skadeståndsrättsliga reglerna i URL vad som innebär ett medverkande. Den som medverkar till att en skada uppstår kan bli ersättningsskyldig om medverkan anses vara oaktsam eller uppsåtlig. Bedömningen, om en handling anses vara oaktsam eller uppsåtlig, grundar sig på ett flertal fall i praxis där skadegöraren anses ha en relativt långtgående undersökningsplikt. Vidare kan en skälig ersättning för utnyttjande av ett verk bli aktuellt för medverkaren även om förfarandet inte anses vara uppsåtligt eller av oaktsamhet.¹⁰³

För åtgärden vitesförbud får domstolen vid vite förbjuda den som vidtar en åtgärd som innebär intrång eller en överträdelse att fortsätta med åtgärden och kan även riktas mot medverkare.¹⁰⁴

3.1 Huvudbrottet

Grundläggande är att gärningsmannen har förövat en straffrättsligt otillåten gärning, i detta arbetes kontext ett upphovsrättsintrång.¹⁰⁵ Att avgöra om det sker ett upphovsrättsintrång eller inte vid piratverksamhet innebär inga vidare svårigheter om en bedömning kring vad som anses vara

⁹⁹ Se 2.3.4.

¹⁰⁰ Asp, Petter, Från tanke till gärning del 2, s. 228.

¹⁰¹ Jareborg, 2001, s. 398.

¹⁰² Jareborg, 2001, s. 403 ff.

¹⁰³ Bengtsson, Henrik, Lyxell Ralf, Åtgärder vid Immaterialrättsintrång, Norstedts Juridik AB 2006, s. 79.

¹⁰⁴ Bengtsson, m fl., 2006, s. 159 se även Eltell & M. Radetzki. (2005)

Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt NIR 2005 s. 225.

¹⁰⁵ Jareborg, 2001, s. 403.

tillgängliggörande för allmänheten är avklarad, det vill säga om det specifika förfarandet är en överföring till allmänheten.¹⁰⁶ Givetvis så finns det en del problem som kan uppstå när ett huvudbrott skall visas men som avsiktligt lämnats utanför framställningen. Följande bör dock kunna konstateras, i de flesta fall:

- Om verket har upphovsrättsligt skydd.
- Om det sker en överföring till allmänheten.
- Om tillgängliggörandet skett olovligt.

Om det av olika anledningar inte utreds vem som begått det direkta intrånget eller det på grund av andra anledningar, till exempel att uppsåt hos den som begått det direkta intrånget inte kan visas, har ingen betydelse för huruvida man kan anses som ansvarig medverkare eller inte.¹⁰⁷ Några subjektiva förutsättningar behöver alltså inte uppfyllas för huvudbrottet för att någon annan skall kunna hållas ansvarig som medverkare. Detta framgår av 23 kap 4§ 3 st. där det stadgas att varje medverkare bedöms efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last. Medverkansansvaret är med andra ord självständigt på det sättet att någon kan dömas för medhjälp trots att ingen kan dömas som gärningsman.¹⁰⁸

3.2 De objektiva förutsättningarna

De objektiva förutsättningarna för medverkan är de handlingar som främjar intrånget rent objektivt, med andra ord vad som kan anses vara en otillåten gärning bortsett från det personliga ansvaret.

Behov att utreda vilka handlingar som innefattas i ett främjande tydliggörs framförallt när talan om vitesförbud eller förbud ligger för handen men givetvis också när det förs talan om skadestånd eller straff. När straffansvar eller skadestånd, vilka kräver subjektiva förutsättningar, skall utdömas blir bedömningen något mindre komplicerad eftersom det inte finns någon anledning att ta reda på hur långtgående det objektiva främjandet sträcker sig. De objektiva rekvisiten måste för de sanktioner som kräver subjektiva förutsättningar i slutändan täckas av dessa till skillnad från till exempel förbudet.

Vad innebär råd eller dåd inom ramen för detta arbete? Att ge en precis beskrivning av var gränserna går för ett objektivt medverkande vid intrång som sker via webbplatser är svårt, men det finns vissa argument som leder oss mot någon form utav gränsdragning.

Frågan berörs i infosoc-direktivet, propositionen till 2005 års ändringar i upphovsrättslagen och Ds 2007:19 Musik och film på Internet – hot eller

¹⁰⁶ Lindberg, m fl. 2001, s. 110.

¹⁰⁷ Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 (The pirate Bay), s. 52.

¹⁰⁸ Jareborg, 2001 s. 416.

möjlighet. Doktrinen är mycket sparsam angående de rena objektiva förutsättningarna. I praxis finns ett fåtal fall däribland MP3-fallet, The Pirate Bay, Black Internet och Portlane. MP3-fallet är ett HD beslut men i övrigt är det underrättsdomar som samtliga, i skrivandets stund, är överklagade.

3.2.1 Webbplatsens främjande handlingar

De olika typer handlingar som torde kunna anses som främjande är omfattande, ofta av generell natur och av så kallad Dual-Use Technology karaktär. Exempel på främjande handlingar kan vara tillhandahållande av olika sökfunktioner, användarvänliga uppladdnings och lagringsmöjligheter, kontaktförmedling mellan fildelare, samt till webbplatsen knutna verktyg som BitTorrent trackers med mera. Sammanfattningsvis kan det sägas vara funktioner som ger användaren en möjlighet att interagera med webbplatsen, ladda upp information eller på annat sätt möjliggöra bland annat ett upphovsrättsintrång. Dessa funktioner, eller tjänster, är ofta en naturlig del av många webbplatser idag.

Ett exempel är de objektiva förutsättningarna som de formulerades enligt The Pirate Bay-domen:

”Genom att tillhandahålla en webbplats med välutvecklade sökfunktioner, enkla uppladdnings- och lagringsmöjligheter samt genom att förmedla kontakter mellan enskilda fildelare genom den till sajten knutna trackern har, enligt tingsrätten, den genom The Pirate Bay bedrivna verksamheten underlättat och således främjat dessa brott”¹⁰⁹

Ett annat vanligt förekommande och mer konkret förfarande är djuplänkning till upphovsrättsskyddat material. I MP3-fallet från Högsta Domstolen besvaras vissa av de rättsfrågor som är aktuella angående länkning. Domstolen kom fram till att förfarandet djuplänkning innebar ett tillgängliggörande för allmänheten och att anse som ett offentligt framförande.¹¹⁰ Med nuvarande lagstiftning faller dock förfarandet under begreppet överföring till allmänheten.¹¹¹ Djuplänkning kan således innebära ett intrång. Detsamma torde gälla oavsett om det är en användare av en webbplats eller om tjänsteleverantören av webbplatsen på egen hand lägger upp länken.

”Tommy O har därför inte behövt själv förfoga över musikfilerna för att självständigt kunna göra dem tillgängliga för allmänheten, Hans förfarande har inneburit att den som klickat på en av hans länkar omedelbart har fått tillgång till ett av exemplaren. Detta har i förhållande till andra sätt att på Internet hitta exemplaren inneburit ett självständigt tillgängliggörande.”¹¹²

¹⁰⁹ Ur Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 (The pirate Bay), s. 63.

¹¹⁰ NJA 2000 s. 292.

¹¹¹ Se 2.3.1.

¹¹² NJA 2000 s. 292 Ett utdrag ur HD:s domslut.

Domen skall knappast uppfattas så att alla former av länkar är att betrakta som en överföring till allmänheten. Förfarandet djuplänkning torde dock i många fall kunna inordnas under ett sådant förfarande.¹¹³

Huruvida en länkning till en webbplats, det vill säga ingen djuplänkning direkt till föremålet, som främjar ett intrång innebär ett rent objektivet medverkande torde dock inte kunna komma på fråga. Medverkanskonstruktionen medger att ett medverkande till medverkande till medverkande är kriminaliserat och det är tänkbart att det skulle kunna argumenteras för att det i någon mening kan innebära ett objektivet medverkande att länka till en webbplats. Att en länkning skulle innebära ett medverkande skulle dock förmodligen att anses som alltför långtgående och slå hårt mot hjärtat av Internet. Av den sedvänja som råder på Internet så är det mer accepterat med länkar som inte leder direkt till det intrångsgörande föremålet. Problemet med länkar är komplext och det uppmanas till en helhetsbedömning av situationen.¹¹⁴ Vad avser sökmotorer såsom Altavista och Google med mera så är dessa typiska verktyg för länkning. Den sökning som sker på en sökmotor av ovanstående typ resulterar i länkar som endast hänvisar till webbplatser och är enligt min mening ett förfarande som inte innebär ett allmänt tillgängliggörande.

Vidare kan utformningen av tjänsten vara av betydelse. En webbplats eller verktyg som är perfekt anpassat för ett tillgängliggörande av verk främjar rent objektivet ett intrång i en högre grad än om det är en mindre anpassad del av en webbplats som kan användas för intrång, till exempel ett diskussionsforum eller en blogg. Ett exempel på en funktion som tydligt främjar intrång är sökfunktioner som innebär en kategorisering av olika typer av verk utan lagligt användningsområde. Ett exempel är en kategorisering av "Nintendo Wii" där utbudet av share- eller freeware inte existerar vilket talar för ett definitivt objektivet medverkande. En annan kategorisering skulle kunna vara "handhållen" eller "cam" som indirekt syftar på material som olovligen har filmats inne på biografier. Rimligtvis kan ett sådant förfarande omöjligtvis ha ett lagligt användningsområde av den enkla anledningen att det inte finns något material som kan överföras till allmänheten på laglig väg under en sådan kategorisering.¹¹⁵ En jämförelse som förtydligar argumentet kan göras med ett fiktivt scenario där till exempel en auktions- eller försäljningswebbplats kategoriserar varor under "stulet gods".¹¹⁶ Det kan även nämnas att Marknadsdomstolen förbjöd vid vite samt dömde ut ett skadestånd för medverkan till marknadsföring mot ett företag som upplät annonsutrymme av avkodningsutrustning som enligt lag inte får överlåtas.¹¹⁷

¹¹³ Lindberg, m fl., s. 280.

¹¹⁴ För en mer utförlig diskussion se Lindberg, m fl., 2001 s. 281.

¹¹⁵ Nintendo Wii har ett begränsat om inte obefintligt utbud verk av free-, eller shareware samt att med största sannolikhet så samtycker upphovsmännen inte till överföringen till allmänheten.

¹¹⁶ Stulet gods är aldrig lagligt att sälja. Se 9 kap. 6 § BrB angående häleri.

¹¹⁷ MD 2003:27.

Utöver själva utformningen torde graden av det reella utnyttjandet av funktionen ges betydelse, det vill säga hur stor andel av verksamheten som består av intrångsgörande föremål. I The Pirate Bay domen så utreds bland annat hur stor andel utav verksamheten som består utav intrångsgörande föremål. Utredningen visar, även om det finns en del brister, att merparten av de tillgängliga filerna avser upphovsrättsskyddat material. 96 av de 100 populäraste filerna innebar ett intrång. Resterande fyra filer var osäkra av den anledningen att upphovsmannen inte kunde identifieras.¹¹⁸ Ett medverkansansvar kan dock aktualiseras oberoende av hur pass stor omfattningens verksamheten består av illegala element. En webbplats med i princip 99% legal verksamhet kan medverka till ett intrång rent objektivt även om det bara sker ett enda intrång.

Avgörande i frågan om en handling skall anses som en objektiv medverkan är framförallt hur användaren nyttjar tjänsten. Att en handling kan i ett första läge inte anses objektivt medverka till ett upphovsrättsintrång för att vid ett senare tillfällen anses medverka beror på den karaktär som ett upphovsrättsintrång på Internet har. I samma stund som det intrångsgörande föremålet, djuplänknings eller motsvarande synliggörs på hemsidan så sker rent objektivt ett medverkande av de ansvariga för webbplatsen. Resonemanget kan motiveras av att det måste finnas en möjlighet för rättighetshavaren att ta bort det intrångsgörande föremålet. Exempelvis om det på ett fullkomligt legalt diskussionsforum läggs upp en länk till en BitTorrent som kränker en upphovsrätt via ett Peer-To-Peer nätverk så måste rättighetshavaren kunna kräva att denna länk tas bort.

Sammanfattningsvis innebär det att handlingar som ger en möjlighet att kränka en upphovsrätt och att denna möjlighet utnyttjas så sker det i någon bemärkelse ett rent objektivt medverkande av den som ger möjligheten.

Det torde innebära att det är av mindre betydelse om och hur en webbplats avsäger sig ansvar, generaliserar sina tjänster med mera eftersom avgörande är om tjänsten i själva verket används till intrång eller inte.

3.2.2 Internetleverantörens främjande handlingar

Vad avser Internetleverantörens medverkan till upphovsrättsintrång och att Internetleverantören skulle kunna anses objektivt medverka till ett intrång kan tyckas vara avlägset och i gränslandet för vad i juridisk mening något kan anses som ett medverkande. Det finns dock vissa EU-direktiv som både talar för och emot att en Internetleverantör kan anses som objektivt medverkande. I infosoc-direktivets artikel 8.3 så finns ett krav på att rättsinnehavare skall ha möjlighet att begära föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i en

¹¹⁸ Stockholms Tingsrätt 2009 mål 13301-06 (The pirate Bay) s. 70.

upphovsrätt eller närstående rättighet.¹¹⁹ Det framgår även i infosoc-direktivet att de tjänster som mellanhänder erbjuder i ökande grad utnyttjas av en tredje part för att göra intrång och att det i många fall är de som har de största möjligheterna till att sätta stopp för ett sådant intrång. Detta innebär bland annat att rättsinnehavaren skall ha möjlighet att vända sig mot till exempel en Internetleverantör och begära att denne tar bort innehållet.¹²⁰

De tjänster som är typiska för en Internetleverantör framgår av ovan i avsnitt 2.2.4. Normalt är det två typer av tjänster, Internetuppkoppling- och hostingtjänster. På vilket sätt typen av tjänst torde påverka bedömningen redogörs för i kommande framställning.

Bristen på domstolsbeslut angående den objektiva medverkan är påtaglig. Fram till årsskiftet 2009-2010 fanns det i Sverige i vart fall två domstolsbeslut där en Internetleverantör har varit föremål för en bedömning av objektivt medverkande till ett upphovsrättsintrång via den webbplats till vilken Internetleverantören har levererat Internetuppkoppling.

Det första är ett interimistiskt beslut från Tingsrätten där Black Internet ansågs objektivt medverka till de upphovsrättsintrång som skedde på The Pirate Bays hemsida. I domen anses Black Internet medverka till intrånget genom att tillhandahålla en Internetuppkoppling.¹²¹

*”Omständigheterna är sammantaget sådana att Black Internet genom att tillhandahålla Internetuppkoppling till fildelningstjänsten The Pirate bay objektivt kan anses som medverkande till de intrång som användare av tjänsten och eventuellt andra gör sig skyldiga till.”*¹²²

Domstolsbeslutet är ett Tingsrättsbeslut av interimistisk karaktär och är överklagat och skall således inte ges någon vidare betydelse mer än som ett exempel eftersom mycket pekar mot att en Internetleverantör faktiskt inte kan bli objektivt medverkande endast genom att tillhandahålla en Internetuppkoppling.

Det andra exemplet avser openbittorrent.org:s tracker som får sin Internetaccess av företaget Portlane. Denna tracker är numera den som har en samordningsfunktion för The Pirate Bays BitTorrent länkar. En rad amerikanska mediaföretag stämde Portlane och yrkade om vitesförbud eftersom de ansåg att Portlane, som Internetleverantör, medverkade till intrång till en rad upphovsrättsliga verk. För medverkan till intrång och att kunna bli träffad av ett vitesförbud krävs mer än tillhandahållandet av en internetaccess, resonerar domstolen.¹²³

¹¹⁹ Infosoc-direktivet art. 8.3.

¹²⁰ Infosoc-direktivet, ingressen stycke 59.

¹²¹ Stockholms Tingsrätt Mål nr. T 7540-09 och T 11712-09. (Black Internet).

¹²² Stockholms Tingsrätt Mål nr. T 7540-09 och T 11712-09. s. 12 (Black Internet).

¹²³ Stockholms tingsrätt mål T 17127-09 (Portlane).

"En tillämpning av bestämmelserna på det sättet som Filmbolagen förespråkar skulle enligt tingsrättens bedömning innebära att Internetleverantören åläggs ett långtgående ansvar för vad en innehavare av en tracker som används för olaglig fildelning gör eller inte gör. Ett sådant ansvar kan inte anses följa av bestämmelsen om vitesförbud vid medverkan till upphovsrättsintrång."¹²⁴

Tingsrättens har i, Black Internet- och Portlanefallen, kommit fram till olika resultat vid sin bedömning av ett medverkande till intrång av en Internetleverantör.

IFPI har fört talan mot Telenor i Norge med yrkandet att Telenor skall blockera The Pirate Bay är ett annat uppmärksammat exempel från Norge där Telenor hotades att dras inför rätta för ett medverkande till upphovsrättsintrång om inte The Pirate Bay blockeras. En skillnad mot Black Internet och Portlane är att Telenor inte levererar Internetkapacitet till The Pirate Bay utan att det är intrånget via tjänstemottagarna som skulle vara anledningen till blockeringen. Utan laglig grund fanns det ingen anledning för Telenor att gå med på kravet. Norsk domstol slog fast att Telenor inte hade någon skyldighet att genomföra en sådan blockad.¹²⁵

Något som kan tolkas som en begränsning till objektiva medverkandet i ovan beskrivna fall finns i infosoc-direktivets ingress stycke 27 där det stadgas att enbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring skall inte i sig betraktas som en överföring i den meningen som avses i direktivet. Eftersom Sverige skall göra EG-konforma tolkningar av lagen bör detta ha en avgörande betydelse. Vad innebär då de fysiska förutsättningarna? I propositionen till införlivandet av direktivet tolkas de fysiska förutsättningarna vara exempelvis en leverantör av en dator eller en nätverksoperatör som tillhandahåller enbart de ledningar genom vilka överföringen sker.

Eftersom det inte är någon överföring i juridisk bemärkelse så skulle man kunna tänka sig att tillhandahållandet av själva ledningen tolkas som någon form av befattning med hjälpmedel. Resonemanget med hjälpmedel faller dock vid en tolkning av Brottsbalkens 23 kap 2 § där det skall vara fråga om något som är "särskilt ägnat" för till exempel en framställning av olagliga exemplar. Kan hjälpmedlet användas för framställning av lovliga exemplar eller har ett annat legalt användningsområde är det knappast fråga om hjälpmedel i den mening som brottsbalken lägger i begreppet.¹²⁶

Det kan i min mening låta paradoxalt om den gärning som främjar huvudbrottet rent objektivt är av enbart av fysisk karaktär samtidigt som denna fysiska överföringen inte skall betraktas som en överföring i juridisk bemärkelse enligt infosoc-direktivet.

¹²⁴ Stockholms tingsrätt mål T 17127-09 s. 9.

¹²⁵ Se dagspress på Internet med sökord såsom: IFPI mot Telenor.

¹²⁶ Holmqvist, m fl.,2009 samt Olsson, 2006, s. 312.

Vid införlivandet av direktivet i upphovsrättslagen diskuterades huruvida innebörden i stycke 27 skulle tas in i svensk lagtext eller inte. Den typ av objektivt medverkande som kan ske genom ett tillhandahållande av endast ledningar ansågs dock vara av så litet aktivt handlande¹²⁷ att det redan enligt svensk rätt bör vara uteslutet att betrakta det som ett tillgängliggörande för allmänheten. För övrigt så påminner propositionen om skyldigheten att tolka lagen i ljuset av direktivet. Med tanke på det ovan redogjorda ansågs det onödigt att ta in en skrivning av stycke 27 i Upphovsrättslagens 2 §.¹²⁸

En ytterligare begränsning som propositionen framhåller är att själva bedrivandet av en leverantörsverksamhet normalt inte torde vara tillräckligt för att en mellanhand skall kunna hållas ansvarig, ens i objektivt hänseende, för att ha främjat olovlig överföring av upphovsrättsligt skyddat material till allmänheten eller olovlig exemplarframställning. Eftersom det inte torde finnas någon generell skyldighet för den som vidarebefordrar informationen att undersöka dess innehåll bör som regel inte heller mellanhandens underlåtenhet att kontrollera om det förekommer intrångsmaterial i verksamheten anses utgöra ett främjande i det nu aktuella hänseendet.¹²⁹

Av propositionen framgår vidare att för ett medverkansansvar, i objektiv mening, torde det som regel krävas något mer än själva tillhandahållandet och bedrivandet av en leverantörstjänst. Till exempel att tjänsteleverantören träffar avtal med mellanhanden om rätt att utnyttja dennes serverutrymme och att mellanhanden därefter har fått konkreta indikationer på att serverutrymmet används på ett sätt som innebär ett upphovsrättsintrång. Detta är ett exempel på när ett vitesförbud kan bli aktuellt mot mellanhanden.¹³⁰

Diskussionen fortsätter i Utredningen Musik och film på Internet, hot eller möjlighet där man kommer fram till att medverkansansvaret i Sverige är tämligen långtgående och kan drabba den som endast obetydligt har bidragit till brottet. Vidare framgår att för att en Internetleverantör skall hållas ansvarig anses det krävas mer än bara ett tillhandahållande av en infrastruktur. För övrigt ges inte mycket ledning eller exempel på vad som kan anses innefattas i ett främjande i objektiv mening.¹³¹

I samband med diskussionen i förarbeten angående det objektiva medverkandet så kan tilläggas den diskussion om införandet av regler för rättighetshavarna att ingripa mot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredjepart för att begå intrång i upphovsrättsligt skyddat material även i de fall mellanhanden inte ens kan anses medverka i objektiv mening. Denna

¹²⁷ Begreppet "aktivt handlande" är något som ofta återkommer i förarbeten. Begreppet skulle även enligt min mening kunna förklaras med den främjande handlingens orsakssamband till intrånget. Ett litet aktivt handlande innebär således att handlingen har ett mycket litet orsakssamband med själva intrånget. Med andra ord, någon form utav kausalitet.

¹²⁸ Prop 2004/05:110 s. 74.

¹²⁹ Prop. 2004/05:110 s. 340 jmf. Prop. 2001/02:150 s. 89.

¹³⁰ Prop. 2004/05:110 s. 339.

¹³¹ Ds 2007:29 s. 323 (se även Prop. 2004/05:110 s. 339).

fråga ansågs ge upphov till svårigheter hur dessa bestämmelser skulle avgränsas och lämnades åt framtiden.¹³² I och med IPRED:s implementering i april 2009 så antogs dock möjligheten att med förelägganden mot mellanhanden, till exempel att kunna få ut abonnemangsinformation om tredje man, att på ett effektivt sätt kunna tillvarata rättighetshavarens intressen.¹³³

En annan tänkbar begränsning, av mer tveksam karaktär, tar sin utgångspunkt i den ovan nämnda art. 8.3 i infoc-direktivet och behovet av att kunna rikta förelägganden mot Internetleverantörer där syftet är att få stopp på själva intrånget. Om syftet är att få stopp på det specifika intrånget bör det rimligtvis finnas hinder mot ett föreläggande, till exempel vitesförbud, eftersom intrånget inte kan påverkas av mellanhanden.¹³⁴ Exempelvis en Internetleverantör som endast levererar Internetkapacitet till en tjänsteleverantör. Det ligger utanför Internetleverantörens räckvidd att på laglig väg ta bort ett intrångsföremål från en webbplats eftersom denne inte själv äger varken serverutrymmet eller har access till det. Givetvis kan det inte anses som ett alternativ för Internetleverantören att hacka sig in i webbplatsens server och "ta bort" en specifik BitTorrent för att inte bli drabbade av det i förbudet ställda vitet.¹³⁵ För att efterleva vitesförbudet är Internetleverantören i praktiken tvungen att stoppa hela Internetaccessen till webbplatsen. Effekten av ett vitesförbud, enligt ovan beskrivna fall, kan enligt min mening vara något som borde anses vara alltför långtgående och inte kunna rymmas under ett förbudsyrkande med ett precist krav på intrångsföremålet.

I e-handelsdirektivet anges att den ansvarsfrihet som kan komma att gälla Internetleverantörer, när denne lagrar information, inte skall förhindra medlemsstater från förelägganden såsom ett vitesförbud för att avlägsna eller göra material oåtkomligt. Men om inte Internetleverantören lagrar informationen och på så vis saknar kontroll över informationen är det då lagstiftarens vilja att det fortfarande skall kunna riktas ett vitesförbud mot Internetleverantören?

Sammanfattningsvis kan utav infoc-direktivet och lagförarbeten viss vägledning dras. Syftet är att få stopp på de specifika intrången och ett vitesförbud skall kunna riktas mot både webbplatsen, Internetleverantören eller annan tjänsteleverantör. Viljan tycks dock vara att det skall finnas en gränsdragning i hur långt det objektiva medverkansområdet skall sträckas eftersom det i förarbeten tydligt talas om att det bör krävas till exempel att serverutrymme upplåts.

Är det då möjligt att en Internetleverantör som endast levererar Internetkapacitet kan anses som objektivet medverkande? Frågan är

¹³² Prop. 2004/05:110 s. 342.

¹³³ 53 c § URL.

¹³⁴ Jmf. avsnittet om förbud och NJA 2007 s. 431.

¹³⁵ Se Bilaga A, figur 2 nedan. Internetleverantör (C) kan inte hindra (3) eller (4). (3) eller (4) kan endast strypas av (B).

komplikerad och jag skulle vilja lyfta upp den till diskussion med utgångspunkt i det interimistiska beslutet från Stockholms Tingsrätt där det ansågs att en av The Pirate Bays Internetleverantörer sannolikt medverkade till intrång. Trots att det inte kunde bevisas att Internetleverantören sannolikt upplät serverkapacitet ansåg domstolen att omständigheterna var sammantaget sådana att Internetleverantören ansågs medverka till intrång i vart fall objektiv mening.¹³⁶ Eftersom det inte kunde bevisas att serverkapacitet uppläts är en befogad fråga att ställa sig vad domstolen menar med att ”omständigheterna är sammantaget sådana att”. Vad som skulle kunna tänkas omfattas av uttalandet är:

1. Att en stor del av den webbplatsen till vilka Black Internet levererar Internetuppkoppling till har en verksamhet som innebar intrång. I The Pirate bay domen framgår att vart fall en betydande del av verksamheten innebar intrång och med den bevisning som lades fram i det interimistiska beslutet bedömdes att till avgörande del av vad som framkom i The Pirate Bay domen fortfarande fortgick.¹³⁷
2. Intresset för att få stopp på intrång vägde större än Black Internets olägenhet.
3. Det sker intrång och detta måste kunna stoppas.

Om, rent hypotetiskt, en Internetleverantör normalt sett inte skall anses ens objektivt medverka då en infrastrukturell tjänst levereras skulle ett undantag således kunna vara om mottagaren av en infrastrukturell tjänst uteslutande använder denna tjänst till olaglig verksamhet. Detta skulle innebära att den infrastrukturella tjänsten innebär ett rent objektivt främjande. Det finns dock en hel del problem med detta påstående.

1. En förbudstalan får inte sträcka sig utöver vad som innefattas i yrkandet.¹³⁸
2. Med största sannolikhet så kommer föremål som inte innefattas i talan att i praktiken bli drabbade av vitesförbudet om tjänsten i sin helhet tvingas stänga för att efterleva vitesförbudet.

Enligt min mening borde det för att ett vitesförbud skall kunna göras gällande finnas ett krav på ett orsakssammanhang till det direkta intrånget av den grad att den som medverkar har en möjlighet att stoppa det specifika peruderande intrånget som vitesförbudet är preciserat mot.

¹³⁶ Mål T 7540-09 och T 11712-09 Stockholms Tingsrätt.

¹³⁷ Mål T 7540-09 och T 11712-09 Stockholms Tingsrätt s. 11.

¹³⁸ Jmf. 2.3.4.1.

3.2.3 Andra gränser av intresse för de objektiva förutsättningarna

För att vidare driva frågan var gränsen går för ett objektivt medverkande redogörs kortfattat för ett något annorlunda förfarande. Något som torde anses ligga utanför det objektiva medverkandet är datortillverkare, tillverkare av programvara eller motsvarande. De torde inte kunna anses medverka ens rent objektivt förutsatt att det är en Dual-Use Technology med ett legalt användningsområde eftersom tillverkaren inte har någon kontroll över själva produkten och orsakssammanhanget på så vis bryts fullständigt. Däremot immateriella objekt såsom datavirus och annan programvara som framställts uteslutande i syfte att begå dataintrång eller andra typer av brott kan utgöra hjälpmedel vid brott enligt förberedelsebestämmelsen 23:2 § BrB.¹³⁹

Det kan låta väldigt långsökt och långtgående att en tillverkare kan anses medverka men i USA kom det upp till prövning. Ett något äldre men mycket känt fall från USA i ett mål angående medverkansansvar till upphovsrätts-intrång är The Betamax-case där en för USA viktig princip fastslogs. "The Sony safe harbor principle" vilken innebär:

*"...the sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial non-infringing uses."*¹⁴⁰

The Betamax-fallet är ett Amerikanskt rättsfall och är inte bindande för Sverige men det kan ändå ge en indikation på hur en tillverkare kan tänkas bedömas i ett förfarande vid medverkan enligt svensk rätt.

3.2.4 Skälig ersättning enligt 54 § 1 st. kräver inga subjektiva förutsättningar

Som ovan nämnts i 2.3.4.3 så kan det utgå en skälig ersättning för ett olovligt utnyttjande när utnyttjandet har skett i god tro i enlighet med 54 § 1st. URL. Generellt sett gäller detta även för en medverkare till utnyttjandet. Rent teoretiskt skulle detta kunna innebära att en medverkare, utan att några subjektiva förutsättningar är uppfyllda, skulle kunna hållas ersättningsskyldig för ett olovligt utnyttjande. Med andra ord kan det enligt upphovsrätten dömas ut ett skadestånd utan att den som åläggs att betala skadeståndet har förfarit ens oaktsamt.

Med tanke på medverkanskonstruktionen så torde det inte, i vart fall teoretiskt, finnas hinder mot att döma ut ersättning vid ett medverkande till

¹³⁹ Se vidare Ds 2005:6 s. 118 f.

¹⁴⁰ Se Sony safe harbor principle (Detta är en Amerikansk princip och inte gällande svensk rätt).

ett medverkande. Med tanke på avsaknaden av subjektiva rekvisit i lagtexten gällande den skäliga ersättningen i god tro torde bedömningen kunna grunda sig på ett liknande resonemang som ovan förts kring de objektiva förutsättningarna där vitesförbudet huvudsakligen är diskuterat.

Det finns dock två avgörande skillnader. Den ena skillnaden är den ansvarsfrihet som kan komma att gälla enligt e-handelslagen. Vid ett vitesförbud kan inte ansvarsfriheten komma ifråga men det kan den mycket väl göra vid en talan om skälig ersättning för utnyttjande enligt 54 § 1 st. Enligt min mening torde den Internetleverantör som endast objektivt anses medverka till ett intrång i de flesta fall åtnjuta ansvarsfrihet gällande ersättningskrav från 54 § 1 st. En andra skillnad är att den skäliga ersättningen enligt 54 § 1 st. är ett skadestånd och som en allmän förutsättning för skadestånd också i upphovsrättsliga mål gäller att det måste finnas en kausalitet mellan gärningen och skadan. Skadan måste alltså ha varit en påräknelig följd av handlandet och den måste också ha varit en adekvat följd av detta handlande.¹⁴¹ Då en Internetleverantör anses objektivt medverka till ett intrång innebär det inte per automatik att det finns en tillräcklig adekvat kausalitet för att en skälig ersättning skall komma ifråga. Enligt min mening torde kausalitetskedjan brista vid en leverans av infrastrukturell natur för att inte den skäliga ersättningen skall bli allt för långtgående.

Ett problem kan tänkas uppstå i en situation där inte ansvarsfriheten i e-handelslagen är tillämplig, till exempel en tjänsteleverantör som inte uppfyller kravet för ansvarsfrihet i e-handelslagen, såsom en ideell webbplats för fildelning. En webbplats utan vinstintresse och med ett legitimt syfte med funktioner där användaren har möjlighet att interagera är under rådande lagstiftning sittandes på en utsatt position. Framförallt om webbplatsen drivs framgångsrikt och antalet intrång blir omfattande. Kort sagt kan nämnas att varje aktör som inte omfattas av ansvarsfriheten i e-handelslagen riskerar att betala en ersättning som grundar sig i 54§ 1 st., om en adekvat kausalitetskedja kan visas, trots att de inte har förfarit oaktsamt och endast objektivt kan anses som medverkande.

Hur beräkningen av skäligt vederlag vid ett intrång i god tro går tillväga är dock inte föremål för utredning i detta arbete men det kan nämnas att ett sådant vederlag vanligtvis inte är av samma omfattning som om det skulle ske ett intrång av oaktsamhet.¹⁴²

3.2.5 Sammanfattning av de objektiva förutsättningarna

Om ett objektivt medverkande föreligger eller inte är ett komplext problem. Den springande punkten borde rimligtvis vara om medverkaren har ett

¹⁴¹ Upphovsrättslagstiftningen, en kommentar till 54§ 1 st.

¹⁴² För skäligt vederlag vid god tro se Levin, 2007, s. 535 samt

adekvat orsakssammanhang till det direkta intrånget. Med ett mycket svagt orsakssammanhang torde bedömningen vara sådan att det inte föreligger ett objektivet medverkansansvar.

När en webbplats med en tjänst som möjliggör för användare att begå direkta intrång torde detta i de flesta fall innebära ett objektivet medverkande från tjänsteleverantörens sida. Det finns ett tillräckligt adekvat orsakssammanhang till huvudintrånget.

Ett exempel när orsakssammanhanget förmodligen är mycket svagt är när en infrastrukturell tjänst anses utgöra en objektiv medverkan, till exempel en Internetleverantör som endast levererar en Internetuppkoppling. Om Internetleverantörens tjänst innebär "hosting" så stärks dock sambandet och ett objektivet medverkande ligger närmare till hands.

Ett exempel när det inte föreligger ett orsakssammanhang skulle kunna vara en programvara av Dual-Use Technology karaktär som har skapats av någon men sedan används av någon helt annan okänd i ett annat syfte, jämför försäljning av en produkt som är kapabel till kopiering. Orsakssammanhanget brister när skaparen av programvaran eller verktyget inte längre befattar sig med produkten.

Ett medverkande till medverkande till medverkande vid en objektiv bedömning är en realitet. Gränsdragningen torde ligga någonstans där den medverkande endast medverkar med en infrastrukturell tjänst eller att orsakssambandet brister på grund av att en kontroll över en dual-use technology upphör, till exempel ett medel för kopiering såsom en brännare eller en programvara.

För skäligt vederlag i god tro, med stöd av 54 § 1 st., blir med största sannolikhet den som medverkar till intrånget ansvarsfri med stöd av e-handelslagen. En utsatt situation är dock om e-handelslagen inte skulle vara tillämplig till exempel på grund av att en icke vinstdrivande webbplats inte faller in under definitionen i 2 § e-handelslagen. Att komma ihåg är dock att även om det inte finns subjektiva krav för en ersättning enligt 54 § 1 st. så krävs det fortfarande att det finns en adekvat kausalitet mellan handling och skada vilken enligt min mening brister då det är ett medverkande av infrastrukturell natur.

3.3 De subjektiva förutsättningarna

För att anses medverka till ett intrång vad avser skadestånd och straff så krävs att de handlingar som utgör ett främjande har subjektiv täckning med undantag av den skäliga ersättning som kan utgå intrång i god tro enligt 54 § 1 st. URL. Uppsåt eller grov oaktsamhet för det straffrättsliga och oaktsamhet för ett civilrättsligt skadestånd vilket redogjorts för ovan. De subjektiva rekvisiten skall vara uppfyllda både för själva främjandet, det vill

säga medverkansgärningen och för huvudbrottet. Vad som avses vara de främjande gärningarna rent objektivt framgår av ovanstående avsnitt 3.2.

Dagens upphovsrättsintrång på Internet där en medverkare figurerar kan grovt, utifrån ett perspektiv att utreda de subjektiva förutsättningarna, delas in i tre olika typer av situationer;

- När någon har upprättat en webbplats *med syfte att främja intrång* och där sedan intrång sker. *Efter uppmaning* från rättshavare *vidtas inga åtgärder* från webbplatsen för att intrånget skall upphöra.
- När någon har upprättat en webbplats *utan syfte att främja intrång*, men att intrång ändå sker och *efter uppmaning* av rättsinnehavare *vidtagas inga åtgärder* från webbplatsen för att hindra det pågående intrånget.
- När någon har upprättat en webbplats *utan syfte att främja intrång*, men att intrång ändå sker och *efter uppmaning* av rättsinnehavare *vidtas åtgärder* från webbplatsen för att intrånget skall upphöra.

Utifrån dessa situationer är utgångspunkten att först utröna vilket syfte som ligger bakom en viss webbplats. Därefter blir det aktuellt att utreda om personen som är ansvarig för webbplatsen får vetskap om intrånget men underlåter att vidtaga någon åtgärd för att förhindra intrånget.

Nedan sker en beskrivning av de subjektiva förutsättningarna för medverkansansvar med utgångspunkt i situationerna ovan och indelat under följande; syftet med webbplatsen eller verktyget, vetskap om intrång och underlåtenheten.

3.3.1 Syftet med webbplatsen eller verktyget

Vilket syfte som personerna har bakom webbplatsen och/eller verktyget har betydelse för den subjektiva täckningen. Nedan under avsnitten vetskap och underlåtelse diskuteras vidare vilket ansvar som tjänsteleverantören har att avvärja pågående intrång. Huvudfrågan i detta avsnitt är dock vilket syfte som webbplatsen har och den betydelse detta medför.

I NJA 1996 s. 79, den så kallade BBS-domen, fastslog HD att det skall krävas ett aktivt handlande från personen bakom värdsidan, när skyddat material läggs upp, för att straffrättsligt ansvar på grund av upphovsrättsintrång skall bli aktuellt. Själva syftet med tjänsten kan dock anses räcka för att täcka uppsåtet. I BBS-domen prövades dock inte medverkansansvaret av processtekniska skäl. Vad gäller medverkansansvaret är det inte lika höga krav på en aktiv handling som vid ett direkt intrång. Om det i fallet skulle ha prövats om ett medverkande var brottsligt skulle förmodligen utgången av domen ha blivit annorlunda. Uppsåtsresonemanget kan dock anses vara relevant vid bedömningen i andra fall.

I en analys av NJA 1996 s. 79 framhålls syftet med webbplatsen där det förmodas att för straffrättsligt ansvar krävs att tillgängliggörandet har skett uppsåtligt eller av grov oaktsamhet. Själva tillhandahållandet av en förmedlingstjänst torde dessutom vara tillräcklig grund för ansvar om syftet med den är att användas till att obehörigen sprida upphovsrättsligt skyddat material. När det däremot gäller förmedlingstjänster som har ett legitimt syfte, torde tillhandahållarens underlåtenhet att förhindra användarnas spridning av skyddat material inte kunna medföra straffansvar (jfr dock lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor).¹⁴³ En skillnad i förfarandet uppstår, som åskådliggjordes i de exempel på situationer som redogjordes för ovan, för ansvaret före och efter en underrättelse från rättsinnehavaren att föremålet innebär ett intrång. Trots ett legitimt syfte så torde ett ansvar i vissa fall kunna bli aktuellt.¹⁴⁴

I en dom från Svea hovrätt ansågs ett antal personer medverka till upphovsrättsintrång som skett med hjälp av deras BBS. Domstolen konstaterade att det inte rådde några tvivel om att den aktuella BBS:en inrättats för ett illegalt ändamål. Domstolen fann att de tilltalade genom att tillhandahålla tjänsten för användare på sätt som skett åtminstone på grund av grov oaktsamhet främjat den otillåtna kopieringen på sådant sätt att de skulle dömas för medhjälp till brott mot upphovsrättslagen.¹⁴⁵

Grokster-målet från Förenta staternas Högsta domstol är ett Amerikanskt rättsfall som fått uppmärksamhet. Fallet handlar om Groksters ansvar för tillhandahållande av programvara som möjliggjorde fildelning i ett nätverk. I domen framhålls att syftet med en tjänst som både kan användas för illegala och legala ändamål har spelat en avgörande roll.¹⁴⁶

*"The question is under what circumstances the distributor of a product capable of both lawful and unlawful use is liable for acts of copyright infringements by third parties using the product. We hold that the one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown clearly expression or other affirmative steps taken to foster infringements, is liable for the resulting acts of infringements by third parties"*¹⁴⁷

Syftet med tjänsten kan visas på många olika sätt; personernas egen utsago, webbplatsens utseende och funktion, policydokument, förhör, e-mail korrespondens samt andra dokument är några exempel. I The Pirate Bay domen användes de ansvarigas egna utsagor, deras e-mailkorrespondens samt publicerade mail för att visa på detta, eller i vart fall vetskapen om

¹⁴³ Lindberg, m fl., 2001, s. 137.

¹⁴⁴ Se nedan i avsnitten Vetskap om intrånget 3.3.2 och Underlåtenheten i 3.3.3.

¹⁴⁵ Svea hovrätt, dom 1998-09-29, DB 101, mål nr B 318/97. "elite databasen" Domen diskuteras i både Lindberg m fl. s. 139 och Bengtsson m fl., s. 81.

¹⁴⁶ Metro-Goldwyn-Mayer Studios INC. Et al., Petitioners v. Grokster, Ltd.

¹⁴⁷ Fallet är även kommenterat i Olsson, 2006 s. 319.

intrången.¹⁴⁸ Vidare kan, enligt min mening, tjänstens uppbyggnad med sökfunktioner som endast är riktade mot intrångsverksamhet vara av betydelse. Existensen utav sökhjälp och kategoriseringar som tjänsteleverantören har genomfört på webbplatsen för att underlätta för användaren att hitta specifika verk, till exempel vissa spelkonsoler som det uppenbart inte finns någon shareware, freeware eller verk där skyddstiden löpt ut, torde kunna tolkas som att den delen av verksamheten har ett illegalt ändamål. Det lagliga användningsområdet för en sådan kategorisering är obefintligt. Det bör anses vara mycket svårt att lagligt saluföra något om varan inte finns i laglig form.¹⁴⁹

Policydokument, förhållningsregler för användaren samt annan information som finns tillgänglig på en hemsida kan även dessa visa det icke uttalade syftet. Som illustration sker en orienterande jämförelse mellan några interaktiva webbsidors policydokument.

- Facebook tar tydligt avstånd från upphovsrättsbrott. För att ha tillgång till tjänsten skall tjänstemottagaren godkänna de villkor som facebook.com ställer, vilka innebär att intrång i rättigheter inte skall förekomma.¹⁵⁰
- Youtube tar tydligt ansvar och har systematiserat åtgärder mot upphovsrättskränkningen.¹⁵¹
- The Pirate Bay försöker avskrivna sig från ansvar med att ange att det är användarens eget ansvar. I övrigt kan rättighetshavare som kontaktar The Pirate Bay med invändningar räkna med att hängas ut offentligt.¹⁵²

Vilka slutsatser som ovan exempel visar på kan kräva ytterligare tankemöda. The Pirate Bays inställning till piratkopiering och rättssinnehavare kan i vart fall tyckas något tvivelaktig utifrån en argumentering kring webbplatsens syfte. Rimligtvis finns inget krav på att friskrivningar eller att förhållningsregler skall finnas tillgängliga på en webbplats eftersom dessa tjänster, i de flesta fall, är av typen Dual-Use Technologies. Det som är av betydelse enligt min mening, beträffande dessa tjänster, är vad som bedöms vara ett illegalt användningsområde. Se till exempel nedanstående avsnitt 3.2.1 angående sökfunktioner.

En bedömning av vilket syfte som ansvarig till webbplatsen har får också en större betydelse om intrånget är peruderande eller inte. Om olovlig exemplarframställning har bedrivits så torde brottet vara avslutat varför en underlåtenhet inte kan bli aktuell. Syftet med webbplatsen blir viktigare eftersom talan inte kan grunda sig på en underlåtenhet. Om webbplatsen har

¹⁴⁸ The Pirate Bay domen s. 69.

¹⁴⁹ Jmf. ovanstående i 3.2.2.

¹⁵⁰ www.facebook.com/terms.php?ref=pf

¹⁵¹ www.youtube.com/t/dmca_policy

¹⁵² thepiratebay.org

ett icke legitimt syfte täcks främjandet subjektivt även för de icke peruderande brotten.¹⁵³

3.3.2 Vetskap om intrånget

Om det förekommer ett intrång på tjänsteleverantörens hemsida så har ovan nämnts att de objektiva förutsättningarna förmodligen anses vara uppfyllda. Om sedan tjänsteleverantören har vetskap om det specifika intrånget, oavsett webbplatsens syfte, men vägrar att vidtaga åtgärder mot det torde en underlåtelse kunna bli aktuell. Vetskapen kan i sådana fall ha en avgörande betydelse. Det kan också tänkas att tjänsteleverantören inte har vetskap om det specifika intrånget men ändå har vetskap om att det förekommer intrång på dennes tjänst mer allmänt. I *The Pirate Bay* domen hade de tilltalade inte kännedom om varje specifikt intrång men det ansågs vara tillräckligt att de tilltalade haft kännedom om att det förekommit upphovsrättsligt skyddat material på webbplatsen.¹⁵⁴ Om uppsåtsrekvisitet är uppfyllt vid det senare fallet är tveksamt eftersom vetskap om intrånget är ett krav. Grov oaktsamhet torde däremot kunna bli aktuellt på grund av det lägre kravet på kännedom.

I ett Amerikanskt rättsfall, förvisso inte bindande för Sverige, tillhandahöll tjänsteleverantören Napster ett verktyg för att tjänstemottagare emellan kunde överföra filer, filer som i stor utsträckning innehåll verk med upphovsrättsskydd. Napster själva genomförde inget direkt intrång utan blev stämda för medverkan till upphovsrättsintrång. Domstolen kom fram till att om en tjänsteleverantör blir varse om specifikt intrångsgörande material och underlåter eller av någon anledning inte vidtager åtgärder för att förhindra intrånget så anses denne vara medveten om intrånget och medverkar således till det.¹⁵⁵

Ett annat Amerikanskt rättsfall där vetskapen blev avgörande är *Sega Enterprises Inc. v. MAPHIA*. Tjänsteleverantören MAPHIA innehade en BBS där användare tilläts ladda upp och ner videospel. MAPHIA blev ansvarig för medverkande eftersom de haft vetskap och uppmanat användarna till ”kopiering”. MAPHIA hade även tillhandahållit verktyg så att användaren lätt kunde navigera och finna de spel som de sökte.¹⁵⁶

Att informationen passerar, lagras och förnyas på serverna i automation torde påverka bedömningen om vetskap eftersom det inte kräver en medveten aktiv handling av tjänsteleverantören för att informationen skall passera, lagras eller förnyas. Enligt min mening torde det rimligtvis ställas ett lägre krav på tjänsteleverantören om denne måste vidtaga handlingar, med icke rutinartad karaktär, för att få vetskap om att det har skett intrång.

¹⁵³ Se vidare 3.3.3.

¹⁵⁴ Ur Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 ”The pirate Bay fallet” s. 69 (Se vidare NJA 2007 s. 929 vid bedömningen av uppsåtstäckningen.).

¹⁵⁵ *A&M Records Inc. v. Napster Inc.*, 239 F. 3d 1004 (9th. Cir. 2001).

¹⁵⁶ *Sega Enterprises Inc. v. MAPHIA*. 948 F.Supp 923 (N.D. Cal. 1996).

Om medverkan är av en teknisk karaktär och svår att överblicka och reagera på torde detta spela en roll i bedömningen av de subjektiva förutsättningarna för ansvaret.¹⁵⁷ Mer allmänt så uppställs ett visst krav på uppsikt över sin tjänst i lagen om elektroniska anslagstavlor.¹⁵⁸ Dock så finns det inget krav på att kontrollera varje enskilt föremål eller ännu mindre olagligheten. Det kan nämnas att om tjänsteleverantören av webbplatsen själv sorterar de uppladdade verken till olika kategorier på en webbplats så bedömdes det i en dom i Göta hovrätt vara en handling av sådan aktiv karaktär att det ledde till straffansvar.¹⁵⁹ Den tekniska automation som annars skulle kunna förklara att tjänsteleverantören är ovetande om att det finns verk som kränker någons rättighet blir inte aktuellt vid ett förfarande där tjänsteleverantören själv har sorterat verken.

Det Amerikanska rättsfallet IO Group Inc. vs. Veoh Networks Inc., förvisso inte bindande för Sverige, belyser ett liknande problem rörande automation. När ett verk laddats upp på tjänsteleverantörens webbplats så konverterades formatet av filen till ett flashformat som sedan lades upp på webbplatsen. IO Group Inc. menade att förfarandet innebar att Veoh Networks Inc. skulle ses som ansvariga för ett direkt intrång. Förändringen av materialet var dock helt automatiserad och Veoh Networks Inc. ansågs därför inte ansvarig för ett direkt intrång.¹⁶⁰ Om nu denna konvertering hade skett manuellt hade förmodligen utgången enligt svensk rätt blivit annorlunda. Oavsett teknisk automation eller inte så torde det även enligt svensk rätt kunna innebära att innehavaren av webbplatsen medverkade till intrånget.

Vidare torde dock både omfattningen och andelen av illegal verksamhet inverka på huruvida en tjänsteleverantören har vetskap om intrånget eller inte. En så pass omfattande verksamhet som sker på vissa av de större webbplatserna borde intrången inte gå att undgå. Omfattningen av intrången tillmättes av allt att döma viss betydelse i The Pirate Bay-domen där *"torrentfilerna på webbplatsen i betydande utsträckning hänvisade till upphovsrättsligt skyddat material."*¹⁶¹ Påståendet kategoriseras i The Pirate Bay domen under "övriga påståenden i åtalet för medhjälp till brott mot upphovsrättslagen".

För att bevisa uppsåt eller grov oaktsamhet är det vanligt förekommande inom immaterialrätten att skicka varningsbrev för att upplysa motparten om intrånget. Varningsbrevets syfte är för att senare i domstol kunna bevisa de subjektiva rekvisiten.¹⁶² En underrättelse om intrång var också fallet i The

¹⁵⁷ The Pirate Bay – En analys av Jan Rosén
www.pointlex.se/ludwig.lub.lu.se/pub/standard.asp?art_id=189022&iM=1&markera=intr%E5ng:i:upphovsr%E4tt

¹⁵⁸ Se avsnitt 4.1.

¹⁵⁹ Göta hovrätt, dom 1998-04-29, B 1924/95. Domen diskuteras i både Lindberg m fl. 2001, s. 137 och Bengtsson, m fl., 2006, s. 81.

¹⁶⁰ IO Group Inc. vs. Veoh Networks Inc., In the United States District Court for the northern district of California., No. C06-03926 HLR.

¹⁶¹ Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 (The pirate Bay) s. 71.

¹⁶² Bengtsson, m fl., 2006. s. 72.

Pirate Bay domen där deras vetskap bevisades framförallt genom publicerad e-mail korrespondens.

*“genom förhören med de tilltalade samt de brev från rättighetshavarna som funnits publicerade på webbplatsen The Pirate Bay samt e-mailkorrespondens som talar om att verksamheten innebar piratkopiering, uppenbart att de tilltalade haft kännedom om att upphovsrättsligt skyddade alster fanns att tillgå via webbplatsen samt delades via den tracker som fanns inom ramen för The Pirate Bays verksamhet.”*¹⁶³

3.3.3 Underlåtenheten

För att en underlåtenhet skall bli aktuell så krävs det först och främst att det skett ett främjande i objektiv mening. Vidare så förutsätts vetskap om intrånget. I The Pirate Bay domen blev underlåtenheten avgörande. Trots kännedom om att deras webbplats användes för tillgängliggörande av skyddat material så underlät de att göra något åt detta.¹⁶⁴

Om syftet med webbplatsen är legitimt och det samtidigt finns kännedom om att det sker intrång på webbplatsen och att tjänsteleverantören underlåter att förhindra det så har det i en tolkning av BBS-domen uttalats att straffansvar inte torde kunna utdömas.¹⁶⁵ Tolkningen låter rimlig eftersom det inte finns något direkt krav på att en webbplats skall bedriva en såpass noggrann kontroll av det material som användaren bidrar med. Se ovan om Lagen om elektroniska anslagstavlor. Annorlunda torde bedömningen bli om ansvarig till webbplatsen blir direkt underrättad om ett specifikt intrång men inte vidtar någon åtgärd.

En kategorisering av underlåtenheten kan delas in i två; den första där ansvarig för webbplatsen torde ha kännedom om intrång utan underrättelse från rättsinnehavare och den andra där underrättelse till ansvarig för webbplatsen har skett.

Skillnaden mellan dessa två olika typer av fall är att det sker en gränsdragning av det kriminaliserade området som stödjer sig på en underlåtenhet. Å ena sidan en tjänst med ett okänt syfte, *icke bevisad vetskap om intrång* och inga åtgärder vidtagna mot intrång. Å andra sidan en tjänst med okänt syfte, *bevisad vetskap om intrång* och inga åtgärder vidtagna mot intrång. I det första fallet kommer det förmodligen vara svårt att visa på straffbara handlingar som grundar sig på underlåtenhet medan i det sistnämnda fallet så finns möjligheten eftersom vetskapen är bevisad. En tjänsteleverantör som bedriver en legitim webbplats skulle följaktligen, för att anses medverka till ett intrång, behöva bli underrättad om intrånget innan det överhuvudtaget skulle kunna bli tal om en underlåtenhet.

¹⁶³ Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 (The pirate Bay) s. 69.

¹⁶⁴ Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 (The pirate Bay) s. 69.

¹⁶⁵ Lindberg, m fl., 2001, s. 137.

För ett avslutat brott kan dock inte medverkansansvar göras gällande genom underlåtenhet. En skillnad finns här mellan peruderande brott såsom en överföring till allmänheten och de som inte är peruderande till exempel olovlig exemplarframställning.¹⁶⁶ Av konstruktion i 2 § 3 st. 1p. URL att döma är det rimligt att en överföring till allmänheten är peruderande eftersom en "on demand" situation innebär att intrånget pågår över tiden. Vilka brott som anses vara peruderande är dock något diffust. Skolboksexemplet är olaga frihetsberövande men i övrigt råder viss osäkerhet. Huruvida ett olovligt tillgängliggörande av immaterialrättsligt skyddade prestationer på Internet gällande brottets pågående och dess avslutande tycks sakna stöd i praxis. Jämför en tidning som naturligtvis kan läsas även efter att tillgängliggörandet anses avslutat.¹⁶⁷

Ett exempel när ett brott ansågs avslutat är NJA 2007 s. 805. I domen prövades om en person gjort sig skyldig till medhjälp till hets mot folkgrupp genom att han administrerat en elektronisk anslagstavla med beteckningen SODOMI och underlåtit att ta bort ett från en annan person skrivet meddelande, som var kränkande för homosexuella som grupp på ett sätt som utgjorde hets mot folkgrupp. HD fann att administratören inte kunde dömas till hets mot folkgrupp eftersom den underlåtenheten som låg honom till last låg i tiden efter handlandet, och att hets mot folkgrupp inte är ett så kallat peruderande brott.

3.3.4 Eventuellt-, likgiltighets- och insiktsuppsåt

När uppsåt skall visas vid typen av intrång som diskuteras i arbetet ligger ett insikts eller likgiltighetsuppsåt nära till hands. Eftersom en olovlig exemplarframställning inte torde kunna tolkas som ett peruderande intrång och att den intrångsgörande handlingen består av ett tillhandahållande av en tjänst där den ansvarige troligtvis inte har fullständig vetskap om de specifika intrångsföremålen så förefaller det naturligt att argumentera kring ett eventuellt-, likgiltighets- eller insiktsuppsåt.

I det eventuella uppsåtet blir ett hypotetiskt prov avgörande för om eventuellt uppsåt föreligger. Ett så kallat hypotetiskt eventuellt uppsåt i förhållande till effekten föreligger, när gärningsmannen insett att effekten varit möjlig och domstolen vid det hypotetiska provet slår fast att han skulle ha handlat som han gjorde även om han hade vetat om att effekten skulle inträffa. Ovanligt är det så kallade faktiska eventuella uppsåtet, som saknar hypotetiskt prov. Bedömningen grundar sig istället på gärningsmannens faktiska ställningstagande vid gärningstillfället, att han utför gärningen även om effekten med säkerhet inträffar. Det hypotetiska eventuella uppsåtet har utsatts för omfattande kritik. Genom det hypotetiska provet grundas

¹⁶⁶Givetvis kan personen bakom webbplatsen bli medverkansansvarig för olovlig exemplar framställning men inte genom underlåtenhet.

¹⁶⁷ Lindberg, m fl., 2001, s. 137.

uppsåtsbedömningen inte på den faktiska situationen, utan på ett hypotetiskt antagande om hur gärningsmannen skulle ha handlat om förutsättningarna varit annorlunda än de faktiskt var. Under en lång period har det så kallade hypotetiska eventuella uppsåtet tillämpats i praxis. Så småningom har det kommit domar i vilka det hypotetiska provet formulerats med hjälp av ett likgiltighetsuppsåt, medan man i andra fall har formulerat ett mer självständigt likgiltighetsuppsåt. Se NJA 1975 s. 594, 1985 s. 757, 1990 s. 210, 1995 s. 448, 1996 s. 93 och 1996 s. 509. Asp i SvJT 2001 s. 906.¹⁶⁸

I URL är det dock tillräckligt med en grov oaktsamhet för att straff eller skadestånd skall kunna bli gällande. Att medvetet sätta sig i okunskap är således inte lika effektivt. När en tjänsteleverantör tillhandahåller en tjänst och anses medverka till ett intrång kan dock en ansvarsfrihet bli aktuellt enl. e-handelslagen. Enligt 19 § i nämnd lag råder en ansvarsfrihet för brott om inte uppsåt är visat varför det i vissa lägen kan vara användbart att argumentera för ett likgiltighetsuppsåt eller motsvarande.

I The Pirate Bay domen nämns att de tilltalade i vart fall varit likgiltiga till att det funnits ”BitTorrents” till upphovsrättskyddat material. Domstolen utvecklar dock inte sitt påstående.¹⁶⁹

3.3.5 Oaktsamhetskravet

För att skadestånd i en civilrättslig process skall bli aktuellt enligt 54 § URL så krävs att det subjektiva rekvisitet oaktsamhet är uppfyllt till skillnad från den brottsliga gärningen där det krävs uppsåt eller grov oaktsamhet. Se även e-handelslagens 19 § där det vid vissa förutsättningar krävs att uppsåt är uppfyllt.

Rimligt är att den som kan anses uppsåtligen eller av grov oaktsamhet främjat ett intrång torde också anses ha förfarit oaktsamt. Varför ovan resonemang angående de subjektiva förutsättningarna vid brott ha relevans.

”Det följer av vad tingsrätten inledningsvis anført om att de tilltalade uppsåtligen gjort sig skyldiga till brott att de därmed handlat också av vårdslöshet och att deras medverkan innebär skyldighet att betala ersättning.”¹⁷⁰

Om inte uppsåt eller grov oaktsamhet är aktuellt så kan givetvis en oaktsamhet fortfarande ligga för handen. Som tidigare nämndes så avgörs oaktsamheten bland annat med en undersökningsplikt eller ett aktsamhetskrav. Omfattningen av undersökningsplikten/aktsamhetskravet

¹⁶⁸ Lena Holqvist, Madeleine Leijonhufvud, Per Ole Träskman, Suzanne Wennberg, Brottsbalken en kommentar del 1 (1-12 kap.) Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m. 2009, Författarna och Norstedts juridik, Vällingby, 2009. s. 1:12ff.

¹⁶⁹ Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 (The pirate Bay) s. 76.

¹⁷⁰ Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06 (The pirate Bay).

avgörs med hänsyn till rådande bruk och omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷¹

Vad gällande undersökningsplikten och aktsamhetskravet så finns det anledning att iaktta en särskild vaksamhet. Det finns många faktorer som kan påverka att dessa träder in. Ett exempel är ”tunikamålet” där det gjordes vissa uttalanden om aktsamhetskravet.¹⁷² Det kan till exempel vara skillnad på om den som handlar med upphovsrättsliga alster köper dem direkt från designern eller från en välkänd grossist jämfört mot om det skyddade alstret kommer ifrån någon som kan misstänkas inte vara främmande för efterbildningsverksamhet eller dylikt.¹⁷³

Vad som gäller för en tjänsteleverantör som har lämnat ”fältet fritt” för användaren att ladda upp material torde tjänsteleverantören behöva iaktta en viss försiktighet.¹⁷⁴ Det är högst troligt att det inte är någon rättighetshavare som fritt tillgängliggör sitt eget kända kommersialiserade verk. Självklart kan det finnas vissa icke kommersialiserade verk eller enskilda rättighetshavare som vill ”synas” men vad gäller välkända verk med distributörer är det knappast troligt att de lägger upp sina alster på en ”fildelningssite”.¹⁷⁵

Enligt dataspelsbranschen (hösten 2009) så skall man alltid utgå från att rättighetshavaren till datorspel inte har gett sitt tillstånd till att deras datorspel sprids kostnadsfritt via fildelningsnätverk som till exempel Direct Connect eller FTP-servrar etc.¹⁷⁶ Det bör dock nämnas att utvecklingen och tillhandahållandet av spel och film där det upphovsrättsliga alstret är gratis och andra sätt att få intäkter för sin tjänst, till exempel med olika avgifter eller en reklamfinansiering, är växande.¹⁷⁷

Tjänsteleverantören av webbplatsen gör dock inte någon beställning utav verk som läggs upp varför det finns en viss skillnad mot det fall som togs upp som exempel ovan. Rimligt är dock att den som bedriver en fildelningssite bör vara medveten om att när välkända kommersialiserade titlar dyker upp så bör det ifrågasättas om det inte är ”oaktsamt” att tro det skulle vara rättighetshavaren som lagt upp materialet.

Hur stor del av en verksamhet som används till intrång, vilket diskuterades ovan, torde även ha betydelse för oaktsamheten eftersom fler intrång och i större skala gör det mer uppenbart för tjänsteleverantören att intrång ligger för handen vilket leder till att oaktsamheten kommer närmare och de subjektiva rekvisitet för skadestånd uppfylls.

¹⁷¹ Bengtsson, 2006, s. 79.

¹⁷² NJA 1995 s. 164.

¹⁷³ Lindberg, m fl., 2001, s. 314.

¹⁷⁴ Jmf. Det undersökningskrav som finns i Lagen om elektroniska anslagstavlor.

¹⁷⁵ Se 2.2.3.

¹⁷⁶ <http://www.dataspelsbranschen.se/upphovsraett.aspx> (påståendet gick att finna på <http://www.dataspelsbranschen.se/copyright.aspx> men sidan sidan har uppdaterats och påståendet är borttaget. jmf. länkar ovan).

¹⁷⁷ Se 2.2.3.

Även om det inte finns något krav på kontroll av varje enskilt föremål på en webbplats varifrån fildelning äger rum kan det tänkas att de krav som ställs upp i lagen om elektroniska anslagstavlor kan ses som någon form utav riktlinje för att inte oaktsamhet skall vara för handen.

Vilket aktsamhetskrav eller undersökningsplikt som åligger en tjänsteleverantör som bedriver en webbplats för fildelning torde med utgångspunkt i vad som beskrivits ovan bli ganska omfattande, rättsläget är dock oklart.

3.3.6 Internetleverantören – straffbarhet och skadeståndsskyldighet

Hitintills i arbetet har det inte i nämnvärd omfattning talats om ett skadeståndsanspråk eller åtal mot en Internetleverantör som levererar en Internetuppkoppling. Detta beror på att en sådan talan förmodligen har dåliga utsikter till framgång. Givetvis kan ett sådant ansvar bli gällande om förhållandena är de rätta. Om det kan visas att det rent objektivt föreligger ett främjande, vilket inte är särskilt plausibelt, måste det även ske en argumentation kring de subjektiva rekvisiten för ett avlägset medverkande till ett medverkande.

Straffrättsligt krävs att det förs en argumentering kring uppsåtet vilket torde vara svårt att visa. Om endast grov oaktsamhet kan visas kan 18 § i e-handelslagen bli aktuell på grund av uppsåtskravet för en straffrättslig påföljd, vilket leder till att en ansvarsfrihet enligt e-handelslagen träder in.

För ett civilrättsligt skadestånd krävs en argumentering kring oaktsamhet eller att det skett ett intrång i god tro med stöd av 54 § 1 st. URL. Med tanke på att det inte ställs upp någon undersökningsplikt/aktsamhetskrav för Internetleverantörer är det enligt min mening mycket svårt att visa på en oaktsamhet. För ett ersättningskrav med stöd av 54 § krävs också att det föreligger en adekvat kausalitet mellan den skadegörande handlingen och skadan vilket också kan vara svårt att visa. Det torde även i de flesta fall vara så att Internetleverantören omfattas av ansvarsfriheten i e-handelslagen. Om det skett en medverkan i god tro så borde rimligen ansvarsfriheten enligt e-handelslagen definitivt träda in eftersom ansvarsfriheten är utformad att skydda de som medverkar i god tro.

Om situationen skulle vara sådan att det sker ett omfattande samarbete mellan Internetleverantör och tjänsteleverantören för webbplatsen eller att det är samma fysiska personer som står bakom båda dessa tjänster kan det tänkas att en argumentering enligt föregående stycke kunna leda till framgång. Hitintills har ett åtal eller en skadeståndstalan mot en Internetleverantör, mig veterligen, aldrig prövats i svensk domstol.

Avseende Internetleverantörer eller tjänsteleverantörer som upplåter serverkapacitet, det vill säga Internet hosting service, så är förmodligen möjligheterna för en straffrättslig eller civilrättslig sanktion även här mycket små. En argumentation för att ett objektivt främjande föreligger kan förmodligen föras med viss framgång men avseende de subjektiva rekvisiten kvarstår dock samma problem som vid en infrastrukturell tjänst eftersom undersökningsplikten/aktsamhetskravet förmodligen blir svår att visa vid ett medverkande till medverkande till medverkande. Det förefaller också vara mycket troligt att ansvarsfriheten enligt e-handelslagen träder in. Avseende en ersättning vid ett medverkan till ett intrång i god tro är det högst troligt att, i likhet med den infrastrukturella tjänsten, en ansvarsfrihet träder in.

3.3.7 Sammanfattning av de subjektiva förutsättningarna

Om syftet med en webbplats är ett tillgängliggörande av upphovsrättskyddat material torde de subjektiva förutsättningarna vara uppfyllda för ett medverkande till intrång.

Om syftet är illegalt och de ansvariga för webbplatsen har vetskap om intrång stärks de subjektiva förutsättningarna ytterligare. Om däremot webbplatsens syfte är legitimt blir det svårt att argumentera för att de subjektiva förutsättningarna är uppfyllda eftersom det inte finns direkta krav på att tjänsteleverantören skall kontrollera eventuellt intrångsörande föremål.

Om vetskap kan visas genom varningsbrev eller annan bevisning torde en underlåtenhet kunna komma att bli aktuell, oavsett illegalt eller legitimt syfte, om inte tjänsteleverantören vidtar åtgärder för att förhindra intrånget.

4 Analys

4.1 Syfte och frågor en rekapitulering

Arbetets syfte är att utreda vilket medverkansansvar, både gällande det straffrättsliga- och ersättningsberättigade området, som tjänsteleverantörer har för upphovsrättsliga intrång som sker via dennes tjänster.

De frågeställningar som avhandlats är begränsade till:

- I vilken utsträckning har en tjänsteleverantör medverkansansvar för upphovsrättsliga intrång som sker via dennes *webbplats*?
- I vilken utsträckning har Internetleverantörer ansvar för upphovsrättsliga intrång som sker via en webbplats till vilken Internetleverantören levererar tjänster?

4.2 Tjänsteleverantörens medverkansansvar vid intrång via dennes webbplats

Medverkansansvaret i svensk rätt är långtgående. Hypotesen är att den som driver en webbplats har medverkansansvar om det finns intrångsgörande föremål tillgängliga via webbplatsen och den ansvarige för webbplatsen är medveten om detta och inga åtgärder genomförs för att motverka intrånget.

Vid en bedömning av medverkansansvaret gäller de förutsättningar som stadgas i BrB 23 kapitlet om medverkansansvar och URL 53 § beträffande straffsanktion, 53b § avseende vitesförbudet och 57 § gällande de närstående rättigheterna. I analysen har jag valt fyra viktiga utgångspunkter som används vid en bedömning av tjänsteleverantörens och Internetleverantörens medverkansansvar. Dessa utgångspunkter är de medverkande handlingarna, syftet med webbplatsen, vetskapen om intrånget och underlåtenheten att vidtaga en åtgärd mot ett intrång.

De medverkande handlingarna – de handlingar som kan anses vara främjande i objektiv mening till upphovsrättsliga intrång via webbplatser kan omfatta väldigt många olika typer av grundläggande handlingar vid drivandet av en webbplats. I princip kan funktioner som ger en tjänstemottagare möjlighet att lägga upp information på en webbplats innefattas i begreppet. Att det sker ett intrång på en webbplats, även om den främjande handlingen från medverkaren är ringa, så kan en förbudstalan bli framgångsrik. Rimligt är att det mer eller mindre räcker med att vara

innehavare av en webbplats där intrånget sker för att anses som medverkare i objektiv bemärkelse.

Ofta är de främjande handlingarna av Dual-Use Technology karaktär, det vill säga att det finns både lagliga och olagliga användningsområden utav handlingen. En funktion som inte har någon laglig användning och tillhandahålls av en tjänsteleverantör torde innebära att syftet med delar av webbplatsen är illegalt och att uppsåt eller grov oaktsamhet ligger för handen, jämför ett datavirus, vilket uttryckligen klassificeras som ett hjälpmedel till brott.¹⁷⁸ Ett exempel på när ett lagligt användningsområde saknas är om tekniken eller tjänsten endast kan användas illegalt. Detta kan vara en sökfunktion där en kategorisering direkt innebär ett olagligt användningsområde, såsom en kategorisering av Spelkonsolen Nintendo Wii's rättigheter där det saknas verk som distribueras utan en licens av Nintendo. Jämför en auktions- eller försäljningstjänst på Internet där "stulet gods" skulle finnas kategoriserat.¹⁷⁹ En funktion i en tjänst som har ett illegalt användningsområde torde innebära att webbplatsen har ett illegalt syfte och kunna bedömas som en medverkande handling även om tjänsten i övrigt är av en dual-use technology karaktär.

Hur stor del av de handlingar i verksamheten som innebär ett intrång torde kunna ha en betydelse för den objektiva bedömningen. Rent objektivt så är det rimligt att orsakssammanhanget mellan en viss tjänst på en webbplats och intrånget är större om det genom tjänsten till uteslutande del sker intrång jämfört med om endast en mycket liten del av tjänsten leder till intrång.

Huruvida den främjande handlingen till intrånget är av automatiserad karaktär eller inte torde också kunna tillmätas en betydelse. Om ett medverkansförfarande sker per automatik är det tänkbart att detta ges en mildrande betydelse med tanke på den automatiserade processens natur. Orsakssammanhanget mellan en främjande handling och intrånget torde bli mindre om det är en automatiserad process. Att tjänsteleverantören vidtager aktiva handlingar som ett manuellt sorterande av verk för tillgängliggörande torde däremot innebära en mer definitiv främjande handling vilket illustreras bland annat i domen från Göta hovrätt.¹⁸⁰

Sammanfattningsvis angående de främjande handlingarna så kan sägas att dessa kan omfatta mycket av det normala bruk som sker på webbplatser. Att vara innehavare av en webbplats är bara det förmodligen tillräckligt för att anses som medverkare i objektiv bemärkelse. Den främjande handlingens lagliga eller olagliga användningsområde, om den är automatiserad eller inte och hur stor andel utav verksamheten som är illegal torde också kunna tillmätas betydelse.

¹⁷⁸ Se 3.2.3.

¹⁷⁹ Se 3.2.1.

¹⁸⁰ se 3.3.2.

Syftet med webbplatsen – kan det visas att syftet med tjänsten är att intrång skall begås torde straffansvar och skadestånd kunna bli gällande. Är syftet oklart eller att syftet är legitimt måste ytterligare bedömningar om vetskap och eventuell underlåtenheten genomföras. Syftet kan visas genom olika sätt bland annat på handlingens karaktär, policydokument på webbplatsen, korrespondens med mera. Det som nämndes under de främjande handlingarna såsom kategoriseringar i sökfunktionerna med mera kan också visa på vilket som är syftet med tjänsten.

Vetskap om intrång – har tjänsteleverantören vetskap om att det sker intrång på webbplatsen kan det innebära en underlåtenhet att inte motverka intrånget. Frågor som väcks är när det kan anses att en tjänsteleverantör har vetskap om intrånget. Ofta är stora delar av webbplatser automatiserade och det finns inget krav på en total kontroll av allt material som förekommer och ännu mindre om materialet är olagligt. Dock så krävs, med stöd av lagen om elektroniska anslagstavlor med mera, en viss uppsikt över sin webbplats¹⁸¹

Det är även tänkbart att en tjänsteleverantör skulle kunna med vilje sätta sig i ovetskap om de rätta förhållanden. Då någon med vilje sätter sig i ovetskap kan det innebära svårigheter att visa på uppsåt eftersom det enligt praxis anses att detta inte är tillräckligt. Dock så kan ett sådant främjande då någon satt sig i okunskap kunna bedömas vara av grov oaktsamhet.¹⁸² Om det skulle vara så att en tjänsteleverantör med vilje har satt sig i ovetskap är det dock tänkbart att ett insikts- eller ett likgiltighetsuppsåt kan bli aktuellt.¹⁸³

Rimligt är att den som anses ha förfarit med uppsåt eller grov oaktsamhet också anses ha varit vårdslös. Vid en bedömning av oaktsamheten så kan det resoneras kring en undersökningsplikt/aktsamhetskrav motsvarande det resonemang som fördes i "Tunikamålet". Undersökningsplikten avgörs med hänsyn till rådande bruk och omständigheter i det enskilda fallet. Vad som är rådande bruk och vilka omständigheter som tillmäts betydelse är dock oklart. Ett motsvarande krav på att upprätta en "klagomur", i likhet med vad som ställs upp i lagen om elektroniska anslagstavlor då verksamheten är omfattande, torde vara ett rimligt krav att ställa, i vart fall en riktlinje, för att inte anses förfara oaktsamt när det sker intrång på en webbplats.¹⁸⁴

Kännedomen om intrånget kan visas på många olika sätt, det mest effektiva är ett varningsbrev eller en enkel underrättelse till tjänsteleverantören i syfte att denna får vetskap om det som sker.¹⁸⁵ Det relevanta torde dock vara om det existerar en kännedom eller inte och att denna kännedom kan visas.

Underlåtenhet – av betydelse för underlåtenheten är om syftet med tjänsten är illegalt eller inte. Om tjänsten drivs med ett illegalt syfte kan ett omedelbart ansvar bli aktuellt och underlåtenheten bli mer som ett uppfång.

¹⁸¹ Se 2.4.

¹⁸² Se 2.3.4.2.

¹⁸³ Se 3.3.4.

¹⁸⁴ Se 3.3.5

¹⁸⁵ Se 3.3.2.

Om tjänsten drivs med lagligt syfte torde krävas att tjänsteleverantören har fått vetskap om ett specifikt intrång och inte motverkar detta efter uppmaning från rättighetshavaren.¹⁸⁶ Vidare är det ett krav på att intrånget anses vara peruderande för att en underlåtenhet skall kunna bli aktuell vilket torde vara fallet vid en överföring till allmänheten men inte vid en exemplarframställning.¹⁸⁷

Den ansvarsfrihet som stadgas i lagen om elektronisk handel m.m. kan bli aktuell och viktig för vissa tjänsteleverantörer. Lagen ger framförallt ett visst skydd för tjänsteleverantörer där ett omedelbart uppsåt inte är för handen. Ansvarsfriheten blir med andra ord betydelsefull för de tjänsteleverantörer med webbplatser vars syfte inte är att begå intrång.¹⁸⁸ Ansvarsfriheten torde även spela en avgörande roll för hur 54 § 1 st. URL angående skälig ersättning i god tro kan användas aggressivt av en rättighetssinnehavare. Jag kan skönja ett problem med stadgandet i 54 § 1 st. URL gällande medverkare eftersom det inte finns något krav på subjektiva förutsättningar. Ansvarsfriheten blir i dessa situationer betydelsefull.

Avseende 54 § 1 st. sitter ideella webbplatser på en utsatt situation eftersom dessa inte faller in under definitionen för vad som krävs för att en tjänsteleverantör skall kunna åtnjuta en ansvarsfrihet vid en bedömning om ett medverkande. En helhetsbedömning av de objektiva handlingarnas orsakssammanhang med intrånget blir här av stor vikt. Det är bland annat när det skall göras en bedömning om en adekvat kausalitet vid en talan om intrång i god tro enligt 54 § 1 st. som till exempel handlingens automation med mera kan bli avgörande.

4.3 Internetleverantörens medverkan

Hypotesen är att en Internetleverantör endast torde anses medverkansansvarig rent objektivt om denne levererar en tjänst där ett orsakssammanhang till intrånget kan påvisas. Tjänsten som levereras skall med andra ord vara något mer än en tjänst av direkt infrastrukturell natur. En sådan tjänst kan tänkas vara ett avtal om nyttjande av serverkapacitet där intrångsföremål lagras. Ett undantag från kravet på orsakssamband skulle kunna tänkas bli aktuellt om webbplatsens verksamhet till vilken Internetkapaciteten levereras till uteslutande består av upphovsrättsliga intrång. Det sistnämnda är dock i högsta grad en spekulation.

Internetleverantörens tjänster kan delas in i två olika typer, infrastrukturella och icke infrastrukturella. Med infrastrukturell menas en ren fysisk förutsättning för access till Internet, det vill säga en leverans av bandbredd. Karakteristiskt för denna typ av tjänst är att Internetleverantören inte befattar sig med själva informationen. Det är en ren vidarebefordran så

¹⁸⁶ Se 3.3.2.

¹⁸⁷ Se 3.3.3.

¹⁸⁸ Se 2.5.3.3.

kallad mere conduit. Med en icke infrastrukturell tjänst avses att något ytterligare utöver att bandbredd levereras till exempel en upplåtelse av serverkapacitet eller motsvarande. Till skillnad från den infrastrukturella tjänsten så befattar sig Internetleverantören här med informationen genom att lagra denna.¹⁸⁹ Det bör nämnas att det även finns en mängd tjänsteleverantörer som endast bedriver verksamhet som består i att upplåta serverkapacitet, så kallad Internet hosting service. Skillnaden mellan en Internetleverantör och en tjänsteleverantör som bedriver Internet hosting service är dock endast begreppsmässig.

För att en Internetleverantör som endast levererar infrastrukturella tjänster skall anses objektivt medverka till ett intrång torde krävas synnerligen speciella omständigheter. Det finns inget lagstadgat krav på Internetleverantören att kontrollera vilken information som denne vidarebefordrar. Det finns inte heller något krav på uppsikt motsvarande det som gäller för en elektronisk anslagstavla.¹⁹⁰ Dock medger EU-direktiv och förarbete att det kan finnas ett behov av att kunna stoppa vissa intrång via Internetleverantören men att det i förarbete och EU-direktiv framhålls att en infrastrukturell tjänst är av ett så litet handlande att det inte kan tolkas som ett medverkande ens objektivt.¹⁹¹

Ett tillhandahållande av en ren Internetkapacitet är av mycket generell och okontrollerad passiv natur. En Internetuppkoppling är inte bara en Dual-Use Technology utan kan även i vissa sammanhang anses likna en fundamental rättighet.¹⁹² Orsakssammanhanget mellan tillhandahållandet av Internetaccessen till en webbplats och det specifika intrånget förefaller vara avlägset.

Avseende 54 § 1 st. och möjligheten att få skäligt vederlag för ett utnyttjande torde i regel inte kunna användas mot en Internetleverantör eftersom denna åtnjuter ansvarsfrihet genom e-handelslagens stadgande samt att en adekvat kausalitet mellan handlingen och skadan är mycket svår att visa.

Angående åtgärden vitesförbud så måste denna vara tydligt preciserad samt stå i relation till det påstådda intrånget och vid ett bifall till yrkandet måste domstolen således utforma beslutet så att det uppfyller kravet på entydighet och konkretisering.¹⁹³ Förbudet innebär att Internetleverantören måste upphöra med att medverka till ett konkretiserat intrång, det vill säga verket som är föremål för intrånget. Problem uppstår när svarande skall leva upp till förbudet eftersom denne inte har någon annan koppling än själva tillhandahållandet av Internetkapaciteten och inte har tillgång till själva servern där föremålet finns lagrat. Med andra ord kan inte Internetleverantören efterleva förbudet utan att strypa hela Internetaccessen

¹⁸⁹ Se 2.2.4 och 2.5.3.3.

¹⁹⁰ Se 2.4.

¹⁹¹ Se 3.2.2.

¹⁹² Se 2.2.4.

¹⁹³ Se 2.3.4.1.

till webbplatsen vilket kan ifrågasättas eftersom förbudet inte får gå längre än vad som är motiverat.¹⁹⁴ Att svaranden är förhindrad rent praktiskt att åtgärda intrånget torde vara en indikation på att orsakssammanhanget är allt för avlägset för att Internetleverantören skall ens anses objektivt medverka till ett intrång.

Sammantaget är ståndpunkten att huvudregeln torde vara att Internetleverantören måste, för att anses rent objektivt medverka till ett upphovsrättsintrång som sker på en webbplats till vilken denna levererar Internetkapacitet, bedriva en högre grad av aktiv handling för att kunna bli träffad av en förbudstalan. Ett undantag skulle kunna vara om webbplatsens verksamhet till uteslutande del, i princip 100%, består av intrång. Internetaccessen förlorar delvis sin Dual-Use Technology karaktär med tanke på att tjänsten inte har någon del av lagligt användande. I en sådan situation är det tänkbart att det skulle kunna vara motiverat att förbudet kan få en praktisk följd som innebär att Internetaccessen stryps.

Om det däremot, utöver en ren Internetkapacitet, även upplåtes serverkapacitet där det lagras intrångsgörande föremål kan det argumenteras för ett så pass tillräckligt orsakssamband att Internetleverantören torde kunna anses som medverkande rent objektivt vilket även är exemplifierat i förarbeten.¹⁹⁵ Internetleverantören har i dessa situationer också en större möjlighet att efterleva förbudet eftersom de själva är de som äger tillgång till det intrångsgörande materialet.

Vidare har rättighetshavaren numera möjlighet att få ut all den information som kan tänkas krävas för att väcka talan mot tjänsteleverantören av webbplatsen med tanke på möjligheten till informationsföreläggandet i och med implementerandet av IPRED. Rättighetshavaren har alltså en fullständig möjlighet att beivra de intrång som sker utan att väcka en talan mot Internetleverantören. Enligt min mening väger den infrastrukturella karaktären av Internetaccessen, Internet som en närapå mänsklig rättighet, konflikten som kan uppstå vad gäller yttrandefrihet, tyngre mot den möjligheten att en Internetleverantör på tvivelaktig grund skall anses objektivt medverka till ett upphovsrättsintrång när en ren Internetuppkoppling levereras.

En talan om en straffrättslig sanktion eller ett skadestånd mot en Internetleverantör eller en tjänsteleverantör som upplåter serverkapacitet är förmodligen mycket svår att föra med tanke på svårigheter att visa på ett orsakssammanhang mellan de medverkande handlingarna och intrånget. Gällande de subjektiva förutsättningarna för ett skadestånd förefaller det inte vara rimligt att ställa ett krav på en undersökningsplikt/aktsamhetskrav till en medverkare till medverkare till medverkare vilket innebär svårigheter att ens visa på en vårdslös handling. Avseende ersättning vid ett medverkande i god tro krävs inte denna undersökningsplikt/aktsamhetskrav vilket skulle kunna innebära en öppning för ett skadestånd. En adekvat

¹⁹⁴ Se 2.3.4.1.

¹⁹⁵ Se 3.2.4.

kausaltitet måste dock fortfarande visas samt att det är högst troligt att ansvarsfriheten enligt e-handelslagen träder in då ansvarsfriheten är utformad framförallt för tjänsteleverantörer i god tro. Slutsatsen är att det skulle förefalla mycket otroligt om en Internetleverantör skulle bli ersättningsskyldig för ett medverkande och än mindre bli föremål för en straffrättslig sanktion.

4.4 Avslutande kommentarer

Är då Sverige en frizon för pirater? Utifrån den debatt som förts i ämnet så får man intrycket av att piraterna anser sig vara oskyldiga. Pirateri har dock alltid varit olagligt och kommer förmodligen så förbli. Det råder dock ingen tvekan om att det finns en vilja från piraternas sida att det måste ske en förändring i lagstiftningen avseende upphovsrätten.

Att en upphovsmans verk inte skall mångfaldigas utan upphovsmannens samtycke eller att någon skall ha rätt att titulera sig upphovsman till något som denne inte skapat har principellt varit ett värde som uppkom under boktryckarkonstens dagar i mitten på 1400-talet. Ett värde som jag anser fortfarande känns aktuellt. Vi är dock nu inne i en digital tidsålder. Upphovsrättsliga verk kan mångfaldigas med ett fingertryck och det har lagts till en "gratisvana" som tidigare inte fanns något tvivel om att det skulle betalas för.

En fråga att ställa sig är om det är rätt metod att föra fram ett budskap om förändring med olagliga medel. En aspekt är givetvis att distributörerna, det vill säga mediaindustrin, måste hålla takt med den tekniska utvecklingen. Likt alla andra branscher när tekniska framsteg görs så måste antingen företagen utvecklas eller så kommer nya företag att ta vid i någon form av ekonomisk förstörelseprocess. Den som sålde fotogen när elektriciteten gjorde frammarsch blev förmodligen drabbad av detta. Samtidigt är det svårt att bedriva en seriös affärsrörelse om ens konkurrenter använder olagliga metoder. Så länge som illegala fildelningswebbplatser finns lätt tillgängliga så kommer det vara svårt att driva en laglig motsvarighet. Å andra sidan så finns det tydligen inte tillräckligt med incitament för mediaindustrin att förverkliga sådana ideer om de inte samtidigt utsätts för någon konkurrens överhuvudtaget. Det finns även anledning att se konkurrenssituationen från ett annat perspektiv. Om medieindustrin effektivt har möjlighet att "stänga ner" tjänster som är av en Dual-Use Technology karaktär med stor del laglig fildelning skulle jag även vilja påstå att det kan ske någon form av otillbörlig konkurrens även från den sidan eftersom det finns rättighetshavare som just använder dessa tjänster när de kommersialiserar sin immaterialrätt.

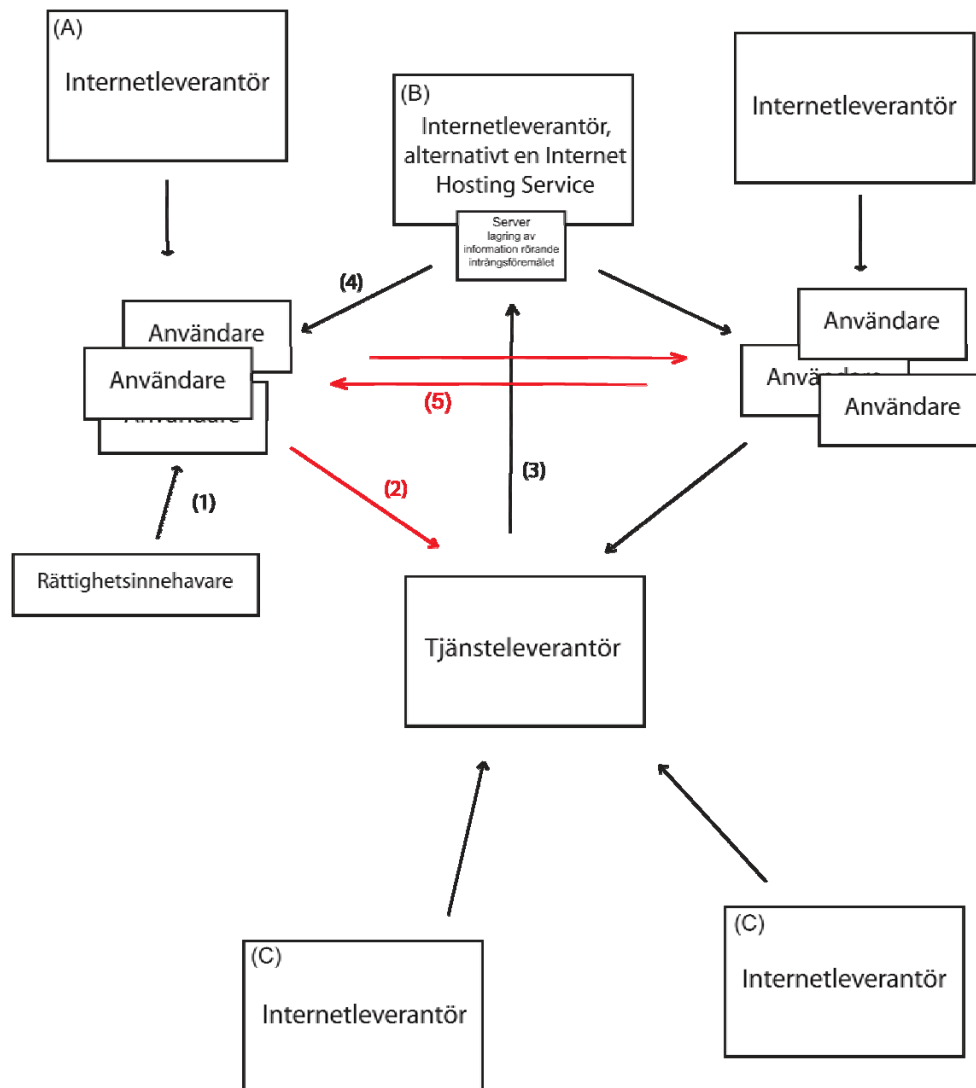
Slutsatsen från detta arbete är att den som driver en webbplats kan hållas medverkansansvarig vid ett upphovsrättsintrång. Tjänsteleverantören kan inte heller fränsäga sig ett ansvar genom att skylla på användaren av webbplatsen. Tjänsteleverantören kan bli både straffrättsligt ansvarig samt

bli ålagd att betala en ersättning om vissa förutsättningar är uppfyllda. Detta arbete slår hål på den felaktiga uppfattningen (om den nu verkligen har existerat) att en tjänsteleverantör av en webbplats inte ansvarar för de upphovsrättsintrång som då sker.

Avseende Internetleverantörens ansvar, när denna endast levererar en form av infrastrukturell tjänst, tror jag att man är ute på ett seismologiskt mått mätt ostabilt underlag. En utredning av vilka effekter som kan komma att bli verkliga av att en Internetleverantör skall ta ett ansvar för informationen som användarna förmedlar vore värdefullt. Om det skulle visas sig att det krävs omfattande resurser och metoder som inkräktar för mycket i människors privatliv eller att en kraftig censur är en följd för att upprätthålla en upphovsrättslig ordning borde den ordningen rimligen ifrågasättas.

Om medieindustrin arbetar aktivt för en marknadsmässig prissättning och att nyttja den nya tekniken för folk att tillgängligöra sig media och piraterna inser att upphovsrätten har vissa poänger för samhällsnyttan torde upphovsrätten som den ser ut idag, med vissa förbehåll för hur vitesförbud kan tänkas riktas mot Internetleverantörer och en aggressiv tillämpning av skäligt verderlag vid intrång i god tro, kunna bestå och tillämpas eftersom jag inte finner den strida mot något fundamentalt värde som bör förändras. Möjligen förtydligas.

Bilaga A



(1) Användare tillägnar sig ett skyddat verk från rättighetsinnehavaren.

(2) Användare laddar upp information, tex en BitTorrent, som sedan länkas av tjänsteleverantören. Vid ett peer-to-peer nätverk så befinner sig fortfarande verket hos användaren. (första steget mot ett direkt intrång sker)

(3) Den uppladdade BitTorrenten lagras i en server som upplåts av en Internetleverantör (B).

(4) Användaren kan sedan ladda hem den nödvändiga informationen för att sedan ladda ned verket från en annan användare. (5)

(5) Peer-to-peer nätverket är etablerat och användarna har fått kontakt med varandra och filöverföringen sker.

Käll- och litteraturförteckning

Material från offentligheten

Ds 2007:29 *Musik och film på Internet – Hot eller möjlighet?*

Ds 2003:35 *Upphovsrätten i informationssamhället - genomförandet av direktivet 2001/29/EG mm.*

Ds 2005:6 *Brott och brottsutredning i IT-miljö.*

SOU 1996:185. del 1 & 2, *Straffansvarets gränser.*

Proposition 2001/02:150. *Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.*

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

E-handels direktivet och Europa parlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

Litteratur

Asp, Petter, *Från tanke till gärning del 2, Förberedelse och stämpling till brott*, IUSTUS Förlag, Uppsala, 2007.

Bengtsson, Henrik, Lyxell, Ralf. *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2006.

Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.

Jareborg, Nils, *Allmän Kriminalrätt*, IUSTUS Förlag, Uppsala, 2001.

Lena Holqvist, Madeleine Leijonhufvud, Per Ole Träskman, Suzanne Wennberg, *Brottsbalken en kommentar del 2* (13-24 kap.) Brotten mot allmänheten och staten m.m. 2009, Författarna och Norstedts juridik, Vällingby, 2009.

Lena Holqvist, Madeleine Leijonhufvud, Per Ole Träskman, Suzanne Wennberg, *Brottsbalken en kommentar del 1* (1-12 kap.) Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m. 2009, Författarna och Norstedts juridik, Vällingby, 2009.

Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2007.

Lindberg, Agne, Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, 3:e uppl., Stockholm 2001.

Olsson, Henry, *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2006.

Olsson, Henry, *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt*, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2009.

Artiklar

Herkko Hietanen, Anniina Huttunen, Heikki Kikkinen. (2009) *Laila, a File Sharing Indulgence Service* NIR 2/2009 s. 175.

Orbach, Barak Y. (2008) *Indirect Free Riding on the Wheels of Commerce: Dual-Use Technologies and Copyright Liability*. Emory Law Journal 57: 409–461.

Peter S. Menell & David Nimmer, *Unwinding Sony* (2006). UC Berkeley Public Law Research Paper No. 930728.

Rosén, Jan. (2008) *Copyright control in Sweden and Internet uses – file sharers’ heaven or not?* NIR 2008 s. 101.

Eltell & M. Radetzki. (2005) *Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt* NIR 2005 s. 225.

Internet

Svenska Datatermgruppen. Svenska datatermgruppen är en brett sammansatt grupp som ger rekommendationer om hur aktuella datatermer bör hanteras på svenska. (*Länk kontrollerad den 7 mars 2010*)
<http://www.nada.kth.se/dataterm/>

Artisters och musikindustrins intäkter 2000-2008. (*Länk kontrollerad den 20 Januari 2010*)
<http://www.danieljohansson.se/post/The-Swedish-Music-Industry-in-Graphs.aspx>

Artikel i Metro angående Internet som mänsklig rättighet
<http://www.metro.se/2009/12/03/46310/ska-internet-vara-en-mansklig-rattigh/>

Internetleverantören Ephone mot bokförlagen. (Länk kontrollerad den 20 Januari 2010)

http://www.domstol.se/templates/DV_Press_11045.aspx

Telia Sonera mot Filmbolagen. (Länk kontrollerad den 20 Januari 2010)

<http://www.dn.se/kultur-noje/nyheter/filmbolagen-vann-ipredmal-i-tingsratten-1.1007763>

Nyheter från dagspress angående Telekompaketet och avstängning av fildelare. (Länk kontrollerad den 20 Januari 2010)

<http://www.dn.se/fordjupning/europa2009/telekompaketet-tolkningsstrider-vantar-om-avstangning-av-fildelare-1.1000354>

Artikel i Svenska Dagbladet där Internetoperatörer vädrar sin åsikt om ökat ansvarstagande för Internetoperatörer

http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/artikel_3584645.svd

En analys av The Pirate Bay av Jan Rosén (Länk kontrollerad den 21 Januari 2010)

www.pointlex.se.ludwig.lub.lu.se/pub/standard.asp?art_id=189022&iM=1&markera=intr%E5ng;i;upphovsr%E4tt

Branschorganisation för dataspel

<http://www.dataspelsbranschen.se/copyright.aspx>

Användarvillkor på Facebook

www.facebook.com/terms.php?ref=pf

Användarvillkor på Youtube

www.youtube.com/t/dmca_policy

The Pirate Bays webbplats

thepiratebay.org

Speltillverkare med alternativ betalningslösning

www.riotgames.com

Musiktjänst med alternativ betalningslösning

www.spotify.com

Videotjänst med alternativ betalningslösning

www.voddlar.com

Rättsfallsförteckning

Svensk rättspraxis från Högsta domstolen

NJA 1941 s. 466.

NJA 1942 s. 420.

NJA 1960 s. 123.

NJA 1980 s. 23.

NJA 1986 s 702.

NJA 1988 s. 715.

NJA 1996 s. 79 *BBS-fallet*.

NJA 1995 s. 164 *tunikamålet*.

NJA 2000 s. 292 *MP3-målet*.

NJA 2007 s. 431.

HD d. 20 november 2008 i mål nr T 4998-06.

NJA 2007 s. 805 *SODOMI-fallet*.

Underrättsdomar

Göta hovrätt, dom 1998-04-29, B 1924/95.

MD 2003:27.

Stockholms Tingsrätt 2003 Mål B 6731-00.

Stockholms Tingsrätt 2009 mål B 13301-06. (The Pirate Bay)

Stockholms Tingsrätt 2009 mål T 7540-09 och T 11712-09. (Black Internet)

Stockholms tingsrätt 2009 mål T 17127-09. (Portlane)

Utländska rättsfall

Henry v. A.B. Dick CO. 224 U.S. 1, 48 (1912).

Sony v. Universal Studios 464 U.S. 417 (1984). (The Betamax case)

Sega Enterprises Inc. v. MAPHIA. 948 F.Supp 923 (N.D. Cal. 1996).

A&M Records Inc. V. Napster Inc., 239 F.3d. 1004 (9th Cir. 2001).

MGM Studios v Grokster, 545 U.S. 913 (2005).

IO Group Inc. vs. Veoh Networks Inc., In the United States District Court
for the northern district of California., No. C06-03926 HLR.