



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Natalie Ibron

Rättssäkerhet versus effektivitet

Om privata aktörers brottsutredningar i
upphovsrättsliga fildelningsmål

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Sanna Wolk

Immaterialrätt

Vårterminen 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Ämnespresentation	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Material och metod	7
1.4 Avgränsning	8
1.5 Disposition	8
2 UPPHOVSRÄTTEN	10
2.1 Historisk utveckling	10
2.2 Gällande rätt	11
2.2.1 Internationellt	11
2.2.2 Nationellt	11
2.3 Upphovsrättens syfte	12
2.4 Branschorganisationer	12
2.5 De ekonomiska rättigheterna	13
2.5.1 Exemplarframställning	13
2.5.2 Överföringsrätt	13
2.6 Inskränkningar	13
2.7 Intrång	14
2.7.1 Fildelning	14
2.7.2 Åtgärder	15
2.7.2.1 Åtgärder i brottmål	16
2.7.2.2 Civilrättsliga åtgärder	17
3 SKYDDET FÖR DEN ENSKILDES RÄTTSSÄKERHET	19
3.1 Rättvis rättegång	19

3.2	Oskuldspresumtionen	19
3.3	Den kontradiktoriska principen	20
3.4	Proportionalitetsprincipen	20
3.5	Skyddet för den personliga integriteten	21
3.6	Inskränkningar	21
3.7	Rättssäkerhetsaspekter i förundersökningen	22
3.7.1	Objektivitetsprincipen	23
3.7.2	Rätten till partsinsyn	24
4	BEVIS I FILDELNINGSMÅL	26
4.1	Domstolens bevisprövning	27
4.2	Bevisbörda	27
4.3	Den tilltalades bördor	28
4.4	Möjliga felkällor	28
4.5	Provokation	30
5	DOMSTOLSAVGÖRANDE	32
5.1	Från svenska domstolar	32
5.2	Från EU-domstolen	34
6	NÄRMARE OM BEVISSÄKRINGEN I DE NIO GRANSKADE MÅLEN	35
6.1	Bevissäkring i de privatutredda målen	35
6.1.1	Dtecnat-målen	35
6.1.1.1	IFPIs skrivelse	35
6.1.1.2	Polisens utredning	36
6.1.2	Sanoj-målet från Mora tingsrätt	36
6.2	Bevissäkring i det offentligt utredda målet	37
7	ANALYS	38
7.1	Bevissäkringsproblematik	38
7.1.1	Datorteknisk undersökning	38
7.1.2	Tidsstämpling	39
7.2	Kontroll av presenterade bevis	40
7.3	Objektivitet och partsinsyn	41
7.4	Rättens ansvar	42

7.5	Har beviskravet sänkts?	42
7.6	Har en presumtionsregel inträtt?	43
7.7	Den enskildes integritet	44
7.8	Privata företags övervakning i den fysiska världen	45
7.9	Övrig problematik	46
7.9.1	Granskning av den privata utredaren	46
7.9.2	Grund för åtgärder	46
7.9.3	Rättsutveckling	47
7.10	Fördelar med privata utredningar	47
7.10.1	Resurser	47
7.10.2	Provokation	48
7.10.3	Målsägandeangivelse	48
8	SLUTSATS	49
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	50
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Summary

File sharing is an everyday crime for a large number of Swedes, despite prohibiting legislation in the field. Copyright holders do not always have the possibility to prosecute the crimes for reasons primarily connected with the police's lack of resources and the rules prohibiting entrapment. An increased tendency for right holders to turn to private companies in order to investigate file sharing crimes is evident. The private investigator has, in the process of preserving evidence, the possibility to access large amounts of personal information and concern has been expressed in regards to whether the individual's integrity is respected during this process. The main concern is, however, that the private investigator by all means represents the right holder who is a party to the proceedings and therefore has an interest in obtaining a conviction. The evidence secured by the party is then filed to the court and used in proceedings that lead to a conviction. The question is how the court protects the individual's legal security in this context.

Through a qualitative study of the nine file-sharing convictions of 2011 and the pre-trial investigation protocols pertaining to these, this essay analyzes how and to what extent the individual's legal security is safeguarded. The essay further examines whether appropriate inspection of the submitted evidence has been executed, and investigates how the material has been considered and assessed in court. The essay also addresses the privacy issues, which may be raised considering the private investigator's access to personal information. The examination has been driven primarily by judicial rules of legal security and general legal principles of privacy and rule of law.

The conclusion of the essay is that there were cases from 2011 in which there was no proper examination of the material submitted. Although this only occurred in a few cases, the fact that the inspection failed is highly problematic. File sharing law in its present form is generally considered to be intrusive to personal integrity to some degree. If the legal development in this area continues in the established direction, this will mean that the individual will be sacrificing more rights and safeguards, which is neither reasonable nor proportionate. Given the political discussion regarding the individual's rights to privacy and legal security in the increased Internet surveillance it is key that policies regarding the safeguard of these interests are followed without exception.

Sammanfattning

Fildelning är ett vardagsbrott för en stor andel svenskar, trots lagstiftningen på området. Rättighetshavare har inte alltid själva möjligheterna att beivra brotten, av anledningar som främst handlar om polisväsendets bristande resurser och reglerna mot brottsprovokation. En ökad tendens att för rättighetshavarna att vända sig till privata företag som utreder fildelningsbrott märks tydligt. De privata aktörerna har i sin bevissäkringsprocess möjlighet att ta del av en stor mängd personlig information och det finns oro över ifall den enskildes integritet respekteras under denna process. Det främsta problemet är dock att den privata utredaren i princip representerar rättighetshavaren som är part i målet och därmed har ett intresse av att få till stånd en fällande dom, och att den bevisning som säkras av parten inlämnas till en domstol och leder till just fällande domar. Frågan är hur rätten värnar om att den enskildes rättssäkerhet i dessa sammanhang.

Genom en kvalitativ undersökning av de nio fällande fildelningsdomarna från 2011 och förundersökningsprotokollen till dessa har i arbetet analyserats på vilket sätt och i vilken utsträckning den enskildes rättssäkerhet fredas. Uppsatsen undersöker om tillbörlig kontroll skett av det inlämnade bevismaterialet och granskar hur det materialet har värderats i domstolen. Uppsatsen behandlar även de integritetsfrågor som kan väckas med tanke på privata aktörers tillgång till fildelares personliga information. Granskningen har skett främst med utgångspunkt i rättegångsbalkens regler om rättssäkerhet samt allmänna principer och rättsgrundsatser om integritet och rättssäkerhet.

Uppsatsens slutsats är att det förekom mål från 2011 i vilka det inte skett en tillbörlig kontroll av det inlämnade materialet. Även om detta endast skett i ett fåtal fall är det faktum att kontrollen brustit mycket problematiskt. Fildelningslagstiftningen anses generellt vara integritetskränkande i någon mån i sin nuvarande form. Om rättsutvecklingen på området fortsätter i den fastställda riktningen innebär det att den enskilde ska göra avkall på fler rättigheter och skyddsregler, vilket är varken skäligt eller proportionellt. Med tanke på den politiska diskussionen angående den enskildes rättssäkerhetsgarantier i den ökade internetövervakningen är det centralt att regler till skydd för den enskildes integritet och rättssäkerhet följs undantagslöst.

Förord

Äntligen!

Jag vill tacka min handledare Sanna Wolk för handledning och stöd under processen. Enormt tack till Niklas Lindblad, som bistått i tekniska frågor. Tobias Olsson på Svenska Dagbladet har varit till stor hjälp i materialinsamlingen, vilket jag är väldigt tacksam för. Tack Petra och Kakan för hjälpen med pillet.

Min tid i Lund och framförallt vid Juridicum hade inte varit lika rolig om jag inte drygat ut den med diverse studentengagemang. Jag riktar en tanke till Studentlund och Akademiska Föreningen – tack för gemenskap, distraktion och många lärdomar.

Sist och viktigast: jag vill tacka min familj och mina vänner, som stått ut med diverse samman- och utbrott. Ni har varit ett ovärderligt stöd!

Detta arbete tillägnas mina föräldrar, Grazyna och Waldemar.

Malmö, den 27 april 2012
Natalie Ibron

Förkortningar

Datalagringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG
DC	Direct Connect
Ds	Betänkande i departementsserien
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, 1950
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FN	Förenta nationerna
FUP	Förundersökningsprotokoll
HD	Högsta domstolen
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry - Svenska gruppen
Infosoc-direktivet	Europaparlamentet och rådets direktiv 2001/29/EC av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
IP	Internet Protocol
IPRED-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter

IPRED-lagen	Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförandet av direktiv 2004/48/EG
IT	Informationsteknik
JO	Justitieombudsmannen/Justitieombudsmannens ämbetsberättelse
P2P	Peer-to-peer
PL	Polislag (1984:387)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SAMI	Svenska artisters & musikers intresseorganisation
SKL	Statens kriminaltekniska laboratorium
Stim	Svenska tonsättares internationella musikbyrå
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätt
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
UTC	Coordinated Universal Time
WCT	WIPO Copyright Treaty, 1996
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty, 1996

1 Inledning

1.1 Ämnespresentation

Diskussionen om enskildas rättssäkerhet i relation till fildelningslagstiftning har pågått länge. De civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område (IPRED-lagen) som trädde i kraft under år 2009 möttes av protester, både från makthavare och från privatpersoner. När Sveriges riksdag i år röstade igenom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät¹ (Datalagringsdirektivet) hade den Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) redan tilldömt den svenska staten en straffavgift på grund av den stora förseningen av direktivets införlivande. Det främsta skälet därtill var det starka motstånd som direktivet mött.²

Trots lagstiftningen mot olaglig fildelning, som kan och har uppfattats som inskränkande av enskildas integritet, har samhället inte fått bukt med fildelningen i Sverige. Enligt uppgifter från 2010 beräknas 1,1 miljoner svenskar konstant fildela upphovsrättsligt skyddat material illegalt.³ Siffrorna visar att den gemene svensken inte bryr sig om lagändringarna. En förklaring kan vara den allmänna uppfattningen om att risken att straffas för olaglig fildelning är ringa. Av både av legalitetsskäl och av resursskäl har polisväsendet i dag inte möjlighet att utreda sådan brottslighet i någon större omfattning. I ett försök att hävda och skydda sina rättigheter har rättighetshavare därför i en allt större utsträckning börjat anlita privata utredare, som kan utföra undersökningar som polisväsendet är förhindrade att göra.

Kritiken som framförts mot privata aktörers deltagande i fildelningsutredningar har främst bestått av osäkerhet kring hur informationen som inhämtats av de privata aktörerna behandlats i rätten – den är egentligen att se som en partsinlaga och inte bevissäkring som utförts av en åklagare med objektivitetsplikt. Den privata aktören har anlitats av den ena parten och frågan är om det är lämpligt att en part i målet utför bevissäkrande och undersökande åtgärder i förevarande omfattning. Parten har ett egenintresse av att få en fällande dom – främst av rättighetsskäl men möjligtvis även i avskräckande syfte. Kritik har även hörts gällande integritetsfrågan, eftersom det finns en oro över att en tredje part får ta del av information som i stället bör vara förbehållen offentliga myndigheter under en förundersökning.

¹ Ändring av direktiv 2002/58/EG.

² EU-domstolen (sjätte avdelningen), dom 2010-02-04 i mål C-185/09.

³ Melzer, Jonas: ”Tuff kamp mot piraterna på nätet”, artikel i *Affärsvärlden*, publicerad 2010-11-01 på <http://www.affarsvarlden.se/affarsjuridik/article2560224.ece>. Hämtad 2012-05-09.

1.2 Syfte och frågeställning

Staten ska beivra brott mot lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Det framgår av 53 § URL. Staten har dock även en skyldighet att skydda den enskildes integritet och rättssäkerhet. Att finna en balans mellan dessa intressen är inte lätt, och det kan uppfattas som att upphovsrättslagstiftningen ständigt balanserar på gränsen mellan dessa i viss mån motstående intressen. När privata aktörer involveras i utredningar uppnås i viss mån rättighetshavarnas krav på lagens efterlevnad, men risken är då att det andra intresset förbises.

Undersökningen fokuserar på privata aktörers brottsutredningar av upphovsrättsliga fildelningsbrott. Syftet med uppsatsen är att beskriva och analysera hur enskildas rättssäkerhet säkras vid privata aktörers bevissäkring av upphovsrättsbrott i digitala miljöer. Dessutom syftar arbetet till att besvara hur dessa utredningar står i relation till regler och principer om skyddet för den enskildes integritet. I arbetet beaktas både rättighetshavarnas legitima intresse att beivra upphovsrättsbrott och enskilda personers rätt till rättssäkerhet i brottsutredningar. I uppsatsen diskuteras för- och nackdelar med brottnålsutredningar som utförs privat, för att ge en nyanserad bild och uppmärksamma de ovan nämnda intressena.

Arbetet tar sin utgångspunkt i upphovsrätten, och det är ur det perspektivet som problemen beskrivs och analyseras. Bevissäkring i upphovsrättsmål är ett ämne som utöver upphovsrätten spänner över andra rättsområden, främst straffrätten, men föremålet för granskningen begränsas till regler om bevissäkring i fildelningsmål – andra straffrättsliga frågor utelämnas.

Den främsta frågan som detta arbete syftar att besvara är: hur, om alls, säkrades den enskildes rättssäkerhet i de fällande fildelningsmål från 2011 som utretts av privata aktörer? I vilken utsträckning följs de regler som ska garantera den enskildes rättssäkerhet? Och, i andra hand: hur står de privata utredningarna i relation till den enskildes integritet?

1.3 Material och metod

Den metodologiska utgångspunkten för arbetet är i huvudsak rättsdogmatisk, dvs. att söka fastställa gällande rätt. Det material som har använts är de traditionella rättskällorna: lagar och andra författningar, rättspraxis, lagförarbeten, doktrin osv. I framställningen behandlas också regleringar med europarättslig anknytning.

I arbetet granskas närmare bestämt nio fällande fildelningsdomar från 2011 och förundersökningsprotokollen till dessa. Genom en kvalitativ granskning av förundersökningsprotokoll och rättsfall har jag försökt utröna om domstolen brukat tillräcklig försiktighet i förhållandet till bevisning säkrad av en privat utredare på uppdrag av ena parten. För beskrivningen och analysen har beaktats URL:s och rättegångsbalkens (1942:740) (RB) regler

om förundersökningar och grundläggande processrättsliga principer. För att ge en utförligare bild av reglernas tillämpningsområde och syfte har svenska förarbeten samt relevant europarättsligt material särskilt analyserats.

Förteckning över de nio granskade domarna följer på sidan 9.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen fokuserar, som redan nämnts, på rättssäkerheten och bevissäkringen i de fällande fildelningsdomarna. Däremot behandlas inte närmare sakfrågan i målen, alltså om personerna gjort sig skyldiga till fildelningsbrott. Viss beskrivning om det upphovsrättsliga skyddet och fildelning redogörs för, i syfte att underlätta och fördjupa förståelsen för bevissäkrings- och rättssäkerhetsproblematiken i de förevarande målen.

1.5 Disposition

Efter en redogörelse för upphovsrättens historiska bakgrund och nuvarande innebörd och syfte, samt dess status i dagens Sverige, följer en beskrivning av vilket rättssäkerhets- och integritetsskydd den enskilde åtnjuter i relation till staten och privata aktörer så som företag, särskilt under en förundersökning. Därefter fokuserar uppsatsen på de bevis som kan och bör användas i fildelningsmål och redogör för brottets speciella natur, vilken kräver ett specifikt tillvägagångssätt. Tidigare rättspraxis på området, både nationell och internationell, används för att ge läsaren en helhetsbild av vilken typ av bevis som väger tyngst i fildelningsmål. Denna information ställs mot och jämförs med den bevisning som använts i de nio granskade målen. I uppsatsens analysdel problematiseras de diskrepanser som upptäckts och slutligen beskrivs de samhälleliga konsekvenserna av att rättssäkerhetsaspekterna frånses till förmån för snabba sanktionsförfaranden.

Förteckning över de nio fallande målen från 2011:

Dnr	Datum	Domstol	Målsägande	Bevissäkring	Erkänt
B 2330-11*	11-07-14	Svea Hovrätt	IFPI	IFPI	Ja
B 7833-10	11-02-18	Uppsala TR	IFPI	IFPI	Ja
B 3672-11**	11-07-19	Svea Hovrätt	Privatperson	Privatperson	Nej
B 1037-10	11-03-23	Mora TR	Privatperson	Privatperson	Nej
B 3835-11	11-12-21	Hovrätten i Västra Sverige	Rätighetsalliansen Sverige	Polis	Nej
B 10414-11	11-08-30	Göteborgs TR	Rätighetsalliansen Sverige	Polis	Nej
B 2848-11	11-08-31	Uppsala TR	IFPI	IFPI	Ja
B 6637-08	11-09-05	Södertörns TR	IFPI	IFPI	Nej
B 6669-11	11-09-26	Göteborgs TR	IFPI	IFPI	Ja
B 1375-11	11-10-31	Attunda TR	IFPI	IFPI	Ja
B 2323-11***	11-12-05	Göteborgs TR	IFPI	IFPI	Ja
B 2569-09	11-12-08	Vänersborgs TR	IFPI	IFPI	Nej

*Malmis-målet

**Sanoi-målet

***Guldgossen-målet

De nio granskade domarna:

2 Upphovsrätten

2.1 Historisk utveckling

Under senare delen av medeltiden började i Europa tillämpas ett privilegiesystem, vilket innebar att staten tillmätte vissa privilegier – ensamrätter – till den som ville trycka en skrift. Ett privilegium skyddade skaparen från konkurrerande verksamhet. Vid varje ansökan om privilegium gjorde staten en enskild bedömning, med fokus på statens nytta, i syfte att bedöma om sådant skulle delas ut. Det går alltså inte att tala om ett immaterialrättsligt lagsystem i egentlig mening förrän 1709, när England införde den första upphovsrättslagen som tillskrev författare en ensamrätt, om än begränsad. Utvecklingen fortsatte med de nya idéer som drevs igenom i och med den franska revolutionen 1789. I Frankrike kom de nya lagarna som byggdes på grundtanken att upphovare⁴ ska ha ensamrätt till sina verk att vara banbrytande internationellt och än i dag avspeglas det franska inflytandet på det upphovsrättsliga området.⁵

I Sverige växte skyddet för upphovare fram under 1800-talet. 1810 tillerkändes författare ensamrätten till sina tryckta skrifter i föregångaren till vår nuvarande tryckfrihetsförordning. I en förordning från 1855 gavs författaren till ett verk ensamrätten att besluta om verkets uppförande på scen, och 1867 blev det förbjudet att efterbilda konstverk utanför skriftformen, vilket 1897 expanderades till att helt enkelt förbjuda efterbildningen av konstverk. Den svenska lagstiftningen under den här tidsperioden påverkades mycket av Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av 1886 och dess krav på enhetlig lagstiftning mellan medlemsländerna.⁶ 1919 framlades en lag om rätt till litterära och musikaliska verk, en om rätt till verk av bildande konst och en om rätt till fotografiska bilder. Under denna period påbörjades också arbetet med en gemensam nordisk lagstiftning på upphovsrättsområdet och 1960 hade Sverige, Danmark, Finland och Norge i princip likalydande lagstiftningar – i Sverige URL. Lagen har modifierats och ändrats ett flertal gånger sedan dess ikraftträdande, och de mest omfattande ändringarna gjordes i och med harmoniseringen i svensk rätt av dels Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet (Infosoc-direktivet) och dels Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för

⁴ Jag har valt att använda ordet ”upphovare” i stället för upphovsman. Läs mer om rörelsen bort från klumpiga dubbelbeteckningar och mot ett medvetande om skapande personer av skilda kön i ”Upphovares och utövares skälighetsanspråk.” av Karnell, Gunnar i Adlercreutz, Axel och Flodgren, Boel: *Vänbok till Axel Adlercreutz*, Juristförlaget i Lund, 2007, s. 197 ff.

⁵ Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars och Sandgren, Claes: *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Handelsbolaget Immateriellt Rättsskydd i Stockholm, 2011, s. 5.

⁶ Bernitz, et al., 2011, s. 38 f.

immateriella rättigheter (IPRED-direktivet). Den svenska upphovsrättsliga lagstiftningen har i stor utsträckning påverkats av EU:s och det bör sägas att EU-domstolens domar inom det immaterialrättsliga området har kommit att bli en mycket viktig rättskälla.⁷

2.2 Gällande rätt

2.2.1 Internationellt

Ur ett internationellt perspektiv finns det grundläggande upphovsrättsliga regelverket i Bernkonventionen och Världskonventionen om upphovsrätt av 1952. Förenta Nationerna har också etablerat ett fackorgan, Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO), som har till uppgift att administrera de internationella konventionerna på området. Organisationen har relativt nyligen lagt fram två preciserande fördrag inom upphovsrättens område, WIPO Copyright Treaty (WCT) av 1996 och WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) av 1996. Emellertid är det numera TRIPs-avtalet (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) från 1996, vilket administreras av Världshandelsorganisationen (WTO), som står i centrum för den internationella upphovsrättsliga utvecklingen. I Europa är det Infosoc-direktivet jämte IPRED-direktivet som är viktigast för både rättsutvecklingen och rättsdebatten, vilket i sin tur kan härledas till de stora ekonomiska värden som tillmäts immaterialrätten och kulturindustrin i stort.

2.2.2 Nationellt

Den svenska upphovsrätten skyddas i grundlagen, närmare bestämt i 2 kap. 16 § regeringsformen (1974: 152). Enligt bestämmelsen äger författare, konstnärer och fotografer rätt till skapade verk enligt bestämmelser i URL. Vidare framgår av 1 § URL att det är den person som skapat ett verk, som är dess upphovare. I bestämmelsen anges också en icke-uttömmande lista på olika verksslag.

Upphovsrätten innebär att vissa rätter tillmäts den som har skapat ett verk. Rätterna består av dels en ekonomisk sida, vilken regleras i 2 § URL, och dels en ideell enligt 3 § URL. Den ekonomiska aspekten är rätten att föfoga över verket ifråga, samt den rätt till vinst och ersättning för utfört arbete som upphovaren eller rättighetshavaren ska få vid utnyttjande av verket (se vidare under 2.5). Den ideella rätten består dels av namngivningsrätten, dvs. att upphovaren ska stå som skapare till verket, och dels av respekträtten, vilken stipulerar att spridningar av verket inte får vara förvanskade eller kränkande för upphovaren.

Rätten grundläggs när underlaget eller verket kommer till, exempelvis när konstnären målar tavlan, musikern komponerar eller författaren skriver. Ingen registrering eller dylikt är nödvändig för att uppnå det

⁷ Bernitz, et al., 2011, s. 6.

upphovsrättsliga skyddet. Rättigheterna kan upplåtas eller överlåtas och modifieras med upphovarens samtycke. Rätten dör ut efter en i lagen angiven tid, huvudsakligen 70 år efter upphovarens död.

2.3 Upphovsrättens syfte

Upphovsrätten är en ensamrätt, vilket innebär att endast upphovaren eller dennas rättighetshavare har förfoganderätt över verket. I dag digitaliseras en stor del av medieinnehållet, och tillsammans med det faktum att det blivit väldigt lätt att sprida information och material elektroniskt innebär det att det blir allt svårare att undersöka om ensamrätten efterlevs, och begränsa utnyttjandet av verken till lagligt användande. Detta anses generellt vara problematiskt, eftersom ett av de främsta kulturpolitiska argumenten bakom ensamrätten är att den stimulerar kulturproduktion.⁸ Ekonomisk ersättning för det arbete som upphovaren utför är, om inte det primära, så åtminstone ett viktigt incitament för att skapandeverksamheten. Det bör nämnas att det finns kretsar, främst på internet, som tar avstånd från detta tankesätt och helt öppet delar med sig av sitt material.⁹

För att anpassa det upphovsrättsliga ramverket till den nya sortens utnyttjande av verk, till exempel genom laglig nedladdning från internet, tillkom Infosoc-direktivet. Direktivets huvudsakliga syfte är att införa en hög och harmoniserad skyddsnivå för upphovsrätten inom Europeiska unionen. Direktivet klargör att upphovare, producenter och investerare i kultursektorn ska få skäligen ersättning och betonar vikten av ett aktivt kulturliv.¹⁰

2.4 Branschorganisationer

Branschorganisationer är vanliga som samlingsorganisationer för rättighetshavare. De omhändertar den praktiska administrationen beträffande exempelvis ekonomisk ersättning för utnyttjandet av verk. Det finns flera olika branschorganisationer för rättighetshavare i Sverige för olika inriktningar. Nämnas kan Copyswede, IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), Stim (Svenska tonsättares internationella musikbyrå) och SAMI (Svenska artisters & musikers intresseorganisation).

Organisationerna är inte oviktiga, eftersom den kollektiva anslutningen är mycket stor i Sverige. Det innebär i praktiken att dessa organisationer har en betydande ekonomisk makt. Branschorganisationer har spelat en stor roll i lagstiftningsarbetet både nationellt och internationellt som företrädare för rättighetshavarna och varit väl företrädade i upphovsrättsutredningarna.¹¹

⁸ Bernitz, et al., 2011, s. 34.

⁹ Se t.ex. Creative Commons Sverige, <http://www.creativecommons.se/>. Hämtad 2012-05-09.

¹⁰ Se skälen 9 och 10 i Infosoc-direktivet.

¹¹ Levin, Marianne: *Lärobok i immaterialrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007, s. 129.

2.5 De ekonomiska rättigheterna

I upphovsrättens ekonomiska del enligt 2 § 1 st. URL ingår rätten att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det, dvs. mångfaldiga verket. Rättighetshavaren har också den exklusiva rätten att bestämma när verket ska göras tillgängligt för allmänheten enligt 2 § 3 st. URL.

Tillgängliggöranderätten är indelad i fyra olika delar; överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning till allmänheten. Av intresse för detta arbete är främst rätten till exemplarframställning och rätten att tillgängliggöra verket genom överföring till allmänheten.

2.5.1 Exemplarframställning

Exemplarframställningsrätten täcker alla sorters mångfaldigande av ett verk, exempelvis tryckning och scanning. Av 2 § 2 st. URL framgår att mångfaldigandet kan ske direkt eller indirekt och att det kan vara av tillfällig eller permanent natur. Bestämmelsen är teknikneutral och det spelar inte heller någon roll om verket mångfaldigas i sin helhet eller bara i en del. Vissa tillfälliga exemplar undantas från reglerna (se nedan under 2.6).

Digitaliserat medieinnehåll är mycket enkelt att mångfaldiga. Den tekniska utrustning som behövs för att till exempel ladda upp informationen på en musik-CD till en hemsida finns i dag i varje hemdator.

2.5.2 Överföringsrätt

Överföringsrätten som ekonomisk befogenhet infördes i svensk rätt genom införlivandet av Infosoc-direktivet, och aktualiseras oavsett om tillgängliggörandet av materialet sker på trådlös eller -bunden väg så fort verket blir tillgängligt för allmänheten från en annan plats än där mottagaren befinner sig. Exempelvis aktualiseras överföringsrätten när ett verk sänds till TV-apparater. Överföringsrätten aktualiseras vidare vid s.k. tillhandahållande på begäran eller on-demand, som tillåter mottagaren att utnyttja verket när som helst. Det kan exempelvis vara vid nedladdning av verk från internet.¹²

2.6 Inskränkningar

I 2 kap. URL finns emellertid med hänsyn till religiösa, kulturella och på annat sätt samhällseliga behov vissa givna inskränkningar i upphovarens ensamrätt. Genom en rad olika inskränkningar är det i vissa fall möjligt att utan upphovarens tillstånd få använda ett verk. Exempel på sådana

¹² Bernitz, et al., 2011, s. 75.

inskränkningar är vid framställning av enstaka exemplar för privat bruk och då andras verk endast citeras.¹³

En annan för ämnet relevant inskränkning finns i 11 a § URL om tillfälliga kopior (jfr artikel 5.1 i Infosoc-direktivet). Bestämmelsen ger utnyttjaren av ett verk rätt att under vissa förutsättningar framställa tillfälliga verkskopior. Kopior som skapas måste vara en väsentlig och integrerad del av en teknisk process, och den måste vara flyktig och får inte ha självständig ekonomisk betydelse. Paragrafen är författad med kommunikation via internet i fokus och syftar till möjliggörande av webbläsning och ”caching”, dvs. mellanlagring av information. Det underlättar internetkommunikation och gör den snabbare. Vid mellanlagring sparas tillfälligt delar eller hela verkskopior i datorns minne när de överförs, på servrar etc. Utan caching skulle en dator bli tvungen att återvända till ursprungskällan vid varje hämtning. Nedladdning av material omfattas däremot inte av denna bestämmelse. Av 11 a § 2 st. URL framgår att tillfälliga kopior endast är tillåtna för att antingen möjliggöra överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller för att möjliggöra laglig användning.

I 12 § URL finns en annan inskränkning som möjliggör privatkopiering. Enligt bestämmelsen tillåts fysiska personer att för privat bruk framställa ett eller ett par exemplar av materialet, under förutsättning att förlagan till materialet gjorts tillgänglig för allmänheten på ett lagligt sätt.

2.7 Intrång

Utnyttjanden av verk i strid mot upphovsrätten regleras i 7 kap. URL, och kan som högst ge ett fängelsestraff på två år. Att utnyttjaren var osäker på situationen gällande objektets upphovsrättsliga skyddsstatus eller lagregleringen på området är inte friande från intrång.¹⁴ En förutsättning för intrång är just utnyttjande, medvetet eller omedvetet.¹⁵

2.7.1 Fildelning

Fildelning har definierats som ”tillgängliggörande av filer på en dator för kopiering från andra datorer i samma datornät”.¹⁶ Illegal fildelning är sådan där filerna som tillgängliggörs består av exemplar som mångfaldigats och/eller tillgängliggjorts på ett sådant sätt som strider mot bestämmelserna i URL.

Vid illegal fildelning används oftast P2P (peer-to-peer)-baserade datorprogram. Det är en teknik som möjliggör för datorer som är uppkopplade till internet att kommunicera med varandra och ladda ner från

¹³ Wolk, Sanna: *Universitetslärarens upphovsrätt*, Sveriges universitetslärarförbund, Stockholm, 2011, s. 11.

¹⁴ Levin, 2007, s. 183.

¹⁵ Levin, 2007, s. 183.

¹⁶ Ds 2007:29 *Musik och film på nätet – hot eller möjlighet?*, s. 335.

varandra. Populära P2P-program är Direct Connect (DC) och BitTorrent. Det senare använder s.k. torrent-teknik, vilken möjliggör samtidig upp- och nerladdning av en fil. Den önskade filen delas in i mindre bitar, vilka simultant kan laddas ner eller upp, från respektive till, ett stort antal användare. Användarna kommunicerar inte direkt med varandra – kontakten mellan upp- och nerladdare knyts på teknisk väg, genom nerladdningen av en torrentfil, vilken innehåller metadata om den egentliga, önskade filen och hos vilken eller vilka uppladdare den finns för nerladdning. I sammanhanget ska framhållas att torrentfilen i sig inte innehåller något upphovsrättsligt skyddat material, utan endast finns till för att spåra den önskade filen. Torrentfiler tillhandahålls i sin tur på s.k. torrentindex, alltså hemsidor som indexerar torrentfiler, varav den mest kända är The Pirate Bay.¹⁷ DC och liknande fildelningsprogram använder i stället ett system av hubbar, dvs. datorer som fungerar som sambandscentraler mellan alla användare anslutna till den aktuella hubben. För att ansluta till en hubb behöver en användare oftast ”dela med sig” av en viss mängd data, dvs. dirigera programmet till en plats i datorn som innehåller sådana filer som användaren är villig att erbjuda till uppladdning. I DC kan användare kommunicera direkt, både genom en chattfunktion och genom att ansluta till en specifik användare vid ner- respektive uppladdning. Programmet har en slags databasfunktion vari användare söker efter den önskade filen. En lista över de användare som erbjuder den till uppladdning visas och nerladdaren väljer en användare. Nerladdaren ansluter således till uppladdaren och fildelningen genomförs uteslutande mellan de två.

Det är inte möjligt att spåra fildelning till en specifik dator, men det är möjligt att hitta IP (Internet Protocol)-numret som hör till den uppkoppling från vilken fildelningen sker. Varje uppkoppling mot internet får ett unikt IP-nummer som möjliggör uppkoppling mot och kommunikation via internet. IP-nummer är numera uteslutande dynamiska, vilket innebär att samma nummer kan innehas av flera användare under ett och samma dygn.¹⁸ En och samma uppkoppling, och därmed även IP-nummer, kan delas av ett flertal datorer vid samma tillfälle genom ett trådlöst nätverk.

2.7.2 Åtgärder

Länge var rättighetshavare i princip maktlösa i att hävda sina rättigheter. Den snabba tekniska utvecklingen på fildelningsområdet har lett till att åtgärds- och sanktionslagstiftningen halkat efter. Emellertid har möjligheterna successivt ökat för både offentliga och privata aktörer att hävda upphovsrätter och beivra brott mot dessa.

Åtgärder för att beivra brott återfinns dels i URL, som innehåller civilrättsliga åtgärder vilka kan vidtas av rättighetshavare, och dels RB, som innehåller straffrättsliga åtgärder som vidtas av polis och åklagare.

¹⁷ The Pirate Bay, torrentindex: <http://thepiratebay.se/>, hämtad 2012-05-09.

¹⁸ Ds 2007:29, s. 336.

2.7.2.1 Åtgärder i brottmål

RB:s regler om tvångsmedel kan komma att användas i ett straffrättsligt förfarande. I sådant fall är bestämmelserna om husrannsakan och beslag av intresse, vilka verkställs av polis. Därmed aktualiseras även ett antal försiktighetsregler, till exempel principen om proportionalitet. Enkelt uttryckt innebär principen att åtgärdens omfattning och dess effekter ska vägas mot brottets svårighetsgrad (se vidare under 3.4).¹⁹ Det är även viktigt att dokumentera förfarandet noggrant, eftersom sådan dokumentation kan bli tungt vägande bevisning i en rättegång och visa den brottsliga verksamhetens omfattning.²⁰

Beslag innebär att den som utför en husrannsakan, exempelvis polisman, får ta föremål som påträffas i beslag. Husrannsakan, som regleras i 28 kap. RB, är alltså ofta ett medel för att verkställa beslutet om beslag.²¹ Enligt 27 kap. 4 § RB är det förundersökningsledaren eller åklagaren som fattar beslut om beslag. Ett sådant beslut måste grunda sig på en brottsmisstanke och exempelvis en målsättning att säkra bevisning för att knyta en gärningsman till brottet.

Husrannsakan i IT-miljö (informationsteknologi) sker under speciella förhållanden. Det finns flertalet alternativ vad gäller valet av metod, av vilka det vanligaste är att datorer och kringutrustning beslagtas. Ett annat tillvägagångssätt är att en total spegelkopiering av lagringsmedierna utförs på platsen för husrannsakan, alternativt att endast valda delar av datorer och utrustning kopieras. I de två senare fallen beslagtas egentligen inget material, då data är immateriellt och informationen faktiskt finns kvar i ägarens system. Beroende på brottsutredningens karaktär väljs en metod, men även proportionalitetsprincipen kan och bör spela roll i valet. Om den valda åtgärden innebär driftstörningar eller avstannande av pågående affärsverksamhet, bör polis kunna tillhandahålla ersättningsteknik medan beslagsundersökningen pågår.²²

Det är särskilt viktigt att beakta den eventuella förekomsten av delad eller blandad information, om det finns aktörer andra än den utredningen gäller som använder utrustningen som undersöks. I fall som gäller privatpersoner är det ofta andra än den tilltalade som använder datorn i fråga, och med tanke på de stora mängder av personlig information som skickas över Internet och via datorer är det troligt att även andra människors personliga information finns att tillgå på datorn. I de fall där polisen gör beslag av hela datorutrustningen innebär det utan tvekan att hela materialet som finns på hårddisken hanteras, vilket gör det än mer aktuellt att beakta denna aspekt.²³

¹⁹ Se 27 kap 1 § 3 st. RB angående beslag samt 28 kap 3a § angående husrannsakan. Se även 8 § polislagen.

²⁰ Kronqvist, Stefan: *Brott och digitala bevis. En handledning*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007, s. 38.

²¹ SOU 2011:45 *Förundersökning – objektivitet, beslag, dokumentation* m.m., s. 273.

²² Kronqvist, 2007, s. 78 f.

²³ Kronqvist, 2007, s. 79 ff.

2.7.2.2 Civilrättsliga åtgärder

Civilrättsliga åtgärder vid upphovsrättsintrång kan vidtas av upphovare, rättighetshavare eller intresseorganisationer som företräder någon av dessa. Möjligheterna inkluderar att väcka talan vid domstol och få skadestånd eller beslut vid vite för intrångsgöraren att upphöra med den olovliga åtgärden. Genom den europeiska harmoniseringen av IPRED-direktivet tillfördes ”delvis politiskt kontroversiella” ändringar av sanktionssystemet i URL.²⁴ Lagstiftaren utökade möjligheten att använda andra åtgärder än de straffrättsliga för intrång som utförs över internet, vilket tidigare i princip saknats i lagstiftningen.

Den civilrättsliga åtgärden intrångsundersökning har som syfte att säkra bevis, ofta i rättegångar gällande upphovsrättsintrång. Åtgärden regleras i 56 a-h och 57 §§ URL. Om det skäligen kan antas att intrång eller överträdelse pågår av sådant slag som tas upp i 53 § URL, kan domstol med omedelbar verkan besluta om undersökning. Denna typ av beslut kan fattas utan att motpartens hörs om det är fara i dröjsmål, till exempel om det finns en risk att bevismaterial kan undanröjas.²⁵ Det har argumenterats att en intrångsundersökning som civil åtgärd tangerar de straffrättsliga reglerna om husrannsakan och åtgärden egentligen är en ”privat husrannsakan”.²⁶

I 53 c-h § URL regleras informationsföreläggande, en annan civilrättslig åtgärd som kan aktualiseras om sannolika skäl finns för att ett upphovsrättsligt intrång föreligger. Regleringen har ”tydlig inriktning mot upphovsrättsliga oegentligheter med anslutning till internet”.²⁷ I 53 c § URL definieras bland andra internetleverantörer som sådana aktörer, vilka kan förpliktigas att vid vite utge information om en användares ursprung. Det innebär att internetleverantören ska identifiera användaren bakom ett IP-nummer och lämna detta till sökanden, om sökanden så begär vid domstol. I 53 d § klargörs att proportionalitetsprincipen ska beaktas i domstolens bedömning.

Av 53 g § URL bekräftas att i mål som handlar om brott enligt 53 § får personuppgifter behandlas av andra än myndigheter, om det är nödvändigt för att ett rättsligt anspråk ska kunna fastställas, göras gällande eller försvaras. 53 g § URL innebär därmed ett undantag från 21 § personuppgiftslagen (1988:204), som alltså utgör huvudregel och ger myndigheter en exklusiv rätt att behandla personuppgifter i lagöverträdelser som innefattar brott. I och med genomförandet av Datalagringsdirektivet i svensk rätt är internetleverantörer förpliktigade att lagra information som kan identifiera misstänkta fildelare i upp till två år. En viss kontrovers har förelegat gällande rättighetshavarens tillgång till informationen, när det enligt direktivet endast ska vara nationella myndigheter som ska kunna tillgå sådan information som avses i artikel 4 i Datalagringsdirektivet. URL

²⁴ Bernitz, et al., 2011, s. 128.

²⁵ Bernitz, et al., 2011, s. 130.

²⁶ Näringsutskottets betänkande 2008/09:NU11 s. 165.

²⁷ Bernitz, et al., 2011, s. 130.

innehåller ingen motsvarande avgränsning utan tillåter även rättighetshavaren att utkräva den från internetleverantören. Som en följd av detta har URL:s regler om informationsföreläggande använts mycket sällan sedan de infördes. Emellertid har den nyligen meddelade domen från EU-domstolen i det s.k. ePhone-målet (EU-domstolen (tredje avdelningen), dom 2012-04-19 i mål C-461/10) klargjort att datalagringsdirektivet inte står i strid med URL och rättighetshavare själva, via domstol, kan vända sig till internetleverantörer för att verkställa ett informationsföreläggande (se vidare under avsnitt 5 om domstolsavgöranden).

3 Skyddet för den enskildes rättssäkerhet

I all rättskipning gäller ett antal grundläggande principer som är menade att säkra den enskildes rättssäkerhet och i slutändan utesluta möjligheten att en oskyldig person döms för ett brott. Flertalet av principerna och grundsatserna finns stadgade i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna av 1950 (EKMR) och Förenta nationernas (FN) deklaration om de mänskliga rättigheterna av 1948.

Sambandet mellan idén om rättssäkerhet och den om den enskildes integritet är tydligt – båda innebär att den enskilde, som redan i ursprungsläget står i beroendeställning till samhället, försätts i situationer där hen har svårt att värja sig från ingrepp eller övergrepp från samhället. Både rättssäkerheten och integriteten är frågor som generellt riskerar att förbises till förmån för statsintresset, men som är viktiga att värna om för rättssamhällets fortlevnad.

3.1 Rättvis rättegång

Rätten till en rättvis rättegång är en brett definierad rättighet och kan sägas innefatta flertalet svenska processrättsliga principer. Rätten återfinns i EKMR, och av konventionens artikel 6 framgår att varje person har rätt till en rättvis rättegång ("fair trial"). Den primära innebörden av detta uttryck är att ingen oskyldig ska dömas för ett brott, och för att kunna försvara sig mot anklagelser ska den misstänkte ges alla möjligheter till detta.

Den s.k. legalitetsprincipen kan inlemmas i begreppet rättvis rättegång. Den är en av processrättens, för att inte säga juridikens, mest grundläggande principer, och innebär att ingen ska bli orättvist straffad – att all lagföring ska baseras på lag och att denna ska vara förutsägbar och tydlig.²⁸ Legalitetsprincipen har kommit till uttryck i artikel 7 EKMR.

3.2 Oskuldspresumtionen

Den grundläggande principen om oskuldspresumtion fastställs i bland annat artikel 6.2 EKMR och artikel 11 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna. Den är inte lagfäst i svensk lag, även om EKMR i sin helhet gäller i Sverige, utan anses vara en allmän rättsgrundsats. Dess innebörd är att en misstänkt ska anses vara oskyldig, tills det i en rättegång bevisats att personen är skyldig. Det innebär också att brottsutredare och domstol inte

²⁸ Bring, Thomas (red.), Diesen, Christian och Schelin, Lena: *Förundersökning*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1999, s. 27.

får behandla den tilltalade som om hen vore skyldig, innan motsatsen bevisats.

3.3 Den kontradiktoriska principen

En annan grundläggande princip i svensk processrätt är den kontradiktoriska principen, som i huvudsak innebär att det i en rättegång ska finnas två mot varandra stående parter. Domstolen ska inte vara part i målet, utan endast lyssna på det parterna har att säga och basera sin bedömning i målet på det som framlagts av parterna. En annan aspekt av den kontradiktoriska principen är att båda parter ska få komma till tals i processen, och att detta ska ske på lika villkor.²⁹ Därmed ska de ha lika god möjlighet att åberopa bevisning och föra talan i processen.³⁰ Båda parter ska få kännedom om allt material i processen och ska ges möjlighet att bemöta allt som motparten anför.³¹

Likställdhetsgrundsatsen är nära besläktad med den kontradiktoriska principen och anses ligga till bas för all rättsskipning. Dess utgångspunkt är att parterna i en rättegång ska vara likställda och ha lika goda möjligheter att göra sin röst hörd. Den innebär därmed att ”den tilltalade inte får ha sämre möjligheter än åklagaren att utföra sin talan i rätten”.³²

3.4 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen är en renodlad rättssäkerhetsprincip som i förevarande arbete innebär att en åtgärds omfattning och effekter för den misstänkte måste vägas mot vinningen av det ändamål som uppnås genom åtgärden, eller styrkan av behovet för åtgärden. Principen återfinns i exempelvis 53 d § URL om informationsföreläggande; ”[e]tt informationsföreläggande får meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse”.

Hänsynsprincipen är besläktad med proportionalitetsprincipen och tar sikte på den personliga integriteten. Den kommer till uttryck i 23 kap. 4 § RB, där det stadgas att en förundersökning ska bedrivas så att ingen blir utsatt för misstanke i onödan eller åsamkas någon extra kostnad eller olägenhet

²⁹ Mellqvist, Mikael & Wirdemark, Kristina: *Processrätt*, Iustus Förlag, Västerås, 2010, s. 28.

³⁰ Bring (red.) et al., 1999, s. 82.

³¹ Bring (red.) et al., 1999, s. 38.

³² Bring (red.) et al., 1999, s. 82.

3.5 Skyddet för den personliga integriteten

2007 presenterades en offentlig utredning som var menad att kartlägga den lagstiftning som rör den personliga integriteten, samt besvara frågan om ifall skyddet för denna är tillräckligt reglerat i svensk lag. Den omfattande utredningen visade att integritetsskyddet i svensk lagstiftning generellt har fått stå tillbaka till förmån för statsintresset.³³ Utredningen specificerar att de nya kommunikationsteknikerna, främst internetkommunikation, tillåter en lagring av information som sammantaget kan ge en mycket detaljerad bild av den enskildes privatliv. En kartläggning av dessa uppgifter kan ge förödande konsekvenser för den personliga integriteten och det spelar ingen roll om kartläggningen ”utförs av en privatperson i eget intresse eller i behörig ordning av en statlig myndighet”.³⁴ Utredningens slutsats är att det finns ett behov av ökat, lagstadgat integritetsskydd i både grundlag och vanlig lag.

3.6 Inskränkningar

I artikel 8 EKMR finns en bestämmelse om rätten till privatliv, vari stadgas att var och en har rätt till respekt för sitt privatliv. Ingen myndighet ska inskränka åtnjutandet av den rättigheten, om inte inskränkningen är lagstadgad och nödvändig i ett demokratiskt samhälle, med hänsyn till bl.a. förebyggande av brott och andra personers fri- eller rättigheter. Det kan diskuteras huruvida fildelningslagstiftningen, i sin nuvarande form, är sådan som är ”nödvändig i ett demokratiskt samhälle”, då den kan anses innebära en inskränkning av just rätten till privatliv. Förutom i artikel 8 EKMR återfinns regler om rätten till privatliv i flera internationella konventioner, exempelvis FN:s konvention om de civila och politiska rättigheterna av 1966.³⁵ I den senare bestämmelsen har adderats en formulering om att ett inskränkande av rättigheten inte får vara ”unlawful”, dvs. olagligt. Andra rekvisit för godkända inskränkningar av rättigheter har utvecklats i doktrinen och av FN. Olivier de Schutter, specialrapportör hos FN, menar att inskränkningen även måste ha ett legitimt ändamål och att den måste vara proportionerlig – alla påverkade intressen måste noga balanseras mot varandra.³⁶ Om alla rekvisit är uppfyllda är inskränkningen i rättigheten acceptabel. Det har diskuterats huruvida gemenskapslagstiftningen, i synnerhet Datalagringsdirektivet, uppfyller dessa rekvisit. Kritiken som framförts har främst gällt den integritetskränkning som Datalagringsdirektivet inneburit, då offentliga myndigheter får stor insikt i enskildas internetanvändning och -kommunikation genom de nya bestämmelserna, se till exempel skuggutvärderingsrapporten av direktivet,

³³ SOU 2007: 22 *Skyddet för den personliga integriteten - kartläggning och analys*, s. 445 f.

³⁴ SOU 2007:22, s. 67 f.

³⁵ Se härom konventionens artikel 17.

³⁶ De Schutter, Olivier: *Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, s. 288.

genomförd av organisationen European Digital Rights.³⁷ Med tanke på kritiken som framförs mot offentliga myndigheters insyn i medborgares privatliv, kan tänkas att samma insyn men från rättighetshavare eller en privat utredare anlitad av denna är, ur integritetssynpunkt, än värre.

3.7 Rättssäkerhetsaspekter i förundersökningen

Ett åtals väckande föregås av en förundersökning. Denna utförs av polis och åklagare, och innebär att målet i princip är förberett redan när det kommer in till tingsrätten.³⁸ Reglerna om förundersökningen återfinns i 23 kap. RB.

En förundersökning är till sin början av en helt inkvisitorisk karaktär, vilket betyder att det saknas parter i egentlig mening och att berörda personer är undersökningsobjekt i en utredning som bedrivs av en myndighet.³⁹ Vid ett inkvisitoriskt förfarande blir principer för att säkra parternas rättssäkerhet ytterst viktiga, eftersom parterna själva inte kan hävda sina intressen och rättigheter. Förundersökningen får vissa ackusatoriska drag då någon delges misstanke om brott, när den personen får vissa partsliknande attribut i det att den har rätt till insyn i allt som lagts till grund för misstanken (se nedan under avsnitt 3).

Förundersökningens främsta syfte är att ta fram ett underlag som ska hjälpa åklagaren att avgöra om ett åtal bör väckas. Undersökningen syftar även till att hjälpa den misstänkte med sitt försvar. Hen kan kontinuerligt ta del av utredningen och i viss mån påverka den. Förundersökningen kan även ge den misstänkte en chans att undvika åtal genom att rentvå sig innan sådant väcks.⁴⁰ En förundersökning utgör även underlag för försvararens, målsägandebiträdets och rättens förberedelser inför rättegången.⁴¹

Utgångspunkten är att parterna, dvs. den misstänkte och åklagaren/polisen, inte är jämställda. Den senare har "tolkningsföreträde" och bestämmer i regel utan kontroll av en neutral part hur 23 kap. RB ska tillämpas.⁴² Maktbalansen i kombination med det praktiska tolkningsföreträdet innebär att kraven på insikt om och efterlevnad av nedanstående regler och principer är högt ställda.

³⁷ European Digital Rights: "Shadow evaluation report on the Data Retention Directive (2006/24/EC), 17 April 2011", hämtad från http://www.edri.org/files/shadow_drd_report_110417.pdf 2012-05-16.

³⁸ Mellqvist & Wirdemark, 2010, s. 108.

³⁹ SOU 2011:45 s. 98.

⁴⁰ Mellqvist & Wirdemark, 2010, s. 109.

⁴¹ Bring (red.) et al., 1999, s. 335.

⁴² Bring (red.) et al., 1999, s. 34.

3.7.1 Objektivitetsprincipen

Objektivitetsprincipen kan sägas fungera som en motvikt till det inkvisitoriska draget i förundersökningen.⁴³ Principen finns uttryckt i bl.a. 23 kap. 4 § RB, vilken fastslår utredningen ska bedrivas ”brett, allsidigt och förutsättningslöst”.⁴⁴ Förundersökningen är alltså inte en åtgärd för att ”sätta dit” den misstänkte, utan ska presentera eventuella argument för åtal såväl som argument mot åtal. Detta ska gälla även om personen i fråga har erkänt brottet.⁴⁵ Den nämnda bestämmelsen stadgar uttryckligen att objektivitetsprincipen ska gälla för samtliga som har till uppgift att agera under en förundersökning, dvs. för polis och åklagare samt tjänstemän vid andra brottsutredande myndigheter, men är främst riktad till den som är ansvarig för att leda förundersökningen.⁴⁶ Dess varaktighet begränsas enligt ordalydelsen i 23 kap 4 § RB till endast ”vid förundersökningen”, men den anses generellt vara viktig både före en undersöknings inledande och under den rättsliga processens gång.⁴⁷ Justitieombudsmannen (JO) har i fråga om objektivitetsprincipens vikt under förundersökningen framhållit att även omständigheter som inte entydigt talar till den misstänktes förmån men som skulle kunna vara av betydelse för hans försvar skall tas till vara och redovisas.⁴⁸

Om den misstänkte har en försvarare anses objektivitetsprincipen falla tillbaka något för åklagaren, då den misstänktes intressen anses vara tillvaratagna genom försvararens närvaro och delaktighet i processen. Emellertid är det fortfarande åklagaren som har resurser och skyldighet att utreda målet, och det ska ske enligt objektivitetsprincipen.

Hela utredningsbördan i brottmål ligger på åklagaren. Det innebär att åklagaren ska ta fram bevis både för och emot den misstänkte, i enlighet med objektivitetsprincipen. Det kan anses skevt att samma person som anklagar den tilltalade för ett brott och på objektiva grunder funnit bevis som gör att hen kan fällas även ska hitta bevis som motsäger just detta, men det har framkommit genom bland annat praxis att detta tillvägagångssätt anses vara hållbart så länge utredaren uppfyller sin objektivitetsplikt och inte låser sig vid en viss hypotes utan hela tiden siktar på att driva en bred utredning.⁴⁹ Med utredningsplikten följer även en redovisningsplikt, vilken innebär att förundersökningsledaren är skyldig att framlägga de objektiva bevis som hittats, oavsett om de talar för eller emot åtal.⁵⁰

Det bör nämnas att rätten har en sekundär utredningsplikt, enligt 46 kap. 4 § RB. Det innebär att objektivitetsprincipens efterlevnad i samtliga fall ska

⁴³ SOU 2011:45 s. 99.

⁴⁴ Bring (red.) et al., 1999, s. 28.

⁴⁵ SOU 2011:45 s. 99.

⁴⁶ SOU 2011:45 s. 95.

⁴⁷ Justitieombudsmannens (JO) ämbetsberättelse 2007/08 s. 91.

⁴⁸ JO 2007/08 s. 90.

⁴⁹ SOU 2011:45 s. 100.

⁵⁰ SOU 2011:45 s. 100.

kontrolleras av rätten, men noteras bör att detta inte äger rum under utredningens gång, utan efter dess färdigställande.⁵¹

Åklagarmyndigheten har i en promemoria framhållit att bestämmelserna om vad som ska tas med i förundersökningsprotokollet är av yttersta vikt för rätten till en rättvis rättegång.⁵² Endast sådant som inte är av betydelse för utredningen får sorteras bort. Åklagarmyndigheten understryker även objektivitetsprincipens vikt och minner om att fakta som exempelvis att en person inte hade uppgifter att lämna vid förhörstillfället inte nödvändigtvis är betydelselösa. Även det som sorteras bort ska finnas tillgängligt för båda parter att undersöka, se nedan om sidomaterial.

3.7.2 Rätten till partsinsyn

Rätten till partsinsyn kan sägas vara en del av objektivitetsprincipen men delar också karaktärsdrag med den kontradiktoriska principen. Den innebär att den åtalade har rätt att se allt som läggs till grund för anklagelserna mot personen,⁵³ en rättighet som dock kan undantas om hens vetskap kan skada utredningen på något sätt.⁵⁴ Syftet med partsinsynen är att den misstänkte ska kunna påbörja arbetet med sitt försvar och påkalla ytterligare utredning om sådan finns vara nödvändig. Detta kan jämföras med artikel 6.3 i EKMR, som etablerar ett antal minimirättigheter för den misstänkte. Det finns i någon mån ett krav på den misstänkte och den eventuelle försvararen att hålla sig aktiva i förundersökningsprocessen och anstränga sig för att kontinuerligt ta del av materialet som framläggs,⁵⁵ men även ett krav på åklagaren att kontinuerligt pröva vilket material som får och kan framläggas till den misstänkte.⁵⁶

Innan förundersökningen avslutas och åklagaren beslutar om åtal har den misstänkte och försvararen, om sådan finns, en absolut rätt att ta del av hela materialet. De ska få tillgång till materialet och skäligen rådrum över det enligt 23 kap. 18 § RB, vilket i praktiken oftast sker genom att den misstänkte och försvararen får var sin kopia av det preliminära förundersökningsprotokollet.⁵⁷

Både misstänkt och försvarare har rätt att se material som av förundersökningsledaren ansetts vara oväsentligt för utredningen och därmed inte tagits med i förundersökningsprotokollet, s.k. sidomaterial. För att den misstänkte ska veta att sådant material finns och har sorterats bort ska sådant redogöras för redan i det preliminära förundersökningsprotokollet. Om ingen sådan information ges är det troligt att den tilltalade utgår ifrån att det i förundersökningen redovisade

⁵¹ Bring (red.) et al., 1999, s. 37.

⁵² Åklagarmyndighetens RättsPM 2008:4 *Partsinsyn*, s. 11.

⁵³ Mellqvist & Wirdemark, 2010, s. 42.

⁵⁴ Bring (red.) et al., 1999, s. 98.

⁵⁵ Bring (red.) et al., 1999, s. 98.

⁵⁶ RättsPM 2008:4 s. 12.

⁵⁷ SOU 2011:45 s. 101.

materialet är allt som förekommit under undersökningen. Enligt JO ska det därför framgå, exempelvis av det preliminära förundersökningsprotokollet, att bortsorterat material finns. JO har påpekat att ett utelämnande av sådana uppgifter strider både mot 23 kap. 18 § RB och mot artikel 6 i EKMR. Det bör dock nämnas att Åklagarmyndigheten i ett remissvar på SOU 2010:14 om partsinsyn nämner att sidomaterialet oftast är mycket omfattande och endast sällan leder till något som försvaret kan lyfta i rättegången. Ändå har det blivit närmast rutin för den tilltalade och/eller försvararen att gå igenom allt sidomaterial i stora mål.⁵⁸ Oavsett nyttan i att få tillgång till materialet kan konstateras att det är en rättssäkerhetsaspekt som är viktig att beakta.

⁵⁸ Åklagarmyndighetens yttrande över insynsutredningens betänkande *Partsinsyn enligt rättegångsbalken* (SOU 2010:14), diarienummer ÅM-A 2010/0892, s. 5.

4 Bevis i fildelningsmål

Digitala fildelningsbrott sker per definition på internet eller med hjälp av internet. Därmed är den större delen av bevismaterialet som samlas in s.k. digital bevisning. Begreppet digital bevisning har ingen tydlig definition i svensk rättsvetenskap, men kan enligt Stefan Kronqvist, chef för Rikskriminalpolisens IT-brottssektion, brett beskrivas som ”allt bevismaterial som härrör från digitala tekniska miljöer”.⁵⁹ I polisens specialistutbildningar används definitionen ”[...] information eller data som lagras i eller förmedlas av en elektronisk utrustning”.⁶⁰

Bevis insamlade vid utredning av internetrelaterad brottslighet kan delas in i två huvudtyper. Den första är identifikationsbevisning, vilket innebär spårning och identifiering av hårdvaran som använts för att utföra den brottsliga handlingen, samt personen som utfört handlingen. Den andra typen kallas informationsbevisning, dvs. säkring och lagring av information som finns på internet – det kan i fildelningsmål röra sig om torrentfiler och korresponderande film- eller ljudfiler. Informationsbevisning kan vara både information som i sig utgör brott och information som styrker en brottsmisstanke. Vad gäller internetrelaterade brottsutredningar krävs oftast både identifikations- och informationsbevisning, och dessutom utförs inte sällan en husrannsakan och beslag av den misstänktes datorutrustning för att inhämta kompletterande digital information.⁶¹

I fildelningsmål, så som i de flesta andra mål som rör brott begångna med datorer, uppkommer ett antal relativt svåra bevisfrågor. För att en misstänkt ska kunna fällas för brottet fildelning krävs det för det första att det är styrkt att IP-numret som spårats till en abonnent har tilldelats just den utrustning som abonnenten ägt eller disponerat vid tillfället. För det andra ska det vara ställt utom rimligt tvivel att det var just den misstänkta personen som använde utrustningen vid tillfället, och inte någon annan (se vidare under avsnitt 5 om domstolsavgöranden).⁶² Som bevisning har i fildelningsmål använts exakta tidsangivelser som utlästs först ur fildelningsprogrammen, sedan kontrollerats mot internetleverantörens loggar över vilken abonnent som använt aktuellt IP-nummer vid den angivna tidpunkten. Digitala bevis som insamlas är inte viktiga bara ur bevissynpunkt men även i rättssäkerhetshänseende. Tidsangivelsen är betydelsefull för att stärka eller försvaga den misstänktes alibi och det är helt centralt att den är precis.⁶³

⁵⁹ Kronqvist, 2007, s. 15.

⁶⁰ Kronqvist, 2007, s. 15.

⁶¹ Kronqvist, 2007, s. 44 f.

⁶² Se Svea hovrätts dom 2006-10-02 i mål B 8799-05 (*Hip Hip Hora*-målet), Borås tingsrätts dom 2006-10-18 i mål B 624-06 (Boråsmålet), Linköpings tingsrätts dom 2008-05-05 i mål B 1066-06 (Linköpingsmålet).

⁶³ Kronqvist, 2007, s. 62.

4.1 Domstolens bevisprövning

Genom bevisprövningen försöker domstolen oftast falsifiera alternativa hypoteser om vad som kan ha hänt, i stället för eller på ett annat sätt än i åklagarens gärningsbeskrivning.⁶⁴ Regeln om fri bevisprövning i 35 kap. 1 § RB innebär att det i princip inte finns några begränsningar för vad som får presenteras som bevis i en rättegång. Principen innebär även att bevisprövningen inte ska styras av några på förhand bestämda regler.

Under rubriken bevisprövning finns det snävare begreppet bevisvärdering, dvs. avgörandet om varje bevis styrka. Den senare ska ”grundas på [domarens] objektiva övertygelse efter noggrann analys och värdering av bevisningen”.⁶⁵ Det bör även sägas att avgörandet inte ska grundas på ett totalintryck av all bevisning, utan att varje bevis ska värderas separat. Dessa bestämmelser har som syfte att undvika att rätten påverkas av subjektiva värderingar och andra irrelevanta faktorer. Professorn i processrätt Christian Diesen menar att en uppenbar sådan faktor kan vara åklagarens styrande roll – det faktum att hen ska följa objektivitetsplikten och vara ”förnuftig” kan medföra att rätten har inställningen att målet är objektivt utrett och i princip direkt kan leda till en fällande dom.⁶⁶

I de för arbetet aktuella fallen har den misstänkte ofta erkänt ett brott. Det är viktigt att notera att endast ett erkännande inte är tillräcklig bevisning för fällande dom enligt 35 kap. 3 § 2 st. RB. Om erkännandet däremot styrks av andra omständigheter kan det anses vara så pass stark bevisning att den misstänkte kan fällas.

4.2 Bevisbörda

Huvudregeln är att den som hävdar intrång i upphovsrätten ska bevisa det – det är alltså åklagaren som har bevisbördan. Hen ska visa att gärningspåståendet som framläggs stämmer såtillvida att rätten kan anta att det är ”bortom rimligt tvivel” att något annat skulle ha hänt. Det räcker att rätten inte anser att åklagarens påståenden om vad som hänt är tillräckligt övertygande (bortom rimligt tvivel) för att den misstänkte ska frikännas. Rätten kan bortse från det som försvaret framför och behöver inte basera sin frikänning därpå.

Även bördan att utreda målet ligger på åklagaren. Om någon omständighet i rätten anses vara outhärdad faller åtalet på grund av bristande utredning. Den metod som försvaret primärt använder för att få åtalet ogillat är att falsifiera de bevis som läggs fram för att på så sätt visa på alternativa hypoteser om vad som kan ha hänt.

⁶⁴ Bring (red.) et al., 1999, s. 126.

⁶⁵ Bring (red.) et al., 1999, s. 126.

⁶⁶ Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, s. 35.

4.3 Den tilltalades bördor

Under hela processen, från förundersökning till dom, har den tilltalade ingen skyldighet att uttala sig eller utreda något, men kan påpeka för åklagaren vad som bör utredas. I ett brottmål kan det vara till exempel invändningen att den tilltalade inte befann sig på platsen vid det aktuella tillfället, vilket leder till att rätten prövar frågan om alibi – som kanske inte hade prövats annars. Det är alltså till den tilltalades fördel att åberopa omständigheter som är relevanta, men någon åberopsbörd per se kan inte åläggas den tilltalade.⁶⁷ I stället talar Diesen för en informationsbörd, alltså en skyldighet att förse rätten med information som kan leda till en mer omfattande utredning och därmed större möjligheter att pröva friande förklaringar. Den tilltalade är ju i teorin den primära informationskällan i ett brottmål, men har samtidigt inte någon lagstadgad skyldighet att uttala sig i rättsprocessen. Informationsbördan skulle, enligt Diesen, vara reducerad till sådana situationer där rätten helt försummat eller misslyckats med att efterforska existensen av sådana omständigheter som hjälper den tilltalade.⁶⁸ Emellertid är det rättens och åklagarens uppgift att minimera risken för att den tilltalade blir lidande på grund av ofullbordad informationsbörd genom att dessas respektive utredningsansvar fullgörs.⁶⁹ Diesen menar vidare att den tilltalade eller försvaret kan sägas ha en konkretiseringsbörd, vilket framkom i NJA 1988 s. 292. I domskälen har Högsta domstolen (HD) framhållit att vaga och föga konkretiserade invändningar eller påpekanden som inte kan kontrolleras bör lämnas utan avseende. HD menade vidare att det är den tilltalade som bär risken om inget friande alternativ läggs fram, men att hen har som sagt inget krav på sig att bevisa sin oskuld. Dock menar Diesen att konkretiseringsbördan bör begränsas till sådana brott där den tilltalade har en viss aktivitetsplikt, alltså när brottet består i underlåtenhet. Samtidigt innebär bristande konkretisering av en invändning en faktisk begränsning av åklagarens och rättens utredningsmöjligheter.⁷⁰

4.4 Möjliga felkällor

I den upphovsrättsliga förundersökningen är det viktigt att komma underfund med om det finns flera datorer som är anslutna till samma abonnemang, och om datorn eller datorerna i fråga har flera användare. Om en trådlös internetanslutning används är det nödvändigt att undersöka om den varit lösenordsskyddad och i så fall, vem eller vilka som haft tillgång till den. Tekniska hjälpmedel används för att dokumentera vilket material som gjorts tillgängligt, från vilket IP-nummer detta hänt och vid vilken exakt tidpunkt. Enligt rättsinformatikern Daniel Westman är bevisningen i detta led helt beroende av trovärdigheten hos den som ansvarat för bevissäkringen. Han menar vidare att det till och med vore lämpligt att lägga

⁶⁷ Diesen, 2002, s. 68.

⁶⁸ Diesen, 2002, s. 68.

⁶⁹ Diesen, 2002, s. 69.

⁷⁰ Diesen, 2002, s. 69.

ut bevissäkringen på en oberoende tredje part, för att göra bevissäkringen så trovärdig som möjligt.⁷¹

Det får exempelvis, under bevissäkringen, inte finnas risk för att klockorna som använts i bevissäkringen inte är synkroniserade. I en undersökning ska det redovisas hur klockslaget för tillgängliggörandet verifierats och om internetleverantörens klocka går rätt, jämfört med den klocka som använts av den som utför undersökningen och klockan som finns hos den misstänkte. Det är även grundläggande att klockorna i undersökarens och internetleverantörens datorsystem är inställda på samma tidszon som det datorsystem varigenom intrånget sker.⁷² Ett annat problem kan vara tidsstämpelns lagringsform, vilken kan variera från absoluta till relativa värden. Även det visningsverktyg som används vid visning av datum och tid kan innebära en felkälla, om det skiljer sig mellan datorerna.⁷³ Det finns alltså flertalet möjliga problem vad gäller tidsstämpling av en användares internetaktivitet, vilka kan leda till en felidentifiering av en misstänkt. Exempelvis blev i maj 2008 en oskyldig person anklagad för barnpornografibrott när utredaren gjort ett misstag – antingen i hanteringen av klockorna eller i samband med IP-spårningen hos internetleverantören. Resultatet blev att ett visst IP-nummer felaktigt knöts till en hemadress som hörde till en oskyldig person, vars familj fick genomlida en husrannsakan. Felet uppdagades senare i förhör med den felaktigt misstänkte.⁷⁴

Det ska i sammanhanget framhållas att varken programmen som genererar loggarna över IP-numrets aktivitet eller personerna som går igenom dessa är felfria. I en av de granskade förundersökningarna har polisens IT-brottsgrupp, efter att ha kontrollerat IP-spårningen själv, understrukit att sådana undersökningar ofta ger ett felaktigt resultat, på grund av misstolkningar, felskrivningar och andra fel av mänsklig och teknisk natur.⁷⁵

En undersökning av användarens datorutrustning verkställs ofta i bevissäkringsprocessen. Syftet med en sådan är att säkra bevisning i form av fildelningsprogram, filer och dokument som laddats ner eller tillgängliggjorts. En undersökning av användarens datorutrustning kan även utesluta möjligheten att s.k. trojaner installerats. Trojaner, eller trojanska hästar, är program som oftast installeras på datorn utan användarens vetskap, till exempel i ett ”paket” med ett annat, till synes ofarligt, program. Trojaner är relativt ofta förekommande och kan ha olika funktioner, varav den vanligaste troligtvis är informationssamlade om datoranvändarens internetvanor. Emellertid utvecklades trojanska hästar ursprungligen som ett medel för att kunna fjärrstyra datorer, vilket innebär att en välprogrammerad

⁷¹ Westman, Daniel, ”Bevisfrågor vid upphovsrättsintrång genom fildelning m.m.”, *Lov & Data*, nr 88, december 2006, s. 36 ff.

⁷² Kronqvist, 2007, s. 92.

⁷³ Kronqvist, 2007, s. 92.

⁷⁴ Hernadi, Alexandra: ”Oskyldigt anklagad för barnporr”, artikel i *Svenska Dagbladet*, publicerad 2008-05-18 på http://www.svd.se/nyheter/inrikes/oskyldigt-anklagad-for-barnporr_1250553.svd, hämtad 2012-05-09.

⁷⁵ Se s. 24, FUP i mål B 6669-11 från Göteborgs tingsrätt.

trojan kan ge full kontroll över en användares dator till en helt annan, främmande, person.⁷⁶ Notera att Svea hovrätt i det s.k. *Hip Hip Hora*-målet⁷⁷ frikände den misstänkte fildelaren baserat på bland annat en avsaknad av en undersökning av hans dator (se vidare under avsnitt 5). Man skulle, genom en undersökning av den misstänktes datorutrustning, även kunna få vetskap hur eventuella trådlösa nätverk är konfigurerade och hur och av vem filer och program i datorn har använts. Westman framhåller att det, så länge säkerhetsnivån i hemdatorer håller samma låga säkerhetsnivå, alltid finns en teoretisk möjlighet – även om den långt ifrån alltid är anledning att hysa rimliga tvivel – att en utomstående person tillgång till datorutrustningen i fråga har utfört brottet, varför uppgifterna om datorns användning är av intresse för utredningen. Westman menar även att det i mål där den tilltalade inte lämnat sådana uppgifter att rätten anser det är ställt utom rimligt tvivel att fildelning skett, blir svårt att få en fällande dom utan en undersökning av datorutrustningen.⁷⁸

Kronqvist skriver, angående analysen av den utrustning som beslagtas, att det förekommer att målsägare inlämnar digitalt material till polisen i samband med brottsanmälan – oftast kopierad information som anmälaren antar kan vara av betydelse för utredningen. Kronqvist menar att den typen av material är relativt rätthanterligt, men understryker att polisen eller åklagaren ”måste förvissa sig om materialets autenticitet och kvalitet, om tidsstämplar eller annan systemgenererad information är korrekt”. Han menar vidare att problematik uppstår när en extern aktör utfört någon typ av förberedande utredning och i samband med detta bearbetat det material som så småningom ska användas som bevisning, särskilt när det gäller olika typer av digitala tidsstämplar. I dessa fall kan polisens specialister inte vittna om materialets autenticitet eller vilka processer som använts för att säkra bevisningen.⁷⁹

4.5 Provokation

Polisen är förhindrad att använda brottsprovokation i sitt brottsbekämpande arbete, vilket har betonats vid polislagens (1984:387) (PL) tillkomst. Polisen får varken själv begå en brottslig handling för att efterforska ett brott, eller provocera någon annan att begå en brottslig handling.⁸⁰

I doktrinen görs emellertid en skillnad mellan brotts- och bevisprovokation, där den senare under vissa omständigheter är tillåten. Om man misstänker att en brottslig gärning redan är påbörjad och provokationen syftar till att få den misstänkte att röja sin identitet kan provokation användas. Förutsättningarna för att använda provokativa åtgärder är att det finns en stark misstanke om brottslighet och att provokationen bara får riktas mot *en*

⁷⁶ Kronqvist, 2007, s. 171 f.

⁷⁷ Svea hovrätts dom 2006-10-12 i mål B 8799-05.

⁷⁸ Westman, 2006, s. 36 ff.

⁷⁹ Kronqvist, 2007, s. 90 ff.

⁸⁰ Prop. 1983/84:111 s. 46.

enda person, som förvisso inte behöver vara känd.⁸¹ I fall där åtgärderna riktar sig mot en större krets människor får det inte finnas någon risk att någon annan än den ”hypotetiske adressaten” provoceras till brottet.⁸² I bevisprovokation måste vidare proportionalitetsprincipen i 8 § PL beaktas. I samma bestämmelse återfinns behovsprincipen, vilken innebär att den åtgärd som verkställs – i detta fall bevisprovokation – ska vara den minst långtgående åtgärd som kunde användas för att uppnå det önskade resultatet. Dessutom ska provokativa åtgärder leda till väsentliga och användbara resultat för utredningen. Riksåklagaren har framfört att provokativa åtgärder endast får användas för att avslöja allvarlig brottslighet – ett svårdefinierat begrepp varifrån fildelning inte per automatik ska undantas, men i så fall bör det röra sig om en mycket omfattande verksamhet med tanke på naturen av de brott som räknas upp i den exemplifierande listan.⁸³ Därmed kan slutsatsen dras att provocerande åtgärder används mycket restriktivt.

⁸¹ Bring (red.) et al., 1999, s. 131.

⁸² Bring (red.) et al., 1999, s. 132.

⁸³ RättsPM 2007:4, *Provokativa åtgärder*, s. 18.

5 Domstolsavgöranden

5.1 Från svenska domstolar

År 2005 dömdes en person för brott mot upphovsrättslagen genom tillgängliggörande av skyddat material via ett fildelningsnätverk i *Hip Hip Hora*-målet. Västmanlands tingsrätt accepterade en skärmdump från hans dator som huvudsaklig bevisning i målet. Andra av domstolen angivna grunder för den fällande domen inkluderade att målsäganden saknade anledning att manipulera bevisningen för IP-spårningen, och att den tilltalade gjort vissa erkännanden under tidigare polisförhör. Domen mottog kritik och den ironiska Bevismaskinen skapades – en hemsida där vem som helst kan producera en ”skärmdump” som avbildar valfritt operativsystem, P2P-program, filer på väg att laddas ner och IP-nummer.⁸⁴ Med andra ord är det mycket enkelt att förfalska en skärmdump. Personen i fråga frikändes senare i Svea hovrätt, som med hjälp av teknisk expertis kunde påkalla ett flertal felkällor i förundersökningen. Hovrätten gjorde en ingående prövning och konstaterade bland annat att den omständigheten att den misstänktes datorutrustning inte undersöktes tillsammans med att tidsangivelsen som använts i förundersökningen inte kunde verifieras gjorde att det inte gick att dra en säker slutsats om vid vilken tid överföringen hade skett, och följaktligen inte heller att den gjordes via den misstänktes utrustning. Hovrätten menade vidare att det för en fällande dom krävs att ”det är styrkt att det IP-nummer som framgår av utredningen har tillhört datorutrustning som tillhör eller disponeras av [den tilltalade]”. Det ska även kunna ”uteslutas att någon annan använt sig av denna utrustning vid den angivna tidpunkten”.⁸⁵

Frågan har framförts, om det är så att det brukliga beviskravet i brottmål, att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att någon annan än den misstänkte begick den brottsliga gärningen, ska tolkas så som att alla alternativa hypoteser om händelseförloppet eller förklaringar ska vara helt uteslutna. Det blir i så fall ett högre beviskrav än vanligt i just fildelningsmål eller mål där datorer använts, vilket har diskuterats.⁸⁶

Samma motivering som i *Hip Hip Hora*-målet användes i Borås tingsrätts dom 2006-10-18 i mål 624-06 (Boråsmålet). Inte heller i detta mål undersöktes datorutrustningen. Dock hade den tilltalade i polisförhör lämnat sådana uppgifter att domstolen ansåg det vara ställt utom rimligt tvivel att upphovsrättsintrång hade skett. Den misstänkte nekade till brott men lämnade ingen konkret uppgift om att hen skulle ha befunnit sig någon annanstans vid tillfället. Tingsrätten konstaterade även att inget i

⁸⁴ Bevismaskinen, förfälskning av skärmdumpar: <http://lekplatsen.org/bevismaskinen/>, hämtad 2012-05-09.

⁸⁵ Svea hovrätts dom 2006-10-02 i mål B 8799-05.

⁸⁶ Bengtsson, Henrik och Dicksved, Emil: ”Dataintrång”, *Ny Juridik*, nr 4, 2009, s. 57.

utredningen talade för att någon annan än den misstänkte skulle ha använt sig av utrustningen vid det aktuella tillfället och att den tilltalades uppgifter inte var trovärdiga. Målet överklagades till Hovrätten för Västra Sverige, som fastställde tingsrättens dom.⁸⁷

Beviskraven ändrades något i Linköpings tingsrätts dom 2008-05-05 i mål B 1066-06 (Linköpingsmålet), där domstolen konstaterade att det ska vara ”tillförlitligen styrkt” att IP-numret tillhör datorutrustning som disponerats av den tilltalade, samt att det ska vara ”ställt utom rimligt tvivel” att någon annan använt sig av utrustningen vid den angivna tidpunkten, alltså ett något lägre krav än ”uteslutet”. I målet i fråga hade IP-numret inte kunnat kopplas till den misstänktes dator, utan till en router som ledde internettrafiken vidare till datorn. Även om den tilltalade invände att andra personer brukade låna både dator och internetuppkoppling kom invändningarna först under huvudförhandlingen och var inte så konkreta att de kunde eller borde undersökas (se vidare om bevis- och konkretiseringsbörda i avsnitt 4).

Genom nämnda domstolsavgöranden har ett antal mer eller mindre tydliga beviskrav uppställts. Det kan dock, vid en undersökning av dessa domar, konstateras att det råder en viss divergens i domstolarnas syn på den tilltalades invändning om att det aktuella IP-numret eller utrustningen använts av någon annan för att begå ett upphovsrättsligt intrång.⁸⁸ Det beviskrav som uppställts av Svea hovrätt har använts, om än i en mindre sträng form, genom exempelvis Linköpingsmålet. Det framstår som problematiskt att tings- och hovrätterna tillämpar olika beviskrav i fildelningsdomar, främst ur legalitetssynpunkt.

Det är intressant att notera att det i Linköpingsmålet gjordes en JO-anmälan, eftersom en s.k. partssakkunnig, dvs. en representant från branschorganisationen, hade medverkat vid bevissäkringen efter ett beslut från kammaråklagaren. Enligt uppgift skickades allt beslagttaget material, alltså personens hårddisk innehållande alla filer, till Antipiratbyrån. Syftet med den partssakkunnigas medverkan var att bekräfta att filernas rättigheter tillhörde branschorganisationens medlemmar. Piratpartiet, som stod bakom anmälan, menade att det ”är oförsvarbart ur både lagligt och etiskt perspektiv” och att det inte var orimligt att anta att en part i målet ”påverkar bevismaterialet när de får fri och obegränsad tillgång till det”.⁸⁹ Det visade sig att det hela varit ett missförstånd då bara det upphovsrättsligt relevanta materialet sammanställdes av polisen och skickades till Antipiratbyrån, och JO-anmälan lades ner.⁹⁰ Emellertid belyser anmälan den problematik som finns i fildelningsmål gällande myndigheters okunskap om upphovsrättsligt skyddat material – givetvis kan inte avkrävas polis och åklagare kunskap om

⁸⁷ Hovrätten för Västra Sveriges dom 2007-06-12 i mål B 4465-06.

⁸⁸ Bengtsson och Dicksved, 2009, s. 40.

⁸⁹ Se Piratpartiets pressmeddelande 2007-12-12, hämtat från http://www.piratpartiet.se/nyheter/pressmeddelande_piratpartiet_jo_anmaler_fildelningsaklagaren 2012-05-09.

⁹⁰ Gilså, Tomas: ”Piratåklagare tillbakavisar piratpartiets JO-anmälan”, artikel i *TechWorld*, publicerad 2007-12-14 på <http://www.idg.se/2.1085/1.136524>, hämtad 2012-05-09.

vilka verk som är skyddade och av vem samt om det är fråga om olovliga exemplar. I sju av de nio granskade målen i förevarande undersökning har således en partssakkunnig, denna gång från IFPI, medverkat rättegången för att styrka att filerna i fråga varit skyddade. Det kan dock hävdas att partssakkunnigas inblandning bör begränsas till just denna typ av vittnesmål eller intyganden.

5.2 Från EU-domstolen

I april 2012 meddelade EU-domstolen ett avgörande som rör ett svenskt upphovsrättsintrång. Det handlar om det s.k. ePhone-målet, vilket rör en rättighetshavare som begärt ut ett informationsföreläggande från internetleverantören enligt 53 c § URL. Bestämmelsen stadgar att sökanden ska ha visat sannolika skäl för att någon gjort sig skyldig till en överträdelse av URL. Internetleverantören, ePhone, vägrade i tingsrätten lämna ut uppgifterna med hänvisning till abonnentens rätt till personlig integritet och på basis av att bevisen för att intrång hade skett var för svaga, vilket medförde att domstolen ansåg ett informationsföreläggande vara en oproportionerlig åtgärd.⁹¹ I hovrätten dömdes till internetleverantörens fördel för att det inte var visat, på sannolika skäl, att ett upphovsrättsintrång ägt rum. Målet överklagades till HD, som i sin tur förklarade målet vilande och ställde ett antal frågor till EU-domstolen. En av frågorna rörde Datalagringsdirektivets relation till URL. Datalagringsdirektivet reglerar tydligt vem som får ta del av informationen som utlämnas via ett informationsföreläggande, närmare bestämt endast nationella myndigheter. URL har ingen motsvarande reglering, utan möjliggör även för rättighetshavare att få ut personuppgifter om den som tros göra intrång. EU-domstolens beslut innebar bland annat att URL:s bestämmelser i detta fall inte stod i strid med Datalagringsdirektivet, alltså kan rättighetshavaren genom ett informationsföreläggande direkt från internetleverantören kräva ut information om abonnenten som tilldelats ett visst IP-nummer. Vidare betonade domstolen vikten av en proportionalitetsbedömning och uppmanade den nationella domstolen att vid tillämpningen av 53 c §§ URL ”göra en avvägning mellan de motstående intressen som föreligger, med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet och med tillbörlig hänsyn till de krav som följer av proportionalitetsprincipen”.⁹² Det kan vara intressant att jämföra målet med förevarande mål i fråga om privata företags tillgång till personuppgifter och personlig information. Om ett företag tillåts att utföra bevissäkring såväl som IP-spårning har det dels en bild av den misstänktes internetvanor och dels möjlighet att själva kontakta personen, vilket kan vara problematiskt (se vidare resonemang under avsnitt 7.7 om integritetsskydd).

⁹¹ Solna tingsrätts dom 2009-06-25 i mål Ä 2707-09.

⁹² EU-domstolen (tredje avdelningen), dom 2012-04-19 i mål C-461/10.

6 Närmare om bevissäkringen i de nio granskade målen

6.1 Bevissäkring i de privatutredda målen

Med privatutredda mål menas sådana mål där polisen eller åklagaren mottagit en anmälan om upphovsrättsintrång med delar av bevissäkringen utförd av målsäganden själv eller ett företag anlitat av målsäganden för att säkra bevis. Därefter har en polisanmälan gjorts och en åklagare har gått vidare med förundersökningen, med de inlämnade uppgifterna som bas.

6.1.1 Dtecnet-målen

I sju av de nio fällande fildelningsmål som avgjordes under 2011 har ett dansk-amerikanskt företag vid namn Dtecnet utfört delar av bevissäkringen.⁹³ Företaget har anlåtats av branschorganisationen IFPI i detta syfte.

6.1.1.1 IFPIs skrivelse

IFPI har i varje mål till åklagarmyndigheten inlämnat en skrivelse gällande hur bevissäkringen gått till, vilka uppgifter som insamlats samt hur polisen bör gå vidare med undersökningen med de inlämnade uppgifterna som bas. I vissa fall har även en DVD-skiva med de nedladdade filerna bifogats handlingarna.

Bevissäkringen har utförts enligt följande. Det är sannolikt att företaget först, genom IFPI, inhämtat tillstånd från rättighetshavarna till de skyddade verken att ladda ner dessa via P2P-program – i de sju aktuella målen har programmet DC använts. Därefter har företaget utfört en eller flera nedladdningar från ett specifikt IP-nummer. Som bevis har antecknats vid vilken tidpunkt nedladdningen skett och från vilket IP-nummer filen eller filerna hämtades. Dtecnet har använt koordinerad universell tid (UTC, Coordinated Universal Time) som exakt tidsreferens. Företaget har även gjort en skärmdump av den påbörjade och senare klara nedladdningen. De nedladdade filerna tillsammans med det skriftliga materialet har inlämnats till polisen och en anmälan har gjorts. I vissa mål är den tilltalade misstänkt för att ha varit hubbägare, dvs. ha haft ansvaret för en hubbs drift. I de fall har IFPI bifogat IP-numret till den aktuella hubben och utskrifter från hubbens chattfunktion, där bland annat ett välkomstmeddelande och tidsangivelser kan peka på att den är eller har varit online och fungerat.

Dtecnet har i vissa mål gjort en enklare IP-spårning för att hitta den aktuella internetleverantören och i ett mål begärt information om abonnenten direkt från internetleverantören, enligt 53 c § URL.

⁹³ Se <http://www.dtecnet.com/>, hämtad 2012-05-09.

Företaget uppmanar polisen och/eller åklagaren att ”begära ut information om identiteten från internetleverantören”. IFPI är noga med att klargöra vikten av att en korrekt tidsreferens används när detta sker, för att undvika problem i bevishänseende. Det har angetts att ”IFPI har under sin bevissäkring genomgående verifierat datum och klockslag”.

6.1.1.2 Polisens utredning

I förundersökningen som följt efter anmälan har åklagaren inhämtat information från varje aktuell internetleverantör gällande vilken abonnent som haft det aktuella IP-numret vid den tidpunkt som IFPI angett, utom i det mål där IFPI begärde ut informationen själva. Därefter har i de flesta mål en husrannsakan verkställt hos den misstänkte, där datorer och annan utrustning beslagtogs i bevissäkringssyfte. I de IT-tekniska undersökningarna har datorerna och utrustningen genomsökts och innehållet har jämförts med de fillistor som IFPI inlämnat – alla eller en majoritet av filerna som laddats ner av företaget har återfunnits på datorerna. Vidare har polisen vid den datortekniska undersökningen hittat övriga filer som ”lagts ut” för nedladdning av den tilltalade. IFPI har bekräftat att medlemmar i organisationen äger rättigheterna till de hittade filerna.

I stämningsansökan har åklagaren i de flesta fallen som bevis åberopat listan över filer som tillgängliggjorts, ett förhör med ett vittne från IFPI som styrker att materialet är skyddat och ett erkännande från den tilltalade, om sådant funnits. Åklagaren har i några fall även åberopat IP-spårningen och protokollet från den IT-forensiska utredningen som polisen genomfört. I de mål som rör hubbägare har åklagaren även åberopat utskrifter från den aktuella hubben för att styrka att den var online vid det aktuella tillfället.

6.1.2 Sanoj-målet från Mora tingsrätt

Mål B 1037-10 från Mora tingsrätt, avgjort 2010-03-23 (Sanoj-målet)⁹⁴, rör en person som laddat upp en film på The Pirate Bay under en relativt lättspårad signatur. Det skiljer sig från de ovan nämnda målen genom att den privata utredningen till viss del utförts av rättighetshavaren själv, samt att bevissäkringen har bestått av något annorlunda material.

Rättighetshavaren upptäckte själv intrånget och gjorde efterforskningar på internet gällande den misstänktes identitet. Anmälaren hittade den tilltalades användarsignatur på The Pirate Bay-sidan, men även på till exempel de sociala nätverkssidorna Facebook och Stay Friends. Efter polisanmälan kontrollerades rättighetshavarens uppgifter av polisen och användarens identitet ansågs på så sätt vara bekräftad, och åtal väcktes. I rätten åberopades som bevis utskrifter från The Pirate Bay, som visar att användaren gjort den aktuella filmen tillgänglig. Dessutom åberopades förhör med den tilltalade, rättighetshavaren, samt en person som skådespelade i filmen i fråga.

⁹⁴ Senare Svea hovrätts dom 2011-07-19 i mål B 3672-11.

6.2 Bevisning i det offentligt utredda målet

Med offentligt utrett mål menas mål som handhåfts av och i vilket bevisningen utförts utslutande av polis och åklagare. I det enda offentligt utredda målet från 2011 har bevisningen skilt sig en del från de övriga åtta.

Målet rör en 16-åring nedladdade filer som har spridit ett virus på stadens intranät. En IT-tekniker på den misstänktes skola har kontaktat honom angående viruset och har på så sätt upptäckt den illegala fildelningen. Eftersom datorn varit en lånedator från skolan, är det 16-åringens skola som har polisanmält händelsen och bevisning har skett genom beslag av datorn. På datorn har hittats flertalet filmer och matchande torrentfiler. Undersökningen som genomförts av statens kriminaltekniska laboratorium (SKL) bekräftade att den använts i förevarande fall. En IT-tekniker på skolan har i ett utlåtande bekräftat att filmfilerna fungerar att spela upp och att ingen annan elev varit inloggad på datorn. I förundersökningen har även skärmdumpar funnits av de nedladdade filerna i respektive katalog på datorn och ett utlåtande från Rättighetsalliansen Sverige AB (tidigare Antipiratbyrå) gällande de hemsidor som använts för att hitta de aktuella filerna av den tilltalade. Från samma organisation har även bifogats en lista över vilka företag som äger rättigheterna till de nedladdade filerna. Som bevis i rätten har åberopats förhöret med den tilltalade, ett utlåtande från SKL över den IT-forensiska undersökningen och skärmdumpar över de aktuella hemsidorna som indexerar torrentfiler.

7 Analys

I följande avsnitt diskuteras och analyseras i vilken utsträckning som den enskildes rättssäkerhet säkrades i de granskade målen, och huruvida de teoretiska reglerna och lagarna följs i praktiken. Dessutom diskuteras hur de privata utredningarna står i relation till reglerna om den enskildes integritet.

7.1 Bevisningsproblematik

I flera fall har undersökningarna från 2011 brutit i bevisningen. Misstag i bevisningen leder till en dom som baseras på fel eller bristfällig bevisning, vilket strider mot legalitetsprincipen.

7.1.1 Datorteknisk undersökning

Vikten av en datorteknisk undersökning av den utrustning som beslagtas hos den misstänkte understryks i *Hip Hip Hora*-målet, där avsaknaden av en sådan var en av anledningarna till att den misstänkte frikändes. Även Westman anser den vara en central del av polisens utredning. I de flesta av de granskade målen har en sådan undersökning utförts av polisens IT-grupp eller motsvarande, i syfte att undersöka om de uppgifter som inlämnats av IFPI varit korrekta eller inte (se vidare under 8.9.2). Det finns emellertid inga anteckningar om att polis eller åklagare försökt undersöka datorernas säkerhetsnivå eller skydd i övrigt, och mer specifikt om någon utrustning har haft s.k. trojaner eller virus installerade. Med tanke på det som anförts av Westman och i *Hip Hip Hora*-målet är det problematiskt då det öppnar upp för möjligheten att någon annan än den misstänkte har haft kontroll över utrustningen vid den aktuella tidpunkten.

Det framkommer i doktrin, bl.a. i Diesen, att den tilltalade kan sägas ha en konkretiseringsbörda vad gäller hans invändningar mot gärningsbeskrivningen. I Sanoj-målet har den misstänkte har inte erkänt brott, utan invände att den film som målet rör har hamnat på hans dator av misstag, eller i vilket fall utan hans vetskap eller medverkan. Den tilltalade uppgav även att hen använt sig av en trådlös internetuppkoppling, till vilken vem som helst kunnat ansluta sig utan lösenord. I domen medger tingsrätten att det i och för sig är möjligt att någon utomstående kan ha skaffat sig tillgång till den misstänktes dator – emellertid genomfördes ingen datorteknisk undersökning för att kontrollera möjligheterna för detta, eller för att kontrollera konfigurationen i den misstänktes nätverk för att se om det var trådlöst och saknade lösenord. Åklagarens utredningsbörda ger vid handen att rimliga och av den tilltalade konkretiserade invändningar bör undersökas, vilket alltså inte har skett i detta fall. Inte heller i Svea hovrätts mål B 2330 -11 som avgjordes 2011-07-14 (Malmis-målet) utfördes någon undersökning av den misstänktes utrustning, även om hen i detta fall erkände brottet.

Avsaknaden av eller bristerna i datortekniska undersökningar i de nämnda målen är problematisk, då hovrätten i *Hip Hip Hora*-målet fastslagit att en undersökning av den tilltalades dator är obligatorisk i ett fildelningsmål ("[...] vetenskap om användarens dator, brandväggar eller routrar är avgörande information som måste ingå i en utredning om upphovsrättsintrång"). I och med de beviskrav som hovrätten uppställde i den prejudicerande domen måste alltså utrustning alltid kontrolleras i fildelningsmål.⁹⁵ Att förlita sig på övrig bevisning i den utsträckning som åklagaren och domstolen gjort innebär att det ena i praxis fastställda kriteriet för att fälla någon för fildelning inte är uppfyllt, då det inte är uteslutet att en utomstående person använt sig av utrustningen. Detta innebär i sin tur att domen baseras på otillräckliga grunder, vilket strider mot legalitetsprincipen.

Författaren vill mena att även om ett lägre beviskrav tillämpas, är en datorundersökning en så jämförelsevis enkel åtgärd och som kan klargöra en stor mängd information, att den bör verkställas i alla fildelningsmål där den tilltalade gjort en rimlig och konkretiserad invändning, exempelvis att hen använt sig av ett trådlöst nätverk (angående sänkta beviskrav, se 8.2.4).

Vidare innebär en avsaknad av datorundersökning att polis och åklagare endast tar del av en del av den bevisning som kan finnas att tillgå – i Malmis-målet baserades domen på de 44 filer som laddats ner av den privata utredaren. Om en datorundersökning hade utförts hade den troligtvis resulterat i en överblick över alla filer som den tilltalade "lagt ut" för uppladdning via DC och inte bara de 44 som hittades av Dtecnat. Det hade eventuellt kunnat leda till ett annat domslut än det som rätten kom fram till, eftersom domstolarna i flera mål från 2011 tog verksamhetens omfattning i beaktande. Därmed hade en relativt enkel åtgärd kunnat leda till ökad rättssäkerhet genom ett faktiskt uteslutande av att någon annan använt sig av datorn, och en bredare bevissäkring som underlag för en fällande dom.

7.1.2 Tidsstämpling

I ett av målen från 2011, mål 2323-11, avgjort 2011-12-05 i Göteborgs tingsrätt (Guldgossen-målet), saknas en UTC-tidsreferens i IP-spårningen hos internetleverantören. IP-numret har i förevarande fall hittats av företaget Dtecnat på uppdrag av IFPI. Internetleverantören har spårat numret under hela den av polisen begärda tidsperioden, men den enda tidsreferens som finns i leverantörens rapport är en handskriven anteckning på sidan 29 i förundersökningsprotokollet om att klockslaget som menas är i "svensk tid". Det är oroande att tidsreferensen inte kontrollerats mer noggrant, med tanke på det ovan nämnda tillfället då en oskyldig person blev anklagad för barnpornografibrott och våldtäkt mot barn. Att en oskyldig person anklagas för brott strider mot legalitetsprincipen och är därmed rättsosäkert. Det ska, som ovan nämnts, vara styrkt att IP-numret tillhört den misstänkte under den aktuella tidpunkten. Slarv med kontroll och synkronisering av klockor

⁹⁵ Bengtsson och Dicksved, 2009, s. 57.

har i praxis lett till att den misstänkte frikänts.⁹⁶ Det bör även noteras att varken utrustningen som loggar IP-numret hos internetleverantören eller analytikerna som handhar spårningen från polisens sida är felfria, vilket innebär att det alltid finns en risk för fel i hanteringen av IP-nummer.

7.2 Kontroll av presenterade bevis

I Malmis-målet utfördes ingen husrannsakan och som sagt, ingen datorteknisk undersökning. Därmed måste slutsatsen dras att åklagaren ansåg sig ha samlat tillräcklig bevisning för att väcka åtal och övertyga rätten utan dessa åtgärder. Det är då intressant att se att det enda bevis som tas upp i stämningsansökan är den misstänktes erkännande under förhör. Under processen återropades förvisso vidare bevisning i form av utskrifter från den DVD som inlämnats av IFPI tillsammans med anmälan och som innehöll skärmdumpar av en mapp med nedladdade filer på den misstänktes dator, samt IP-spårningen som lett fram till den misstänktes identitet. All bevisning, utom förhöret, var dock samlad och säkrad av IFPIs företrädare. Detta behöver i sig inte vara problematiskt – däremot är den omständighet att polis och åklagare inte verkar ha kontrollerat någon av uppgifterna det.

I förundersökningsprotokollet till Malmis-målet finns inga anteckningar om att polis eller åklagare gjort en egen IP-spårning hos internetleverantören. Inte heller har datorn i fråga undersökts av polis, och i förundersökningsprotokollet redogörs endast för de 44 filer som vid bevissäkringen laddades ner av IFPI, i form av en skärmdump över fillistan hämtad från Dtecnets dator. I detta fall erkände den misstänkte brottet när hen visades fillistan (se vidare under 8.7.2), men som ovan nämnt är ett erkännande inte tillräckligt för en fällande dom. Övriga omständigheter i målet måste stödja åklagarens gärningsbeskrivning och det kan diskuteras huruvida denna kan betraktas som riktig baserat endast på bevis samlat av ena parten. Författaren menar att det inte kan anses vara styrkt att IP-numret i målet tillhört utrustning som disponerats av den misstänkte, eller uteslutas att någon annan använt den, om inte bevisuppgifterna som ska bekräfta detta noggrant kontrolleras av en neutral part med objektivitetsplikt som kan fastslå att de stämmer överens med det faktiska händelseförloppet.

Någon sådan kontroll har inte skett i förevarande fall, vilket författaren anser strida mot grundläggande processrättsliga principer så som oskuldspresumtionen. Om uppgifterna som presenterats av den målsägande inte har kontrollerats bör de, i författarens mening, bortses från eller åtminstone inte värderas så högt som skett i förevarande fall, då de enligt reglerna om rättssäkerhet för den enskilde och de i praxis uppställda beviskraven för att döma någon till brott mot URL genom fildelning inte bör ligga till grund för en fällande dom. I det fall bevisen skulle anses vara otillräckliga är det endast den tilltalades erkännande som ligger till grund för denna, vilket ensamt inte är tillräckligt för en fällande dom. Det kan därmed hävdas att den misstänkte i Malmis-målet felaktigt dömdes för brott mot

⁹⁶ Svea hovrätts dom 2006-10-02 i mål B 8799-05.

upphovsrättslagen, då åklagaren och senare domstolen har förlitat sig på att bevisen samlade av Dtecnat är autentiska och håller en adekvat kvalitet, trots att de i förklaringen är samlade av en part i målet som har ett intresse av att få en fällande dom och inte omfattas av någon objektivitetsplikt. Detta strider mot legalitetsprincipen och rätten till en rättvis rättegång.

Bring et al. har angående förundersökningar anfört att ett ”tänjande” på de regler som ska ge den enskilde skydd ”aldrig i längden kan vara ett effektivt vapen mot brottslighet utan skapar misstro, bristande samarbetsvilja och obstruktion”. Att tillåta denna typ av bevisning, okontrollerad, att ligga till grund för en fällande dom är enligt författaren ett sådant ”tänkande” på dessa regler. Man menar vidare att de möjligheter som svensk rätt ger torde vara mer än tillfyllest för att säkerställa effektiva brottsutredningar.⁹⁷ Även om det kan diskuteras ifall gällande rätt är tillräcklig i förevarande mål är det, med tanke på anförda ståndpunkter, författarens mening att det rättssäkerhetsskydd som finns bör värnas om noggrant och respekteras – det är alltså av yttersta vikt att bevis säkrade av privata aktörer kontrolleras innan de läggs till grund för en dom.

7.3 Objektivitet och partsinsyn

Eftersom förundersökningsledaren har en plikt att vara objektiv i utredningen ska den tilltalade kunna räkna med att allt material som undersökts och säkrats i målet noggrant har granskats för att hitta argument både för och emot hen. Det går bara att spekulera i vad som kan ha utelämnats från bevissäkningen mål där hela eller delar av bevissäkningen utförts av en privat aktör, men det finns förmildrande omständigheter som skulle kunna vara till den tilltalades fördel om de fanns med i förundersökningsprotokollet – exempelvis kan den privata utredaren, i Malmis-målet, ha valt vilka filer som skulle laddas ner för att utgöra bevis i en rättegång. Om företaget väljer att ladda ner moderna och populära musikstycken är chansen större att den misstänkte får ett allvarigare straff.⁹⁸ Detta är till IFPIs fördel, enligt hypotesen att branschorganisationen söker få till stånd s.k. avskräckningsdomar.

Under loppet av en förundersökning uppkommer så gott som alltid sidomaterial, dvs. information som utredaren ansett vara oviktig för båda parter. När hen gjort sin relevansbedömning och sorterat bort sidomaterialet ska det alltid finnas en möjlighet för den tilltalade att själv undersöka materialet och få veta vad det består av enligt 23 kap. 18 § RB (jfr artikel 6 i EKMR). Om bevissäkningen helt eller delvis utförs av en privatperson eller ett företag som inte har någon skyldighet att göra en objektiv bedömning eller bevara sådant material blir det omöjligt för den tilltalade att veta vad

⁹⁷ Bring (red.) et al., 1999, s. 35.

⁹⁸ Motsatsvis ansågs i Göteborgs tingsrätts dom 2011-12-05 i mål B 2323-11 [Guldgossen-målet] skadan och spridningsrisken vara mindre eftersom musiken som fildelats av den misstänkte var av ålderdomlig karaktär, vilket ledde till ett jämförelsevis lägre straff.

som sorterats bort och själv granska och göra en relevansbedömning, allt enligt objektivitetsprincipen och rätten till partsinsyn.

7.4 Rättens ansvar

Även rätten ska beakta objektivitetsprincipen. Bring et al. anför att rätten, i mål där försvarare saknas, ska hjälpa den tilltalade att få en fullgod utredning. I Malmis-målet fanns förvisso en offentlig försvarare, men det finns inte någon anteckning i domen om att hen skulle ha påpekat bristerna i bevissäkringen. Att den tilltalade i detta mål erkände gör inte objektivitetsprincipen mindre viktig eller mildrar den på något annat sätt.⁹⁹ Det kan hävdas att rätten borde ha påpekat att utredningen hade brister, för att objektivitetsprincipen och den sekundära utredningsplikten skulle anses vara uppfylld.

Diesen menar att ett vanligt misstag i rättens bevisprövning är att rätten missleds att tro att målet, i och med förundersökningen, är färdigutrett för att en ”kunnig, ’förnuftig’ och förment objektiv person redan funnit att bevisen torde räcka för en fällande dom”.¹⁰⁰ Så är givetvis inte fallet, men om den förundersökning som ligger till grund för ett åtal i stort är utförd av en person som inte innehar ovanstående egenskaper är rättsosäkerhetsaspekten än mer problematisk. Rätten bör vara aktsam på den av Diesen uppmärksammade risken och aktivt söka uppfylla sin sekundära utredningsplikt.

7.5 Har beviskravet sänkts?

Hip Hip Hora-målet har som sagt haft en prejudicerande funktion i flera senare fildelningsdomar. Beviskraven som där uppställdes innebar att det skulle vara styrkt att det aktuella IP-numret hade tillhört den utrustning som disponerades av den misstänkte och att det kunde uteslutas att någon annan person använt utrustningen vid det aktuella tillfället.

I Sanoj-målet har ingen IP-spårning utförts. Som bevisning har i stället åberopats utskriften från *The Pirate Bay* och förhör med två vittnen och den tilltalade själv. Utskrifterna visar att det funnits en användare på fildelningshemsidan med det användarnamn som den misstänkte själv medgett tillhör hen. Enligt domstolen är omständigheterna att det funnits en fil med den aktuella filmen lagrad på den misstänktes dator, att hen haft tillgång till torrent-programvara samt att det från hens konto på hemsidan *The Pirate Bay* laddats upp en torrentfil med information om den aktuella filmen starkt talande för att det är just den misstänkte som begått brottet. I Malmis-målet utfördes inte någon datorteknisk undersökning och all bevissäkring utfördes som bekant av Dteconet, utan granskning av polis eller åklagare. I *Guldgossen*-målet saknades en adekvat tidsstämpel i IP-

⁹⁹ SOU 2011:45 s. 99.

¹⁰⁰ Diesen, 2002, s. 35.

spårningen. Dessa omständigheter innebär att det inte kan anses vara styrkt att IP-numret tillhört utrustning som tillhörde eller disponerades av den misstänkte vid det aktuella tillfället, varken i Sanoj-, Malmis- eller Guldgossen-målet. Frågan är om detta ska anses innebära att lägre, i jämförelse med *Hip Hip Hora*-målets, beviskrav faktiskt inträtt i fildelningsdomar. Å andra sidan är det inte alla domstolar som verkar ha sänkt bevisbördan då rätten i övriga mål från 2011 har beaktat beviskraven från 2006 års dom. Diskrepansen mellan domstolarnas bevisvärdering innebär i förlängningen att rättssäkerheten för den enskilde blir lidande, då lagens tillämpning blir otydlig och svår att förutsäga (jfr legalitetsprincipen).

7.6 Har en presumtionsregel inträtt?

I *Hip Hip Hora*-domen och i Boråsmålet fanns inga noteringar om den misstänktes datorutrustning eller en undersökning av densamma, utan domarna baserades främst på de uppgifter som de tilltalade lämnat i polisförhör. En tolkning av de båda domarna ger vid handen att en inofficiell presumtionsregel inträtt. Innebörden av denna är att den person, som står som abonnent hos internetleverantören för ett IP-nummer varifrån fildelning har skett, presumeras vara den som utfört fildelningen. Detta, trots att det som i Linköpingsmålet, inte gick att koppla IP-numret till en specifik dator utan endast till en router. För att bryta presumptionen måste den tilltalade uppfylla konkretiseringsbördan och bevisa att det inte var hen som utförde den brottsliga handlingen – det räcker inte att hen endast påstår att det inte var så, för det anses vara för svårt för åklagaren att kontrollera. Därmed har den misstänkte en faktisk bevisbördan och måste visa att hen inte har genomfört den olagliga fildelningen alternativt att IP-spårningen inte lett till rätt abonnent, vilket kan vara mycket svårt. Den enskilde har inte samma möjligheter och resurser att efterforska och utreda omständigheter för att hitta bevis som åklagarsidan har och det är av naturliga skäl lättare att bevisa att något har hänt, än att det inte hänt. Med tanke på den kontradiktoriska principen som säger att parterna i en rättegång ska vara jämställda och ha samma förutsättningar att göra sin talan hörd, samt likställighetsgrundsatsen, är frågan om inte presumtionsregeln i fildelningsmål kan anses vara för långtgående, då det kan hävdas att den tilltalades underläge gentemot målsäganden blir ytterst tydligt i och med presumptionen.

Diesen skriver om överskattning av brist på motbevis som en felkälla i domstolens bevisprövning. Om den tilltalade inte kan presentera något motbevis är det lätt för rätten att tänka att något sådant inte heller finns att tillgå, och att åklagaren därmed har presenterat en riktig gärningsbeskrivning som inte behöver granskas närmare.¹⁰¹ Det kan även av denna anledning anses vara problematiskt att lägga bevisbördan på den tilltalade. Diesen menar dessutom, som ovan nämnt, att konkretiseringsbördan ska begränsas till mål där den tilltalade hade någon

¹⁰¹ Diesen, 2002, s. 39.

sorts aktivitetsplikt som inte uppfylldes, till exempel i skattemål.¹⁰² Så är inte fallet i fildelningsmål, varför en presumptionsregel är olämplig.

7.7 Den enskildes integritet

Den integritetskränkande aspekten av fildelningslagstiftningen har varit mycket omdiskuterad, i och med den insyn i kommunikation och personlig information som både myndigheter och företag kan få. I och med de stora mängder personlig information som kommuniceras via internet är oron delvis befogad, men måste ställas i relation till den rätt till ersättning och erkännande som upphovare och deras rättighetshavare har. Enligt integritetsskyddskommitténs utredning är det tydligt att lagstiftaren, särskilt vad gäller internetkommunikation, tenderar att i integritetssammanhang prioritera statsintresset, dvs. det intresse staten har av att straffa brottslingar.

Innan IPRED-direktivet införlivades i svensk rätt diskuterades lagstiftningen noggrant ur ett integritetsperspektiv. Det ansågs vara en för långtgående integritetskränkning att internetleverantörer skulle få tillgång till misstänkta fildelares personuppgifter. Datalagringsdirektivet stipulerar att endast offentliga myndigheter skulle kunna få tillgång till uppgifterna i enlighet med artikel 8 EKMR, en omstridd regel som diskuterades och i viss utsträckning mildrades av EU-domstolen i och med domen i ePhone-målet, så att även andra tillåts få tillgång till informationen. I kombination med den ökande tendensen hos branschorganisationer att utföra utredningarna om misstänkta fildelare själva (genom ett företag så som Dtecnat), innebär det att privata företag besitter stora mängder personlig information – de vet vem personen är, var den bor och så vidare, och har dessutom tillgång till information om en del av personens internettrafik. I mål där personer använt fildelningsprogram som DC där det krävs att användaren ”delar ut” en stor del data för att kunna ladda ner har de privata aktörerna i princip fri sikt in i stora delar av de misstänkta hårddiskar, samtidigt som de kan besitta eller från internetleverantören kräva ut information om personernas identitet. Även i mål där personen använt torrentprogram kan det privata företaget skaffa mycket information om en person baserat på de filer som laddas upp till torrentindex. Sammantaget anser författaren att ett företag då får tillgång till sådan information som integritetsskyddskommittén i sin utredning menar ger en mycket detaljerad bild av en persons privatliv och som kan ha förödande konsekvenser för den personliga integriteten.

Det bör sägas att de granskade förundersökningsprotokollen inte innehåller någon uppgift om eventuell delad information, eller personliga uppgifter om annan än den tilltalade, i samband med den datorundersökning som utförts av polisen. Det finns varken anteckningar om huruvida sådana uppgifter existerat eller ej, eller hur de behandlats av utredaren. Det är intressant då den tilltalade i flera fall från 2011 uppgett att hen delar datorn med någon annan och att det därmed är troligt att den andra personens uppgifter finns

¹⁰² Diesen, 2002, s. 69.

på datorn. Enligt Kronqvist är detta en aspekt som polisen bör beakta i granskningen av en privatpersons hårdvara.

7.8 Privata företags övervakning i den fysiska världen

Polisära utredningar som utförs av privata företag förekommer inte bara i fildelningssammanhang. Allt fler övervaknings- och vaktbolag övertar en del av polisens uppgifter, vilket enligt Lars Tonneman som är chef vid polisrättsektionen på Rikspolisstyrelsen är problematiskt. Han menar att en risk för partisk utredning föreligger om det är ett företag som vill styrka att en särskild person har begått ett brott, vilket stämmer överens med det att privata utredare kan bortse från allmänna rättsgrundsatser så som objektivitetsprincipen.¹⁰³

En parallell kan dras till privata övervakningsbolag och andra företag och organisationer som sätter upp övervakningskameror över sin anläggning. Lagen (1998:150) om allmän kameraövervakning uppställer i de fallen särskilda regler för hur övervakningen ska genomföras, till exempel om upplysningsplikt genom tydlig skyltning där övervakningen sker. Vidare måste tillstånd sökas för att sätta upp övervakningsutrustning där allmänheten har tillträde.¹⁰⁴ Tillståndet medges om intresset av sådan övervakning väger tyngre än den enskildes intresse av att inte bli övervakad och i bedömningen ska beaktas om övervakningen behövs för att förebygga brott. Vidare ska, vid bedömningen av den enskildes intresse av att inte bli övervakad, särskilt beaktas hur övervakningen sker och vilket område det är som bevakas.¹⁰⁵ Därmed kan konstateras att övervakning av fysiska platser regleras med hänsyn till den enskildes integritet. Någon motsvarande lagstiftning finns inte vad gäller övervakning på internet. Även om skillnaden mellan en fysisk plats och internet är enorm med vitt skilda förutsättningar för lagstiftning är parallellen inte helt enkel att avfärda, då rätten i The Pirate Bay-målet liknade nedladdning med stöld av en fysisk produkt.¹⁰⁶ Om fildelning via internet liknas vid fysisk stöld, skulle det kunna argumenteras för att övervakning via internet ska liknas vid fysisk övervakning. Det är författarens mening att det skulle vara både genomförbart och fördelaktigt att införa ett liknande tillstånd för privata utredare som för övervakningskameror, inom ramen för vilket man skulle kunna pröva den privata aktörens metoder och kunskap om och iakttagande av rättssäkerhets- och integritetsreglerna.

¹⁰³ Ritzén, Susan: "Växande säkerhetsbransch tar över när polisen inte räcker till", blogginlägg på SVT.se, publicerat 2012-03-13 på <http://blogg.svt.se/svtpejl/pejl/vaxande-sakerhetsbransch-tar-over-nar-polisen-inte-racker-till>, hämtat 2012-05-09.

¹⁰⁴ 5 § lag (1998:150) om allmän kameraövervakning.

¹⁰⁵ 6 § lag (1998:150) om allmän kameraövervakning.

¹⁰⁶ Svea hovrätts dom 2010-11-26 i mål B 4041-09.

7.9 Övrig problematik

7.9.1 Granskning av den privata utredaren

Det är intressant att notera att det inte i någon av domarna eller förundersökningarna kommenteras eller utreds vidare vem som egentligen utfört bevissäkringen. Westman har konstaterat att bevisningen i detta led är helt beroende av trovärdigheten hos den som ansvarat för bevissäkringen.¹⁰⁷ Om den privata aktören hade granskats av rätten eller åklagaren och om företagets metoder hade undersökts för att försäkra rätten om att de var legitima hade kanske den tyngd som bevisningen tillmätts varit mer förståelig. Utan någon kommentar eller undersökning av trovärdigheten hos den bevissäkrande parten är det endast möjligt att konstatera att den privata utredaren för det första inte har någon skyldighet att vara objektiv i sin utredning och bevissäkring. För det andra är det viktigt att komma ihåg att den privata aktören är anlitad av en part i målet som har ett intresse av att få en fällande dom. Eftersom IFPI, som varit målsägande i sju av nio granskade mål, inte yrkat på skadestånd i något av målen kan slutsatsen dras att syftet med att beivra intrången inte har varit att få ekonomisk kompensation utan att det snarare handlat om s.k. ”avskräckningsmål” för att visa för den fildelande delen av befolkningen att brottet kan och kommer att beivras.

7.9.2 Grund för åtgärder

Enligt 23 kap. 12 § RB får inte ”medvetet oriktiga uppgifter” användas i förhör med misstänkta för att framkalla bekännelse. Motsatsvis skulle kunna hävdas att endast uppgifter som är korrekta bör användas i en sådan situation. Det kan diskuteras om de uppgifter som framtagits av företaget i förevarande fall ska anses vara riktiga, då de endast består av en parts påståenden. I det ovan nämnda Malmis-målet presenterades för den tilltalade en lista över filer som hade laddats ner från hans dator. Eftersom varken polis eller åklagare kontrollerade riktigheten i något av de bevis som framlades av den målsägande väcker det faktum att de presenterades för den misstänkte under ett förhör som under vilket hen erkände brottet vissa frågor. Enligt protokollet har den misstänkte erkänt efter att ha visats en lista över de filer som laddats ner från hen och ”betvivlar inte den bevisning som lagts fram till [hen]”.¹⁰⁸ Det framgår inte av förhørsprotokollet i målet om man förklarat för den tilltalade att det inte är polisen som hittat bevisen mot hen, en omständighet som möjligtvis skulle kunna vara förmildrande för utredaren. Att basera ett förhör på bevisning som inte är säkrad eller kontrollerad av en objektiv myndighet kan hävdas strida mot RB:s regler och allmänna processrättsliga principer så som oskuldspresumtionen, då utredaren i sådana fall utgår ifrån att bevisningen är korrekt och behandlar den misstänkte enligt det antagandet.

¹⁰⁷ Westman, 2006, s. 36 ff.

¹⁰⁸ FUP i mål B 2330-11 [Malmis] från Svea hovrätt, s. 42.

För att verkställa en husrannsakan ska det föreligga anledning att anta att en brottslig gärning pågått, enligt 28 kap. 1 § RB. I de granskade målen har, i de fall husrannsakan verkställdes, IFPIs uppgifter kontrollerats av polis och åklagare för att säkerställa att de överrensstämmer med verkligheten, vilket uppfyller rekvisitet ”anledning att anta”. Frågan är om samma rekvisit kan antas vara uppfyllt, om bevissäkring endast genomförts av privata utredare och inte verifierats av polis eller åklagare? Eftersom sådana bevis redan accepterats som tillräckliga för att vid en rättegång få en fällande dom, vore det inte underligt i den hypotetiska situationen att uppgifterna användes som grund för en husrannsakan. Samma problematik som tagits upp ovan skulle i sådana fall bli gällande även här, gällande exempelvis oskuldspresumtionen.

7.9.3 Rättsutveckling

De kommenterade målen brister i så grundläggande rättssäkerhetsaspekter, utan vidare kommentar från domstolen, att det är svårt att se dem som en vidareutveckling av rätten på området. Om så ändå är fallet, innebär det att privata utredare i framtiden kommer kunna bevissäkra och utreda alla typer av mål utan vidare kontroll från polis eller åklagare. Detta i sin tur innebär i så fall ett faktiskt åsidosättande av flertalet grundläggande principer så som oskuldspresumtionen, objektivitetsprincipen och legalitetsprincipen. Om inskränkningarna i reglerna till skydd för den personliga integriteten och rättssäkerheten är att anse som en del av rättsutvecklingen bör de uppfylla de krav på legalitet, legitimitet och proportionalitet som uppställts av bl.a. de Schutter. Det är författarens bedömning att så inte är fallet.

7.10 Fördelar med privata utredningar

7.10.1 Resurser

Det finns för rättighetshavaren fördelar med att uppdra åt ett företag att utreda fildelningsmål. Polisväsendet saknar för det första resurser, både personella och ekonomiska, att utreda fildelningsmål i samma utsträckning som ett företag kan göra.¹⁰⁹ Detta är troligtvis även anledningen till att rättighetshavarna i första hand vänder sig till privata utredare hellre än polis och åklagare direkt. Kammaråklagare Britt-Marie Wiklund har i en intervju med Dagens Nyheter bekräftat detta, och har framhållit att ”skulle vi utreda alla fildelare med den här resursåtgången skulle vi få lägga mord, våldtäkter, misshandel och rattfylleri åt sidan”.¹¹⁰ IFPI, till vars medlemmar räknas några av världens största skivbolag så som Sony, Universal och Warner har troligtvis inte samma problem med ekonomiska resurser.¹¹¹

¹⁰⁹ Bring (red.) et al., 1999, s. 35.

¹¹⁰ Hammarbäck, Peter: ”Fildelning orsak till partisplittring”, artikel i *Svenska Dagbladet*, publicerad 2008-01-10 på http://www.svd.se/kultur/fildelning-orsak-till-partisplittring_757539.svd, hämtad 2012-05-09.

¹¹¹ Se IFPIs medlemsförteckning på http://www.ifpi.se/?page_id=54. Hämtad 2012-05-09.

7.10.2 Provokation

I brottsutredningar gällande fildelning skulle en provokation från polisens sida vara problematisk, då de hypotetiska adressaterna är många olika okända människor och nedladdning av en fil från en hubb eller via torrent-teknik innebär en sådan olaglig gärning som polisen i sitt arbete är förhindrad att utföra. Detta, i kombination med behovs- och proportionalitetsprinciperna, gör att polisen är förhindrad att provocera fram bevis mot misstänkta fildelare.

7.10.3 Målsägandeangivelse

Fildelning är ett angivelsebrott, vilket innebär att polisen inte bedriver någon allmän spaning mot brottsligheten – en polisanmälan från målsäganden krävs för att påbörja en förundersökning. Emellertid får förundersökning inledas om det är påkallat ur allmän synpunkt enligt 23 kap. 1 och 4 a §§ RB. I praktiken är det dock mycket ovanligt att en utredning inleds av den anledningen.¹¹² För att polisanmäla ett brott måste således målsäganden ha viss vetskap om gärningen. Det kan dock diskuteras om målsägandens, dvs. den privata aktörens, utredning borde avstanna när sådan information, tillräcklig för en polisanmälan, har inhämtats. Det är inte ovanligt att målsäganden i andra typer av brott framlägger viss bevisning mot den misstänkte, exempelvis signalement eller filmen från en övervakningskamera. Emellertid brukar utredaren och rätten inte ta sådana bevis för sanna utan förhåller sig kritiska till dem och förutsätter att de kontrolleras av polisen. Samma relation till privatutredda och -säkrade bevis borde gälla även i fildelningsmål.

¹¹² Kronqvist, 2007, s. 142.

8 Slutsats

Rättsutvecklingen på området kan beskrivas som en övergång från synen att bevissäkring ska utföras av staten till att öppna upp för privata aktörer att utföra brottsutredningar. Det är en utveckling som i förlängningen i min mening kan innebära stora ingrepp i enskildas rättsäkerhet. Privata undersökningar är per definition inte fel, men det bör finnas vissa transparenta föreskrifter som kan garantera rättsäkerheten.

Den enskildes rättsäkerhet i privata brottsutredningar av förevarande typ kan till syvende och sist bäst säkras genom noggrann kontroll av de inlämnade uppgifterna av en oberoende part med objektivitetsplikt. I flera mål från 2011 har polisens egen utredning varit bristfällig, och i ett mål saknas helt en kontroll av de av rättighetshavaren insamlade uppgifterna. Detta innebär en rättsosäkerhet, då de fällande domarna i dessa baseras på bevisning som har brister. Om inte uppgifter som inlämnas av en part i målet kontrolleras på tillbörligt vis bör de bortses ifrån eller åtminstone inte tillmätas det höga bevisvärde som i de granskade målen. Av undersökningen kan slutsatsen dras att rätten i iveren att få till stånd fällande domar har förbisett, medvetet eller omedvetet, principer som är tänkta att garantera den enskildes rättsäkerhet.

Även om polis och åklagare kontrollerar bevisningen som inlämnas av den privata aktören kvarstår problematiken kring partsinsyn och sidomaterial. Om objektivitetsprincipen inte spelar roll i utredningen från början kan den tilltalade aldrig veta vad som utelämnats av utredaren. Det är viktigt att betona att utredaren i förlängningen är part i mål och som sådan har ett avskräckningssyfte och ett eget intresse av en fällande dom.

Det är tydligt att lagstiftningen som ger privata aktörer så som internetleverantörer rätten att tillgå information om internetanvändares identitet innebär en inskränkning av den enskildes rätt till privatliv och integritet. Branschorganisationer som dessutom utför egna undersökningar och bevissäkringar av förevarande typ får stor insikt i den enskildes liv. Integritetskränkningen är oproportionerlig i förhållande till den vinst samhället gör genom fällande fildelningsdomar.

Sammanfattningsvis kan sägas att privata aktörers brottsutredningar i upphovsrättsliga fildelningsmål bör hanteras med stor försiktighet av rättsväsendet. Rätten och polisen måste förhålla sig kritiska mot den inlämnade bevisningen och värna om de regler och principer som är ämnade att skydda den enskilde.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

Proposition 1983/84:111 med förslag till polislag m.m.

Ds 2007:29 *Musik och film på nätet – hot eller möjlighet?*

SOU 2007:22 *Skyddet för den personliga integriteten - kartläggning och analys.*

SOU 2011:45 *Förundersökning – objektivitet, beslag, dokumentation m.m..*

Justitieombudsmannens ämbetsberättelse 2007/08.

Näringsutskottets betänkande 2008/09:NU11.

Åklagarmyndighetens RättsPM 2007:4, *Provokativa åtgärder.*

Åklagarmyndighetens RättsPM 2008:4, *Partsinsyn.*

Åklagarmyndighetens yttrande över insynsutredningens betänkande *Partsinsyn enligt rättegångsbalken* (SOU 2010:14), dnr ÅM-A 2010/0892.

Svensk författningssamling

Rättegångsbalk (1942:740)

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

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform

Polislag (1984:387)

Personuppgiftslag (1988:204)

Lag (1998:150) om allmän kameraövervakning

Gemenskapsreglering

Europaparlamentet och rådets direktiv 2001/29/EC av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet.

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG.

Internationella överenskommelser

Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av 1886

Förenta nationernas deklaration om de mänskliga rättigheterna av 1948

Europakonventionen av 1950

Världskonventionen om upphovsrätt av 1952

Förenta nationernas konvention om civila och politiska rättigheter av 1976

WIPO Copyright Treaty av 1996

WIPO Performances and Phonograms Treaty av 1996

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights av 1994

Tryckta källor – internet

Bevismaskinen, förfalskning av skärmdumpar:
<http://lekplatsen.org/bevismaskinen>, hämtad 2012-05-09.

Creative Commons i Sverige: www.creativecommons.se, hämtad 2012-05-09.

Dtecnet, privat utredare av fildelningsbrott - hemsida:
<http://www.dtecnet.com>, hämtad 2012-05-09.

European Digital Rights: "Shadow evaluation report on the Data Retention Directive (2006/24/EC), 17 April 2011", http://www.edri.org/files/shadow_drd_report_110417.pdf. Hämtad 2012-05-16.

Fitger, Peter: *Kommentar till Rättegångsbalken*, Zeteo, version 20 oktober 2011: www.nj.se/zeteo. Hämtad 2012-05-09.

Gilså, Tomas: "Piratåklagare tillbakavisar piratpartiets JO-anmälan", *TechWorld*, publicerad 2007-12-14 på <http://www.idg.se/2.1085/1.136524>, hämtad 2012-05-09.

Hammarbäck, Peter: "Fildelning orsak till partisplittring", *Svenska Dagbladet*, publicerad 2008-01-10 på http://www.svd.se/kultur/fildelning-orsak-till-partisplittring_757539.svd, hämtad 2012-05-09.

Hernadi, Alexandra: "Oskyldigt anklagad för barnporr", *Dagens Nyheter*, publicerad 2008-05-18 på http://www.svd.se/nyheter/inrikes/oskyldigt-anklagad-for-barnporr_1250553.svd, hämtad 2012-05-09.

IFPIs medlemsförteckning; http://www.ifpi.se/?page_id=54. Hämtad 2012-05-09.

Melzer, Jonas: "Tuff kamp mot piraterna på nätet", *Affärsvärlden*, publicerad 2010-11-01 på <http://www.affarsvarlden.se/affarsjuridik/article2560224.ece>, hämtad, 2012-05-09.

The Pirate Bay, torrentindex: <http://thepiratebay.se/>, hämtad 2012-05-09.
Piratpartiets pressmeddelande den 2007-12-12, hämtat från http://www.piratpartiet.se/nyheter/pressmeddelande_piratpartiet_jo_anmaler_fildelningsaklagaren 2012-05-09.

Ritzén, Susan: "Växande säkerhetsbransch tar över när polisen inte räcker till", blogginlägg på SVT.se, publicerat 2012-03-13 på <http://blogg.svt.se/svtpejl/pejl/vaxande-sakerhetsbransch-tar-over-nar-polisen-inte-racker-till>, hämtat 2012-05-09.

Övriga källor

Förundersökningsprotokoll till följande mål:

B 7833-10 från Uppsala tingsrätt

B 1037-10 från Mora tingsrätt

B 6637-08 från Södertörns tingsrätt

B 2323-11 från Göteborgs tingsrätt

B 2569-09 från Vänersborgs tingsrätt

B 10414-11 från Göteborgs tingsrätt

B 2848-11 från Uppsala tingsrätt

B 6669-11 från Göteborgs tingsrätt

B 1375-11 från Attunda tingsrätt

Litteratur

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars och Sandgren, Claes:
Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, Handelsbolaget Immaterialt
Rättsskydd i Stockholm, 2011

Bring, Thomas (red.), Diesen, Christian och Schelin, Lena:
Förundersökning, Norstedts Juridik, Stockholm, 1999

Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm
2002

De Schutter, Olivier: *Human Rights Law*, Cambridge University Press,
Cambridge, 2010

Karnell, Gunnar: "Upphovares och utövares skälighetsanspråk." I
Adlercreutz, Axel och Flodgren, Boel: *Vänbok till Axel Adlercreutz*,
Juristförlaget i Lund, 2007

Kronqvist, Stefan: *Brott och digitala bevis. En handledning*, Norstedts
Juridik, Stockholm, 2007

Levin, Marianne: *Lärobok i immaterialrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm,
2007

Mellqvist, Mikael & Wirdemark, Kristina: *Processrätt*, Iustus Förlag,
Västerås, 2010

Wolk, Sanna: *Universitetslärarens upphovsrätt*, Sveriges
universitetslärarförbund, Stockholm, 2011

Artiklar

Bengtsson, Henrik och Dicksved, Emil: "Dataintrång", *Ny Juridik*, nr 4, 2009, s 40-61

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

Rättsfallsförteckning

Tingsrättsavgöranden

Västmanlands tingsrätts dom 2005-10-25 i mål B 1333-05 [*Hip Hip Hora*]

Borås tingsrätts dom 2006-10-18 i mål B 624-06

Linköpings tingsrätts dom 2008-05-05 i mål B 1066-06

Solna tingsrätts dom 2009-06-25 i mål Ä 2707-09 [*ePhone*]

Uppsala tingsrätts dom 2011-02-18 i mål B 7833-10 [*Malmis*]

Mora tingsrätts dom 2011-03-23 i mål B 1037-10 [*Sanoj*]

Södertörns tingsrätts dom 2011-05-09 i mål B 6637-08

Göteborgs tingsrätts dom 2011-12-05 i mål B 2323-11 [*Guldgossen*]

Vänersborgs tingsrätts dom 2011-08-12 i mål B 2569-09

Göteborgs tingsrätts dom 2011-08-30 i mål B 10414-11

Uppsala tingsrätts dom 2011-08-31 i mål B 2848-11

Göteborgs tingsrätts dom 2011-09-26 i mål B 6669-11

Attunda tingsrätts dom 2011-10-31 i mål B 1375-11

Hovrättsavgöranden

Svea hovrätts dom 2006-10-02 i mål B 8799-05 [*Hip Hip Hora*]

Hovrätten för Västra Sveriges dom 2007-06-12 i mål B 4465-06

Svea hovrätts dom 2010-11-26 i mål B 4041-09 [*The Pirate Bay*]

Svea hovrätts dom 2011-07-14 i mål B 2330-11 [*Malmis*]

Svea hovrätts dom 2011-07-19 i mål B 3672-11 [*Sanoj*]

Hovrätten för Västra Sveriges dom 2011-12-21 i mål B 3835-11

Avgöranden från Högsta Domstolen

NJA 1988 s. 292

Avgöranden från EU-domstolen

EU-domstolen (sjätte avdelningen), dom 2010-02-04 i mål C-185/09

EU-domstolen (tredje avdelningen), dom 2012-04-19 i mål C-461/10
[ePhone]