



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Amanda Zabielski

Allmänhetsbegreppet i upphovsrätten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare
Ulf Maunsbach

Immaterialrätt

Termin för examen
Höstterminen 2012

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Introduktion	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Disposition	11
2 RELEVANT UPPHOVSRÄTTSLIG REGLERING	12
2.1 Allmänt om upphovsrätt och dess innehåll	12
2.2 Upphovsrättens bakgrund och utveckling	13
2.3 Grundläggande bestämmelser i URL	13
2.4 Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten	14
2.4.1 Överföring till allmänheten	15
2.4.2 Offentligt framförande	15
2.4.3 Offentlig visning	16
2.4.4 Spridning	16
3 "ALLMÄNHETEN" I SVENSK RÄTT	17
3.1 Offentliggjort	17
3.2 Offentligt och privat	18
3.2.1 Förarbetena	18
3.2.2 Spridning och visning	19
3.2.3 Kompletteringsregeln	19
3.2.3.1 Större sluten krets och förvärvsverksamhet	20
3.2.3.2 Musiklicens	20
3.3 Praxis före infosocdirektivets införlivande	20
3.3.1 Tidiga principer	20

3.3.2 Särskilt om TV- och radiosändning	21
3.4 Internet och verk i nätverksmiljö	23
3.4.1 Fildelning	23
3.4.2 Länkning	24
3.4.3 Särskilt om straffrätten	24
3.4.3.1 <i>BBS</i> -fallet och aktivt handlande	25
3.4.3.2 Spridningsrisk och straffvärde	25
4 EU-RÄTT AVSEENDE BEGREPPET "ALLMÄNHETEN"	26
4.1 Infosocdirektivet	26
4.2 <i>Rafael</i>-fallet och efterföljande praxis	27
4.2.1 "Allmänheten" enligt EU-domstolen	28
4.2.2 Harmonisering	29
4.2.3 <i>Rafael</i> -fallet och tidigare svensk rätt	30
4.2.4 <i>Premiere League</i> -fallet och utvidgning av artikel 3.1 i infosocdirektivet	31
4.2.5 "Allmänheten" i satellit- och kabeldirektivet	32
4.2.6 Betydelse för andra fall än TV- och radiosändning	33
4.3 <i>Tandläkar</i>-fallet och allmänhetsbegreppets kriterier	34
4.3.1 Allmänt om kriterierna och dess tillämpning	35
4.4 Allmänhetsbegreppet i <i>tandläkar</i>-fallet i förhållande till övrig praxis	36
4.4.1 Avsiktligt handlande och obestämt antal	37
4.4.2 Ett ganska stort antal personer	38
4.4.3 Vinstsyfte	38
4.4.4 Mottagliga	38
5 "ALLMÄNHETEN" I REGLERNA OM INFORMATIONSFÖRELÄGGANDE I URL	40
5.1 Sanktionsdirektivet och informationsföreläggande	40
5.2 Informationsföreläggande i URL och dess bakgrund	41
5.2.1 Informationsföreläggande och "sannolika skäl"	42
5.2.1.1 Fristående rätt	42
5.2.1.2 Förberedande åtgärd	42
5.2.1.3 Fri bevisprövning	43
5.2.1.4 "Sannolika skäl" vid säkerhetsåtgärder	43
5.2.2 Prövningen	44
5.2.3 Kravet på proportionalitet	45
5.3 Sannolika skäl och styrkt	45

5.4 Svensk praxis	46
5.4.1 <i>Ljudboks-fallet</i>	47
5.4.1.1 Bakgrund	47
5.4.1.2 Tingsrättens bedömning	47
5.4.1.3 Hovrättens bedömning	48
5.4.1.4 Högsta domstolens bedömning	49
5.4.2 <i>Swetorrent-fallet</i>	51
5.4.3 <i>Com Hem-fallet</i>	51
5.4.4 Jämförelser av praxis	52
5.4.4.1 Objektens och plattformarnas natur	52
5.4.4.2 Antalet objekt	52
5.4.4.3 Medlemskap	53
5.4.5 Artikel 3.1 i infosocdirektivet och 53 c § URL	54
5.4.6 Högsta domstolens beslut och framtiden	55
5.5 Tillämpningen och effekterna	55
5.5.1 Sanktionsdirektivet och framtiden	55
5.5.2 Utredning av reglerna om informationsföreläggande i URL	57
5.5.3 Allmänheten och anonymitet på internet	57
5.5.4 Allmänhetens rättsmedvetande och regelefterlevnad	58
6 AVSLUTANDE ANALYS	59
6.2 "Allmänheten" i tidig svensk rätt	59
6.2.1 Offentligt och privat i förarbetena	59
6.2.2 Medlemskap och ändamål	60
6.2.3 Helhetsbedömning och bestämd krets	61
6.2.4 Tillgängligt på nytt genom TV och radio	61
6.3 Teknikutveckling och internetintrång	62
6.4 Särskilt om straffrättsliga intrång	62
6.5 Infosocdirektivet	63
6.5.1 Utvidgning av artikel 3.1	64
6.6 Rafael-fallet och efterföljande relevant praxis	65
6.6.1 Avsiktligt handlande och ny publik	65
6.6.2 <i>Tandläkar-fallet</i> och allmänhetsbegreppet	66
6.6.2.1 Ganska stort och obestämt antal personer	66
6.6.2.2 Mottaglighet	67
6.6.2.3 Slutsatser	68
6.7 Avslutande kommentarer rörande allmänhetsbegreppet i praxis gällande TV- och radiosändning	69
6.8 "Allmänheten" i reglerna om informationsföreläggande i URL	69

6.8.1 Bakgrunden till informationsföreläggande	70
6.8.1.1 Prövningen och proportionalitetskravet	71
6.8.1.2 ”Sannolika skäl” och säkerhetsåtgärder	71
6.8.1.3 ”Sannolika skäl” och styrkt	72
6.8.2 Praxis	73
6.8.2.1 Karaktär och antal	73
6.8.2.2 Medlemskap och den ”möjliga allmänheten”	74
6.8.2.3 Vinstsyftet?	75
6.8.3 Högsta domstolens beslut och framtiden	75
6.8.4 Artikel 3.1 i infosocdirektivet och 53 c § URL	77
6.8.5 Diskrepans i allmänhetsbedömningen?	77
6.8.6 Tillämpningen av informationsföreläggande	78
6.8.6.1 Sanktionsdirektivet och reglerna om informationsföreläggande i URL	79
6.8.6.2 Allmänhetens rättsmedvetande och regelefterlevnad	80
7 AVSLUTANDE REFLEKTIONER	81
BILAGA A	83
BILAGA B	84
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	85
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	91

Summary

The proprietor of a copyright protected work has an economical right to make the work available to the public. The most significant form of making a work available in today's information society is the right of communicating the work to the public. This is specifically regulated in article 3.1 in the Infosoc Directive and was implemented in 2 § URL in 2005. This regulation specifically pertains to the situation when the work is made available digitally, on the internet for example, whereby the public may access the work by its own choice. Neither the directive, nor URL specifies the meaning of "the public". The meaning is therefore to be sought in preparatory work as well as case law. Both Swedish authorities and the EU emphasize that the concept should be given a broad interpretation. A work is evidently not made available to the public if it is merely communicated to a small private group of people. But what does "the public" mean in essence?

The Swedish courts are still today referring to old precedential cases in relation to 2 § URL. The *Rafael* case was the first preliminary ruling where the EU court really elaborated on the meaning of the public in the Infosoc Directive. The court made clear that "communication to the public" should be given a uniform interpretation within the EU. Among other facts, the court considered the number of people who could access the works, the cumulative effects of making the works available and the infringer's economic purpose. These criteria were also applicable in subsequent case law. In a quite recent case (Sw. *tandläkar-fallet*), though, from April 2012, the EU court considered "the public" in another directive on the basis of somewhat different criteria. Moreover the EU case law has mainly concerned the "communication to the public" through television or radio why the definition is more uncertain as regards "communication to the public" on the internet. Whilst the digital environment undeniably threatens the protection of copyrighted work, it is also important not to adopt legislation at risk of being obsolete.

In 2004 the European Commission launched the "Enforcement Directive" (Sw. sanktionsdirektivet) in order to combat infringement of intellectual property rights. Among other sanctions, article 8 (corresponding to 53 c-53 h §§ URL) gives the proprietor the right to obtain information from an internet service provider about the identity of an infringer. Despite the controversial aspect of integrity, the question is if the right should be exercised against an infringer or an assumed infringer? The member states have hereby been given the discretion to elaborate on the standard of proof whereas the Swedish interpretation is that there has to be "probable cause" for infringement. Seemingly, the criteria in relation to 2 § URL have been the ultimate guideline. The question, however, is whether Swedish courts have established new or different criteria in depicting the meaning of "the public" in the rule of right to information. The Swedish High court delivered

a decision (Sw. *ljudboks-fallet*) on December 21st 2012 regarding the interpretation of “the public” in a digital environment on the basis of the rule of right of information (53 c-53 h §§ URL). This is the very first time when a Swedish court has made a harmonised interpretation of the meaning of “the public” since the EU court delivered its judgement in the *Rafael* case. As of today, the proprietors have met several obstacles in relation to the right of information so one might question its effectiveness. Herein it must be taken into account that the illegality of file sharing does not necessary correlate with public’s approach thereof.

My conclusions regarding “the public” in 2 § URL and EU law can be summarized as follows. Firstly, besides looking for a definition of “the public” in the conventional sources of law, one must consider the specific facts of each case and the purpose of the regulation at issue. The outcome of the Swedish cases is essentially in line with the EU case law regarding the concept of “the public”. While there are definite similarities in the interpretation of “the public”, for example the economic purpose, the criteria do not completely coincide. Even though there is limited case law regarding the right of information, I conclude that there is an underlying discrepancy between “the public” in 2 § and the rule of right to information. The reason for this discrepancy might lie in the difference between the situation of file sharing and TV- and radio broadcast and the fact that “probable cause” is a lower standard of proof than a proven case. The regulation of right of information has not been used as originally envisaged. The main reason has been the standstill in law enforcement because of the pending decision in the Swedish High court mentioned above. Furthermore, there are judicial obstacles and technical obstacles in terms of data storage regulation and anonymity services. Nevertheless, there is a high occurrence of file sharing, why the authorities need to increase the public’s consciousness of the value in intellectual property in order to avert unlawful file sharing. One step in the right direction would be to enhance the market for lawful “services on demand” in the digital field.

Sammanfattning

Rättighetsinnehavaren till ett upphovsrättsskyddat verk har en ekonomisk rättighet att göra verket tillgängligt för allmänheten. Det principiellt viktigaste sättet att göra ett verk tillgängligt för allmänheten i dagens informationsamhälle är rätten att överföra verket till allmänheten. Detta är särskilt reglerat i artikel 3.1 i infocodirektivet och implementerades i 2 § URL år 2005. Främst tar regleringen fasta på situationen när ett verk görs tillgängligt på digital väg, på internet till exempel, varvid allmänheten kan ta del av verket efter eget val. Varken direktivet eller URL specificerar innebörden av ”allmänheten”. Innebörden ska därför sökas i förarbeten och praxis. Både svenska och europeiska myndigheter understryker att begreppet ska ges en vid tolkning. Ett verk är uppenbarligen inte tillgängligt för allmänheten om det endast är överfört till en liten privat grupp av personer. Men vad betyder ”allmänheten” egentligen?

Svenska domstolar refererar än idag till äldre prejudicerande rättsfall i relation till 2 § URL. *Rafael*-fallet var det första förhandsavgörandet där EU-domstolen verkligen utvecklade definitionen av ”allmänheten” i infocodirektivet. Domstolen gjorde klart att ”överföring till allmänheten” skulle ges en enhetlig tolkning inom EU. Bland andra omständigheter så beaktade domstolen antalet personer som kunde ta del av verken, de kumulativa effekterna av spridningen samt intrångsgörarens vinstsyfte. Dessa kriterier blev tillämpliga i efterföljande praxis. I ett relativt nyutkommet EU-rättsligt fall, här kallat *tandläkar*-fallet, från april 2012 så betraktades dock ”allmänheten” utifrån något annorlunda kriterier. Vidare har EU-rättslig praxis främst rört ”överföring till allmänheten” genom TV och radio varför definitionen är desto mer oklar vad gäller ”överföring till allmänheten” på internet. Samtidigt som den digitala miljön onekligen hotar skyddet för upphovsrättsliga verk är det viktigt att man inte antar lagstiftning som riskerar att bli obsolet.

EU-kommissionen utfärdade år 2004 ”sanktionsdirektivet” i syfte att bekämpa immaterialrättsligt intrång. Bland andra sanktioner så ger artikel 8 (motsvarande 53 c-53 h §§ URL) rättighetsinnehavaren en rätt att få information från en internetleverantör om en intrångsgörarens identitet. Bortsett från den kontroversiella integritetsaspekten, är frågan om rätten ska kunna utövas mot en intrångsgörare eller påstådd intrångsgörare? Medlemsstaterna har här fått utrymme att fastställa beviskravet efter eget skön och den svenska tolkningen är att det måste föreligga ”sannolika skäl” för intrång. Kriterierna i relation till 2 § URL synes ha blivit den yttersta riktlinjen. Frågan är dock om de svenska domstolarna har intagit nya eller annorlunda kriterier för att tolka ”allmänheten” vid tillämpning av reglerna om informationsföreläggande. Högsta domstolen meddelade sitt beslut i det så kallade *ljudboks*-fallet den 21 december 2012. Fallet gällde tolkningen av ”allmänheten” i en digital miljö mot bakgrund av reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h §§ URL). Det är första gången som

svensk domstol har gjort en direktivkonform tolkning av allmänhetsbegreppet sedan EU-domstolen meddelade sin dom i *Rafael*-fallet. Som det ser ut idag så har rättighetsinnehavare mött åtskilliga hinder vid meddelande av informationsföreläggande, varför man kan ifrågasätta dess effektivitet. Härvid måste man beakta det faktum att olagligheten i fildelning inte nödvändigtvis korrelerar med allmänhetens inställning till densamma.

Mina slutsatser gällande "allmänheten" i 2 § URL och EU-rätten kan sammanfattas enligt följande. Först, förutom att söka definitionen i de konventionella rättskällorna, så måste man beakta de särskilda omständigheterna i varje fall och syftet med regleringen ifråga. Utgången i svensk praxis är i princip i linje med den EU-rättsliga praxisen rörande allmänhetsbegreppet. Samtidigt som det finns definitiva likheter i tolkningen av "allmänheten" i svensk rätt och EU-rätt, som till exempel vinstsyftet, så överensstämmer inte kriterierna helt och hållet. Även om det finns begränsad praxis gällande informationsföreläggande så drar jag ändå slutsatsen att det föreligger viss diskrepans mellan tolkningen av "allmänheten" i 2 § och reglerna om informationsföreläggande. Anledningen till diskrepansen torde ligga i skillnaderna i omständigheterna mellan fildelning och TV- och radiosändning och det faktum att "sannolika skäl" är ett lägre beviskrav än "styrkt". Reglerna om informationsföreläggande har inte utnyttjats såsom tänkts. Framst beror detta på att rättstillämpningen har stått stilla med anledning av det vilande beslutet hos Högsta domstolen som nämnts ovan. Vidare finns rättsliga hinder och tekniska hinder i form av datalagringsregler och anonymiseringstjänster. Hur som helst så är olovlig fildelning vanligt förekommande, varför myndigheterna måste öka allmänhetens medvetenhet kring värdet av upphovsrättsliga tillgångar för att fildelning ska kunna avvärjas. Ett steg i rätt riktning skulle vara att stimulera marknaden för lagliga "beställningstjänster" på den digitala marknaden.

Förord

Med dessa ord gör jag ett avslut i mina fem år långa studier. Jag hade föreställningen om att denna tidpunkt låg långt bort, när jag den 16 januari 2008 nervöst tittade mig omkring i den oändligt stora Pufendorfsalen. Jag vågar med säkerhet säga att jag har upplevt några av de roligaste åren i mitt liv här i Lund. Som tur är så är det här avslutet även början på något nytt. Det är med stor förväntan som jag nu blickar in i mitt framtida arbetsliv.

Jag vill tacka min familj och min pojkvän för ett otroligt stöd under studietiden. Jag vill även tacka mina vänner som förgyllt min studietid. Med er har jag haft nära till skratt, även i svåra stunder.

För uppsatsens del vill jag givetvis tacka Ulf Maunsbach som väglett mig i uppsatsskrivandet. Vidare vill jag tacka bibliotekarierna på Juridiska fakultetens bibliotek som varit till stor hjälp i materialinsamlingen. Sist men inte minst så vill jag tacka min dator för funktionen ”Command+F”.

Som en notis till läsaren vill jag slutligen uppmärksamma att mitt resonemang kring bedömningen av ”allmänheten” i reglerna om informationsföreläggande till en början utgick ifrån att det ännu inte fanns något auktoritativt uttalande från Högsta domstolen. Beslutet kom dock 21 december 2012 och kom till min kännedom först många dagar senare. Av den anledningen har jag inte hunnit beakta avgörandet i den utsträckningen som jag hade velat. Något måste jag hur som helst ha lärt mig under den här utbildningen eftersom jag faktiskt resonerade i Högsta domstolens termer redan innan beslutet kom.

Tack!

Amanda Zabielski

7 januari 2013

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
Ds	Departementsserien
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry
IP-adress	Internet Protocol address
Ipred	Intellectual Property Rights Enforcement Directive
KOM	Kommissionsdokument
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
STIM	Svenska tonsättares internationella musikbyrå
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
USA	United States of America
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty

1 Inledning

1.1 Introduktion

Upphovsrätt ger en rättighetsinnehavare ensamrätt till litterära och konstnärliga verk, med vissa inskränkningar. Detta regleras i lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Syftet med upphovsrätten är att skydda det andliga skapandet och vissa närstående rättigheter.¹ Liksom för andra immateriella rättigheter så behövs skyddet som incitament för upphovsmän att investera i vidare skapande.² Upphovsrätten har onekligen expanderat på många plan under senare år och ekonomisk och teknisk utveckling ställer nya krav på rättsområdet.³ Upphovsmännens skapelser finns idag lättillgängliga på en gränslös digital plattform, däribland på internet, varför verken ständigt tar nya former. Utvecklingen av att vilja skydda så många alster som möjligt av ekonomisk betydelse tenderar vidare att underminera respekten för upphovsrätten på grund av andra samhällsliga intressen, såsom fri konkurrens och informationsfrihet.⁴

Upphovsmännens ekonomiska ensamrättigheter regleras i 2 § URL. Här ingår rätten att göra sitt verk *tillgängligt för allmänheten*. Det tillgängliggörande som fått störst uppmärksamhet är *överföring till allmänheten*, ett begrepp man bröt ut genom införlivandet av *infosocdirektivet*.⁵ Bestämmelsen är principiellt viktig eftersom verk som görs tillgängliga på internet hänförs hit.⁶ En fråga som ställs på sin spets i denna uppsats är under vilka omständigheter ett verk kan anses vara tillgängligt för "allmänheten" och därmed hur gränsen mellan offentligt och privat ska bedömas. I avsaknad av vidare definition i 2 § får vägledning sökas i förarbeten och praxis på nationell nivå.⁷ En utgångspunkt för en sådan efterforskning är nationell rätt men år 2006 meddelade dock EU-domstolen i *Rafael-fallet* att "allmänheten" ska tolkas enhetligt inom gemenskapen.⁸ Som kommer att påvisas i denna uppsats, ligger en svårighet i att ge "allmänheten" en allmängiltig definition som kan anpassas till alla

¹ Olsson, 2009 I, s. 19.

² Levin, 2011, s. 21.

³ Olsson, 2009 I, s. 24 f.

⁴ Levin, 2011, s. 21, 67.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, lag (2005:359) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁶ Olsson, 2009 II, s 62 f.

⁷ Prop. 2004/05:110 s. 73.

⁸ EU-domstolens dom i mål C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot Rafael Hotels SA* från den 7 december 2006, p. 31. Fortsättningsvis kallat *Rafael-fallet*.

situationer oberoende av omständigheterna. Det för mig obemärkt in på nästa del av uppsatsen, allmänhetsbegreppet i de regler om informationsföreläggande som infördes i URL (motsvarar här 53 c-53 h §§ URL) genom implementering av *sanktionsdirektivet*⁹ (den s.k. ipredlagen) den 1 april 2009. I de nya bestämmelserna finns regler som gör det möjligt för domstol att låta upphovsmannen eller dennes rättighetsinnehavare få ut information om vem som kan ha begått ett visst intrång. Ett beviljande av *informationsföreläggande* förutsätter att det föreligger *sannolika skäl* för att intrång skett. I den delen av uppsatsen avser jag att undersöka om det föreligger diskrepans i bedömningen av allmänhetsbegreppet vid meddelande av informationsföreläggande jämfört med när ett intrångsmål avgörs slutligt. I båda situationerna blir praxis utifrån 2 § URL aktuell.

Reglerna om informationsföreläggande har resulterat i ett fåtal fildelningsfall där frågan om verken gjorts tillgängliga för ”allmänheten” har kommit att undersökas på nytt. De underrätter som bedömt frågan har kommit till olika beslut.¹⁰ Den 21 december 2012 kom dock ett auktoritativt beslut från Högsta domstolen som säkerligen kommer att få betydelse för den fortsatta rättstillämpningen. För första gången har Högsta domstolen i ett civilrättsligt mål bedömt frågan hur allmänhetsbegreppet ska förstås i nätverkssammanhang. Det är också första gången som det gjorts en direktivkonform tolkning av begreppet ”allmänheten” sedan EU-domstolen meddelade sin dom i *Rafael*-fallet.¹¹ När det gäller frågan hur reglerna om informationsföreläggande ska förstås kan nämnas att EU-kommissionen såväl som en av regeringen utsedd utredare har undersökt reglernas tillämpning. Båda har uppmärksammat att det allmänna rättsmedvetandet inte korrelerar med sanktionerna mot fildelning.¹² Vidare kan man se en ökad trend i användandet av anonymiseringstjänster.¹³

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med den här uppsatsen är i första hand att utreda begreppet ”allmänheten” och dess utveckling i relation till 2 § URL. Således kommer uppsatsen att försöka påvisa vilka faktorer som påverkar bedömningen. Vidare kommer jag undersöka hur allmänhetsbegreppet förhåller sig till det informationssamhälle vi lever i idag. Här kommer ”överföring till allmänheten” i 2 § URL mot bakgrund av artikel 3.1 i infosocdirektivet särskilt beaktas. Eftersom begreppet ”överföring till allmänheten” är harmoniserat så är det högst relevant att undersöka hur EU-domstolen har uttolkat allmänhetsbegreppet enligt infosocdirektivet och andra relevanta

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

¹⁰ Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Å 2707-09, Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09.

¹¹ Högsta domstolens dom 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 35.

¹² KOM(2011) 287 slutlig, s. 20., SOU 2012:51, s. 32.

¹³ Larsson och Svensson, 2010, s. 80.

direktiv. I denna del kommer jag att jämföra och kontrastera de kriterier som svensk praxis respektive EU-rättslig praxis har ställt upp för denna tolkning.

Andra delen av uppsatsen syftar till att utreda om och på vad sätt prövningen av allmänhetsbegreppet i 2 § URL, när ett intrångsmål avgörs slutligt, skiljer sig från densamma vid bedömningen av om det föreligger ”sannolika skäl” för intrång vid meddelande av informationsföreläggande enligt 53 c-53 h §§ URL.

Avslutningsvis, för att sätta reglerna i perspektiv, så kommer jag att klargöra den praktiska tillämpningen av reglerna om informationsföreläggande i sanktionsdirektivet och URL, dess framtid samt allmänhetens inställning till dessa.

Frageställningarna blir därmed följande:

- Vad menas med ”allmänheten” i relation till 2 § URL och relaterade bestämmelser i EU-rätten?
- Finns det en diskrepans i bedömningen av ”allmänheten” när ett mål avgörs slutligt enligt 2 § jämfört med tillämpning av reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h §§ URL)? På vilket sätt?
- Är reglerna om informationsföreläggande effektiva? Varför/varför inte?

1.3 Avgränsningar

En undersökning av ”allmänheten” i förhållande till 2 § URL och relationen till 53 c § kan vid första anblick framstå som ett snävt ämne. Faktum är emellertid att bedömningen av ”allmänheten” tangerar andra ämnen, varför en viss avgränsning måste göras. Det bör först påpekas att allmänhetsbegreppet kommer att undersökas i förhållande till 2 § URL tredje stycket och i viss mån fjärde stycket. Det är givetvis nödvändigt att kommentera de olika sätten som ett verk kan göras tillgängligt för allmänheten men syftet är inte att genomföra en undersökning av hur ett verk rent tekniskt anses ha gjorts tillgängligt. Samtidigt går sådana överväganden ofta in i bedömningen av ”allmänheten”. Av naturliga skäl så kommer ”överföring till allmänheten” att utgöra grunden i min undersökning eftersom det är främst denna form av tillgängliggörande som ger upphov till svåra gränsdragningar av ”allmänheten”, särskilt i den digitala miljön. Merparten svensk rättspraxis rörande fildelning är straffrättslig men uppsatsen kommer i huvudsak att ha en civilrättslig utgångspunkt med undantag för de jämförelser som kan komma att göras med straffrättsliga överväganden.

Vad gäller territoriella avgränsningar utgör EU:s upphovsrättsliga regler givetvis en stor del av uppsatsen eftersom dessa ligger till grund för den, för detta arbete relevanta, upphovsrättsliga regleringen i Sverige. Rättsområdet är dessutom i allra högsta grad präglad av internationella regler men jag avser inte att redogöra för det internationella upphovsrättsliga perspektivet i

den här uppsatsen. Internationella konventioner och fördrag kommer emellertid kommenteras där det är relevant för den EU-rättsliga regleringen. Trots att de nordiska upphovsrättsliga lagarna bygger på ett lagstiftnings-samarbete så kommer jämförelser med andra nordiska länder att utelämnas, främst av utrymmesskäl.

1.4 Metod och material

Jag kommer huvudsakligen använda mig av *rättsdogmatisk metod*. Jag kommer därmed konstatera vilka rättsregler som finns (*de lege lata*) på området och hur de utvecklats.¹⁴ Jag kommer främst använda mig av de auktoritativa rättskällorna i ordningen lag, förarbeten, praxis och doktrin.¹⁵ Ett fåtal *komparativa inslag* finns i form av hänvisningar till andra medlemsstaters nationella rätt, detta för att skapa ett jämförelseunderlag. För att ge uppsatsen en mer pragmatisk utformning kommer jag till viss del anlägga ett *rättspolitiskt perspektiv*. Den rättspolitiska diskussionen uppenbarar sig främst i den känsliga avvägningen mellan rättighetsinnehavarens behov av skydd och integritetsintresset vid beviljande av informationsföreläggande. Jag kommer dock främst anlägga detta perspektiv i samband med utredningen av den faktiska tillämpningen av reglerna om informationsföreläggande. Bland annat framförs ståndpunkter gällande de olika slags hinder som bidragit till att reglerna har brustit i effektivitet. Slutligen finns ett inslag av ett *rättssociologiskt perspektiv* såtillvida att jag undersöker tillämpningen av reglerna om informationsföreläggande och hur den förhåller sig till människors faktiska beteende enligt existerande sociala normer.¹⁶ Här utgår jag främst ifrån Larssons och Svenssons undersökning gällande förhållandet mellan mer stringenta regler mot fildelning och det faktum att yngre människor tenderar att kringgå sådana regler.¹⁷

Vad gäller användningen av materialet kan följande sägas. I förarbetena till URL kommer utskottets uttalande ges särskild vikt, därefter propositionen och sist men inte minst kommitténs betänkande.¹⁸ Doktrin kommer också att utgöra en viktig del av uppsatsen, särskilt i den översiktliga redogörelsen för upphovsrätten. Artiklar används delvis för att anlägga ett kritiskt perspektiv gällande tolkningen av allmänhetsbegreppet men också för att undersöka och analysera gällande rätt.

En stor del av uppsatsen upptas av praxis, med betoning på svensk praxis och EU-rättslig praxis. För den ursprungliga tolkningen av allmänhetsbegreppet i svensk rätt kommer praxis från Högsta domstolen bli aktuell. Senare EU-rättslig praxis i form av förhandsavgöranden från EU-domstolen används i stor utsträckning för den EU-rättsliga tolkningen.

¹⁴ Lehrberg, 2010, s. 67.

¹⁵ Lehrberg, 2010, s. 87.

¹⁶ Jfr Svensson, 2008, s. 71 f.

¹⁷ Jfr Larsson och Svensson, 2009.

¹⁸ Lehrberg, 2010, s. 131.

Gällande reglerna om informationsföreläggande, kommer underrättspraxis samt ett beslut från Högsta domstolen att utgöra tolkningsunderlag för hur reglerna tillämpats i Sverige. Det finns ett fåtal hänvisningar till andra medlemsstaters nationella praxis angående tolkning av ”överföring till allmänheten” efter det uppmärksammade *Rafael*-fallet, som också nämns. Därutöver görs en kort jämförelse med andra medlemsstaters tillämpning av beviskravet vid beviljande av informationsföreläggande. Dessa hänvisningar syftar till att ge en mer nyanserad bild av rättsläget på en EU-rättslig nivå.

Dessutom kommer jag emellanåt att hänvisa till internet. Bland annat görs hänvisningar till STIM:s hemsida. Slutligen, eftersom det nyligen kommit ett beslut från Högsta domstolen så kommer jag i min analys att ta ställning till vissa uttalanden som publicerats på nyhetsrelaterade hemsidor.

1.5 Disposition

Uppsatsen är indelad i sju kapitel. Det *andra kapitlet* behandlar upphovsrätten generellt och innebörden av de olika sätt man kan göra ett verk tillgängligt för allmänheten enligt 2 § URL. Detta i syfte att ge läsaren förståelse för bakgrunden och syftet med upphovsrätten. Det sätter dessutom resterande kapitel i perspektiv. Det *tredje kapitlet* ägnas åt en mer detaljerad redogörelse för allmänhetsbegreppet i 2 § URL i svensk rätt. Här beskrivs förarbetsuttalandena som ligger till grund för bedömningen. Därefter följer ett referat av prejudicerande praxis som uttolkat allmänheten. Slutligen görs en skildring av den ökade internetanvändningen och på vad sätt verk kan överföras till allmänheten genom exempelvis fildelning. EU-rätten är högst aktuell för upphovsrätten, varför *fjärde kapitlet* kommer behandla allmänhetsbegreppet främst i infosocdirektivet och den efterföljande praxisen på området. Parallellt kommer rättsfall att jämföras med varandra och den EU-rättsliga praxisen kontrasteras mot den svenska. I det påföljande *femte kapitlet* undersöks regleringen kring informationsföreläggande mot bakgrund av artikel 8 i sanktionsdirektivet och särskilt 53 c § URL. Här aktualiseras svensk praxis vari bedömningen av allmänhetsbegreppet jämförs med densamma utifrån 2 § URL. Den senare delen koncentreras vid den praktiska tillämpningen av reglerna om informationsföreläggande. I det *sjätte kapitlet* följer min analys av rättsläget och till viss del framtiden. Här försöker jag att ge svar på mina frågeställningar. Analysen är i huvudsak uppbyggd enligt huvudtextens konstruktion om än något komprimerat. För att knyta ihop uppsatsens beståndsdelar så kommer mina avslutande reflektioner i det sista *sjunde kapitlet*.

2 Relevant upphovsrättslig reglering

Upphovsrätten och skyddet för konstnärliga och litterära verk tillhör onekligen immaterialrättens största område.¹⁹ Upphovsrätten fyller en betydande ekonomisk och kulturell funktion och påverkar den internationella handeln. Stora investeringar görs för att utveckla informationsteknologier, vilket i sin tur kräver ett faktiskt rättsskydd. För att sätta den ekonomiska utvecklingen i perspektiv kan sägas att copyrightindustrierna i EU medverkade till att öka bruttonationalprodukten med 5,3 % år 2003.²⁰ Immaterialrättigheter, inräknat upphovsrätt, är numera dessutom en grundläggande rättighet som måste respekteras inom EU.²¹ I denna del av uppsatsen kommer upphovsrättens huvuddrag att presenteras med en avslutande introduktion till den ekonomiska rättigheten att förfoga över sitt verk.

2.1 Allmänt om upphovsrätt och dess innehåll

Upphovsrätten tillhör det mer övergripande rättsområdet *immaterialrätt*. Immaterialrätten skyddar olika intellektuella verk och i kontrast till rätten till fast och lös egendom fokuserar rättsområdet på osynliga objekt.²² Som nämnts tidigare syftar upphovsrätten till att reglera upphovsmäns rättigheter till vissa förfoganden över deras litterära eller konstnärliga verk.²³ Ett ytterligare område som tillhör upphovsrätten är de så kallade *närstående rättigheterna*. Dessa rättigheter hänförs till de personer vars verksamhet står i nära relation till de alster som ryms i det ursprungliga skapandet. Exempelvis så kan framförandet av verk av skådespelare och sångare hänföras till de närstående rättigheterna. Det gäller även ”fonogramframställare”, d.v.s. producenterna bakom framställningen av CD- skivor och DVD- skivor.²⁴ Grunderna till ett upphovsrättsligt skydd till ett verk kan sökas i de rättspolitiska diskussioner som förs på rättsområdet. Upphovsrätten vilar på främst två grundfunktioner vars *syften* är att dels främja andligt skapande, dels ge skydd för de investeringar som görs i produktionen av konstnärliga och litterära verk. Det upphovsrättsliga systemet har följaktligen stor betydelse för den europeiska och internationella samhällsekonomin.²⁵

¹⁹ Levin, 2011, s. 67.

²⁰ Olsson, 2009 II, s. 28.

²¹ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 17.1.

²² Olsson, 2009 I, s. 19.

²³ Olsson, 2009 I, s. 19.

²⁴ Bernitz m.fl., 2011, s. 111, Olsson, 2009 I, s. 268 f.

²⁵ Olsson, 2009 I, s. 36-39.

2.2 Upphovsrättens bakgrund och utveckling

Upphovsrätten har sitt ursprung i de förmåner som boktryckare och förläggare fick ta del av vid boktryckarkonstens tillkomst på 1400-talet. Successivt tillerkändes författare, kompositörer och konstnärer en enskild rätt till sitt alster som gick i arv till efterlevande.²⁶

Den egentliga framväxten av upphovsrätt i Europa och därmed också i Sverige skedde under 1800-talet. Den lagfästa svenska upphovsrätten kom med 1810 års tryckfrihetsordning. Författare tillskrevs här en ensamrätt till sina tryckta verk varvid det stadgades att ”Varje skrift vare författarens eller dess laglige rättighetshavares egendom.”²⁷ Det internationella upphovsrättsliga samarbetet började redan i slutet av 1800-talet genom Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, till vilken Sverige anslöt sig år 1904. Därefter tillkom tre svenska upphovsrättslagar för olika typer av verk och på 1930-talet initierades ett nordiskt samarbete. Detta samarbete resulterade i närmast nog identiska upphovsrättsliga lagar bland de nordiska länderna.²⁸ Den svenska upphovsrätten är i allra högsta grad en produkt av nordiskt samarbete och internationell rättsutveckling vilket gör att utländsk doktrin och rättspraxis till viss del blir relevant i den svenska rättstillämpningen.²⁹

2.3 Grundläggande bestämmelser i URL

Upphovsrätten är grundlagsstadgad genom att regeringsformen andra kapitlet 16 § föreskriver att författare, konstnärer och fotografer har ”rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag.”³⁰ Den främsta nationella lag inom upphovsrätten är URL från 1960. Den är under en ständig förändring till följd av informationsteknikutvecklingen.³¹ URL reformerades i relativt stor utsträckning den 1 juli 2005 med anledning av infocodirektivet.³²

En grundläggande skyddsförutsättning är att endast den som skapat ett litterärt eller konstnärligt *verk* enligt 1 § URL skyddas av upphovsrätt. Exemplifieringen av verk i 1 § URL är inte uttömmande. Vidare krävs att verket uppnår *verkshöjd* vilket innebär att det måste vara en självständig och

²⁶ Olsson, 2009 I, s. 30.

²⁷ Kongl. Maj:ts och Rikens Ständers Faststälde Tryckfrihets-Förordning; Dat. Stockholm den 9 Martii 1810, 1§ moment 7, Bernitz m.fl., 2011, s. 6, 38.

²⁸ Olsson, 2009 II, s. 26.

²⁹ Bernitz m.fl., 2011 s. 42.

³⁰ Bernitz m.fl., 2011, s. 30, 2011 års Regeringsform (SFS 2010:1408).

³¹ Levin, 2011, s. 68.

³² Bernitz m.fl., 2011, s. 31.

originell skapelse.³³ Till skillnad från exempelvis varumärkesrätten, uppstår det upphovsrättsliga skyddet *formlöst* genom verkets tillkomst.³⁴

När de grundläggande skyddsförutsättningar (som diskuterats ovan) är uppfyllda så tillerkänns upphovsmannen två ensamrättigheter, dels ekonomiska rättigheter, dels ideella rättigheter. Dessa regleras i 2 § respektive 3 § URL. De ekonomiska rättigheterna består i en ensamrätt att förfoga över verket genom exemplarframställning och genom att göra det tillgängligt för allmänheten.³⁵ De ideella rättigheterna finns i 3 § URL och innebär en rätt för upphovsmannen att bli namngiven i anslutning till verket samt en rätt till respekt för verket. Andra kapitlet i URL föreskriver vidare ett antal inskränkningar i ensamrätten till förmån för allmänhetens intressen att utnyttja verken.³⁶

För att se till att upphovsrätten efterföljs så finns ett sanktionssystem med huvudsaklig reglering i URL. Sanktionerna är i huvudsak civilrättsliga, som till exempel förbud, intrångsundersökning, skadestånd samt det hittills mest omdebatterade förprocessuella verktyget; informationsföreläggande.³⁷ Reglerna kring informationsföreläggande i URL tillkom mot bakgrund av sanktionsdirektivet som syftar till att stävja intrång som sker på internet.³⁸ Därutöver finns även den straffrättsliga sanktionen i 53 § 1 st URL. Det straffrättsliga ansvaret kan inträda vid intrång enligt 2 § URL.³⁹ Om de subjektiva förutsättningarna ”grov oaktsamhet” eller uppsåt föreligger så döms intrångsgöraren till ”böter eller fängelse i högst två år”.⁴⁰

2.4 Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten

Den förfoganderätten som upphovsmannen innehar är en väldigt central och heltäckande bestämmelse över de grundläggande rättigheterna.⁴¹ Det finns anledning till att göra åtskillnad mellan de olika sätten av tillgängliggörande. Exempelvis så gäller vissa inskränkningar för offentligt framförande till skillnad från överföringar.⁴² Uttrycket ”tillgängligt för allmänheten” fanns i den ursprungliga upphovsrättslagen från 1960. Redan då framhölls vikten av att använda sig av neutrala uttryck för att kunna anpassa det efter teknikutvecklingen.⁴³ Begreppet förtydligades senare

³³ Levin, 2011, s. 85 f, Karnov internet, lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk första kapitlet 1 § not 2, den 1 juli 2011.

³⁴ Levin, 2011, s. 72.

³⁵ Olsson, 2009 II, s. 56, 1 § URL.

³⁶ Olsson, 2009 I, s. 123.

³⁷ Bernitz m.fl., 2011, s. 128 ff.

³⁸ Bernitz m.fl., 2011, s. 407.

³⁹ Liksom vid intrång i de närstående rättigheterna, se 57 § URL.

⁴⁰ 53 § 1 st URL, Olsson, 2009 I, s. 231, 234.

⁴¹ Olsson, 2009 II, s. 57.

⁴² Olsson, 2009 I, s. 91.

⁴³ Prop. 1960:17 s. 53.

genom 2005 års lagändring, utan att för den skull utvidgas. Fyra underkategorier bildades.⁴⁴ Dessa finns placerade i 2 § 3 st URL.

2.4.1 Överföring till allmänheten

Den avancerande digitala miljön bidrar till svårigheter för rättighetsinnehavaren att kontrollera sina verk då de blir allt mer lättillgängliga för allmänheten.⁴⁵ I 2 § 3 st första punkten infördes en ny kategori av tillgängliggörande som rör fallet då verket ”överförs till allmänheten”. Bestämmelsen avser alla slags överföringar som sker på distans, när verket trådlöst eller icke-trådlöst görs tillgängligt för allmänheten. Detta kan exempelvis ske genom att verket förmedlas på TV eller internet. Allmänheten måste ta del av verket från en annan plats än den där tillgängliggörandet sker. Detta omfattar situationen när personer kan ta del av verket från en plats och vid en tid som de själva beslutar. Nedladdning av verk från internet är exempel på det senare fallet.⁴⁶ I internet sammanhang brukar man tala om ”on demand” teknik då ett verk görs tillgängligt i en databas eller server och där allmänheten själv kan välja när tillgängliggörandet ska ske. TV- och radiosändning sker däremot genom ”push teknik”, det vill säga allmänheten kan inte påverka vad som sänds.⁴⁷

2.4.2 Offentligt framförande

Det andra fallet av tillgängliggörande benämns ”offentligt framförande” i 2 § 3 st andra punkten. Regeln blir tillämplig när ett verk görs tillgängligt med eller utan tekniskt hjälpmedel på samma plats där allmänheten tar del av verket. Innan 2005 års lagändring omfattades även situationer som föreskrivs i första punkten. Med anledning av infosocdirektivets betoning på distansöverföringar lät man endast rena framföranden omfattas av andra punkten.⁴⁸ Ett framförande på scen eller uppläsning av ett verk är uppenbara exempel på detta. Även framföranden av TV- och radiosända verk på en restaurang exempelvis klassificeras som offentligt framförande. I det fallet sker både en överföring till allmänheten genom själva sändningen och ett offentligt framförande när restauranggästerna kan ta del av verken genom ljud och bild.⁴⁹

⁴⁴ Olsson, 2009 I, s. 88 f, prop. 2004/05:110 s. 60.

⁴⁵ Olsson, 2009 II, s. 30.

⁴⁶ Bernitz m.fl., 2011, s. 75.

⁴⁷ Olsson, 2009 I, s. 90.

⁴⁸ Prop. 2004/05:110 s. 65.

⁴⁹ Prop. 2004/05:110 s. 379.

2.4.3 Offentlig visning

”Offentlig visning” i 2 § 3 st tredje punkten gäller endast ett fysiskt verk som visas för en allmänhet på samma plats. Det kan då röra sig om en visning av ett konstverk i ett galleri. Då verket visas med hjälp av tekniskt hjälpmedel är det att bedömas som offentligt framförande. Låt vara att ett verk kan överföras genom TV-sändning, men om en publik kan ta del av detta på en bildskärm så innebär detta ett offentligt framförande.⁵⁰

2.4.4 Spridning

Upphovsmannen tillerkänns dessutom en rätt att *sprida* sitt verk till allmänheten genom försäljning, uthyrning och utlåning enligt 2 § 3 st fjärde punkten. En viktig begränsning finns i 19 § som stadgar att ett verk som med upphovsmannens samtycke har överlåtits inom EU, får spridas vidare. Upphovsmannens spridningsrätt konsumeras således genom överlåtelsen.⁵¹

Av stor betydelse är att ett verk som tillgängliggörs på ett nätverk inte gör spridningsrätten aktuell då det inte är samma exemplar som överförs. Här öppnas istället ett tillfälle för kopiering av verket.⁵² Högsta domstolen uttalade i *Mp3-fallet* att endast fysiska exemplar omfattas av spridningsrätten och att detta står i enlighet med förarbetena.⁵³ EU-domstolen har också bekräftat denna ståndpunkt genom tolkning av artikel 4.1 i infocodirektivet. Spridning av kopior eller exemplar som sker på annat sätt än genom försäljning kräver överlåtelse. Visning utan att vederbörande tillåts använda exemplaret är alltså inte tillräckligt.⁵⁴

⁵⁰ Bernitz m.fl., 2011, s. 76, prop. 2004/05:110 s. 79.

⁵¹ Prop. 2004/05:110 s. 184.

⁵² Lindberg och Westman, 2001, s. 257.

⁵³ NJA 2000 s 292, prop. 1960:17, s. 62.

⁵⁴ EU-domstolens dom i mål C-456/06, *Peek & Cloppenburg KG mot Cassina SpA* från den 17 april 2008, p. 36.

3 ”Allmänheten” i svensk rätt

Efter att ha klassificerat de olika rättigheterna i 2 § 3 st URL, finns nu anledning att undersöka hur ”allmänheten” i 2 § ska avgränsas. Det har redan poängterats att någon närmare definition för vad som räknas till allmänheten inte finns i URL förutom det utvidgade offentlighetsbegreppet i 2 § 4 st när verk görs tillgängligt i förvärvsverksamhet. I annat fall får ledning sökas i allmänt språkbruk och domstolspraxis.⁵⁵

I tidiga förarbeten och doktrin använde man sig flitigt av terminologin offentligt respektive privat för att avgränsa allmänheten. Som kommer att framgå nedan finns dock anledning att hålla isär begreppen allmänheten och offentliggörande. Offentlighetsbegreppet i förhållande till offentligt framförande och spridning var av särskilt intresse i 1960 års URL.⁵⁶ När ”överföring till allmänheten” sedan infördes i URL 2005 framhölls att vägledning ska sökas i förarbeten och praxis som då gällde offentligt framförande.⁵⁷

3.1 Offentliggjort

Det bör understrykas att reglerna om överföringar, framföranden och visningar omfattar upphovsrättsliga verk som är offentliggjorda. När ett verk på lagligt vis gjorts tillgängligt för allmänheten bedöms det vara offentliggjort enligt 8 § URL. Det är en grundläggande bestämmelse eftersom den utgör förutsättningen för att inskränkningarna i andra kapitlet ska bli tillämpliga. Privata förfoganden över ett offentliggjort verk undantas nämligen från upphovsmannens ensamrätt.⁵⁸ Det finns en viktig principiell skillnad mellan offentliggörande och tillgängliggörande för allmänheten. Då ett verk offentliggjorts genom överföring eller framförande, får det för den skulle inte återutsändas utan tillstånd från upphovsmannen. Exempelvis så kan det dels ske överföring till allmänheten genom själva radioutsändningen, dels offentligt framförande när musiken framförs via högtalare inför restauranggäster. Båda är exempel på förfoganden som kräver samtycke från rättighetsinnehavaren.⁵⁹

⁵⁵ Levin, 2011, s. 153 f.

⁵⁶ Prop. 1960:17, s. 54 ff och s. 62.

⁵⁷ Prop. 2004/05:110, s. 73.

⁵⁸ Bernitz m.fl., 2011, s. 77.

⁵⁹ Levin, 2011, s. 154 f.

3.2 Offentligt och privat

3.2.1 Förarbetena

I 1960 års proposition till URL framhölls att ”tillgängligt för allmänheten” i 2 § URL inte bara skulle omfatta rena offentliga framföranden utan även tillställningar av offentlig karaktär. Här åsyftades fall där den ansvarige för tillställningen försökt ge deltagare intrycket av att tillhöra en sluten krets. Det kunde röra sig om medlemskapsanmälan, inval i förening eller andra formella inbjudningar. Offentligt framförande skulle omfatta allt från uppträdanden till föreningsverksamheter, även om *tillträdet* för nya medlemmar begränsades på ett eller annat sätt.⁶⁰ Rättighetsinnehavaren ansågs ha rätt att ekonomiskt kompenseras för utnyttjanden av sitt verk som hade faktisk betydelse.⁶¹ Lagutskottet anförde att offentlighetsbegreppet i URL inte skulle vara bundet till definitioner i andra lagar, exempelvis tillställningar som i administrativt/fiskalt hänseende ansågs offentliga. Man måste se till de enskilda förhållandena inom upphovsrätten varvid utgångspunkten är att ”*alla framföranden som icke äger rum inför helt slutna kretsar*”⁶² omfattas av upphovsmannens ensamrätt.⁶³ Syftet med att begränsa upphovsmannens rätt var på motsvarande sätt att låta framföranden inom det privata livet stå utanför ensamrätten.⁶⁴ Detta ställningstagande har fått betydelse idag för bedömningen av fildelningssajter som kräver medlemskap.⁶⁵

Såsom uttrycktes i ännu tidigare lagmotiv från 1914 så anses ett framförande offentligt inför en krets personer som ”*icke är på något sätt individuellt bestämd.*”⁶⁶ Detta kan uppfattas som ett sätt att sträcka ut offentlighetsbegreppet till att omfatta fall där framförandet visserligen sker inför ett mindre antal personer men i en miljö som inte kan sägas vara privat.⁶⁷ Man såg för övrigt ingen anledning till att i lag närmare begränsa vad som tillhör offentlighetens område.⁶⁸

⁶⁰ Prop. 1960:17, s. 54 f, 1LU 1960:41 s. 37.

⁶¹ Prop. 1960:17, s. 60.

⁶² 1LU 1960:41, s. 38.

⁶³ 1LU 1960:41, s. 38.

⁶⁴ SOU 1956:25, s. 103.

⁶⁵ Se avsnitt 5.3.

⁶⁶ Förslag till Lag om rätt till litterära och musikaliska verk, avgiven den 28 juli 1914 därtill inom Kungl. Justitiedepartementet förordnade sakkunniga, s. 77. Fortsättningsvis kallat Motiv 1914.

⁶⁷ Karnell, 1973, s. 276.

⁶⁸ Motiv 1914, s. 77.

3.2.2 Spridning och visning

I 1960 års proposition behandlas offentlighetsbegreppet i allmänna ordalag främst med hänvisning till offentligt framförande.⁶⁹ Bland remissyttrandena anförde Sveriges Radio att offentlighetsbegreppet vid spridning inte är detsamma som vid offentligt framförande. Ett exemplar som givits till *någon* person utanför den närmsta kretsen av familj och vänner är tillräckligt för spridning i upphovsrättslig mening. Detta hade, enligt remissinstanserna, betydelse när ett konstverk överläts.⁷⁰ Departementschefen gjorde ingen direkt hänvisning till yttrandena i sig men uttryckte sig i samma andedräkt med tillägget att om ett konstverk överläts så ska det anses offentliggjort enligt 8 § URL.⁷¹ Lagutskottets utlåtande, å sin sida, berörde inte offentlighetsbegreppet specifikt i förhållande till spridning.⁷²

I likhet med offentligt framförande torde det för offentlig visning krävas att en större krets personer utanför den privata sfären får möjlighet att ta del av verket.⁷³ I övrigt går det inte att utläsa i förarbetena att det skulle finnas ett särskilt offentlighetsbegrepp i förhållande till visning. ”Allmänheten” i förhållande till ”framförande” och ”spridning” var som sagt av särskilt intresse vid tiden för utfärdandet av propositionen.⁷⁴

3.2.3 Kompletteringsregeln

Enligt 2 § 4 st URL utvidgas begreppet ”allmänheten” till att även avse verk som framförs eller överförs i *förvärvsverksamhet* inför en *större slutna krets*. Bestämmelsen tar således fasta på situationer när framförandet varken är offentligt eller privat enligt sedvanlig mening.⁷⁵ Här åsyftas främst den så kallade industrimusiken, då exempelvis musik via radio sänds i en fabrik eller på ett företag. Även om industrimusiken kanske inte direkt uppmuntrar arbete så utgör den ett led i bedrivandet av verksamheten på ett sådant sätt att ersättning ska utgå till upphovsmannen.⁷⁶ Det kan tilläggas att Högsta domstolen, två år innan propositionens antagande, i *industrimusik-fallet* konstaterade att industrimusik inte utgjorde offentligt framförande i upphovsrättslig mening.⁷⁷

⁶⁹ Prop. 1960:17, s. 53 ff.

⁷⁰ Prop. 1960:17, s. 58.

⁷¹ Prop. 1960:17, s. 62.

⁷² 1LU 1960:41 s. 35 ff.

⁷³ Lindberg, 2001, s. 259.

⁷⁴ Se prop. 1960:17, s. 54 ff, 62.

⁷⁵ Olsson, I 2009, s. 98.

⁷⁶ 1LU 1960:41 s. 38.

⁷⁷ NJA 1958 s. 80.

3.2.3.1 Större sluten krets och förvärvsverksamhet

Vid bedömningen av regeln bör hänsyn tas till om det finns ett *ekonomiskt syfte* med framförandet, antalet personer och hur regelbundet framförandet sker.⁷⁸ Ett fall där musiken har ett ekonomiskt värde är då musik spelas i en butik, eftersom köpbeteendet påverkas av musiken och i sin tur försäljningen.⁷⁹ Framföranden som undantas är de som inte sker inför en ”större krets”, på arbetsplatser vars verksamhet angränsar till det privata. Istället för att fastställa ett visst antal personer så föreslog departementschefen att en helhetsbedömning skulle göras av dessa uppräknade omständigheter. Som exempel på vad som räknas till förvärvsverksamhet nämndes en restaurangägare som arrangerar musik för en större grupp middagsgäster men också musikuppspelningar på hotell.⁸⁰ I övrigt saknas närmare definition av uttrycket förvärvsverksamhet i förarbetena.⁸¹

3.2.3.2 Musiklicens

Denna kompletteringsregel som beskrivits ovan är bakgrunden till det avtal mellan STIM och Svenska Arbetsgivareföreningen gällande ersättning för musikframförande under arbete. Där åläggs man betala ersättning om antalet anställda på en avdelning är minst 40 personer och minst 20 personer har möjlighet att lyssna på musiken. En arbetsgivare behöver däremot inte betala musiklicens för anställdas medhavda utrustning.⁸²

3.3 Praxis före infocodirektivets införlivande

3.3.1 Tidiga principer

Stala-fallet från 1967 är ett av de allra första fallen som berör offentlighetsbegreppet varvid underinstanser hänvisar till Högsta domstolens uttalanden än idag.⁸³ Fallet gällde en dansförening vars syfte var att anordna danskurser för medlemmar. Även vissa medlemmar från andra dansföreningar fick tillträde. Medlemskapet kostade tre kronor och betalades efter tillställningen. Själva medlemskortet som motsvarade inträdet kunde dock inte erhållas vid ingången till lokalen men anmälan kunde göras tidigare samma dag. Danstillfällena annonserades i

⁷⁸ Prop. 1960:17, s. 55.

⁷⁹ Olsson, 2009 I, s. 99.

⁸⁰ Prop. 1960:17, s. 63.

⁸¹ Se dock NJA 1988 s.715.

⁸² Bernitz m.fl., 2011, s. 80, STIM:s hemsida:

<http://www.stim.se/sv/KUNDER/Arbetsplatser/> besökt 2012-09-17.

⁸³ NJA 1967 s. 150. Fortsättningsvis kallat *Stala*-fallet, jfr NJA 1988 s 715 och Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 7.

lokaltidningen. Efter angivelse av STIM väcktes åtal mot Stala Gammeldansförening. STIM åberopade ett uttalande av professor Seve Ljungman i Högsta domstolen. Genom att citera förarbeten och doktrin ansåg Ljungman att utöver uttalandena om slutna krets så får ledning sökas i rättspraxis. Bland annat sades att den personliga integriteten ska vägas mot upphovsmannens ekonomiska intresse varvid det senare ansågs väga tyngre i detta fall. Det ansågs offentligt i än högre grad eftersom framförandet av den skyddade dansmusiken ingick föreningens huvudsyfte; att anordna dansevenemang.⁸⁴ Högsta domstolen ansåg sammanfattningsvis att den dansmusik som framfördes var att anses som offentlig med hänvisning till ”föreningens ändamål och möjligheterna att vinna medlemskap och tillträde till tillställningarna.”⁸⁵

Frågan om demonstrationsmusik i detaljhandeln skulle anses vara ett offentligt tillgängliggörande fick sitt svar i *demonstrationsmusik*-fallet.⁸⁶ En elektronikbutik lät spela upp musikavsnitt om ca 30 sekunder för att demonstrera kvaliteten på musikspelare. Om än kort så ansågs det utgöra ett framförande enligt URL, trots att i princip endast en kund i taget hörde musiken. Vad gäller offentlighetsrekvisitet anförde majoriteten att detta var uppfyllt i och med att *affären stod öppen* för allmänheten. Skiljaktiga instämde med majoriteten att musiken framförts offentligt då det inte gick att utesluta att andra än den specifika kunden lyssnat på musiken. Själva framförandet av musiken ansåg de dock inte utgöra huvudsyftet utan endast en effekt av besiktningen av apparaterna, och därmed av liten betydelse för upphovsmännen. Sammantaget torde kontentan från rättsfallet vara att det räcker att allmänheten haft *möjlighet* att ta del av verket för att ett offentligt framförande ska anses ha skett.⁸⁷

3.3.2 Särskilt om TV- och radiosändning

Upphovsrätten gör åtskillnad mellan ursprungliga sändningar och vidareändring vid kabelöverföringar av TV- och radioprogram. Den ursprungliga sändningen utgör idag överföring till allmänheten från kabeloperatören vilket kräver upphovsmannens tillstånd. Detsamma gäller i princip den samtida vidareändringen till abonnenterna i kabelnätet vilken ska ses som ett nytt tillgängliggörande.⁸⁸ I likhet med andra slags framföranden blir sändningens adressater en allmänhet.⁸⁹ Allmänheten vid rundradiosändningar kan vara av skiftande form. Det kan röra sig om publik i en lokal eller kabelnätets abonnenter.⁹⁰

I *Mornington*-fallet gavs hotellets gäster möjlighet att lyssna på musik

⁸⁴ Seve Ljungmans uttalande i *Stala*-fallet, prop. 1960:17, s. 61.

⁸⁵ *Stala*-fallet.

⁸⁶ NJA 1986 s. 702.

⁸⁷ Levin, 2011, s. 155.

⁸⁸ Olsson, 2009 I, s. 94 f.

⁸⁹ Bernitz m.fl., 2011, s. 78.

⁹⁰ Olsson, 1987, s. 448.

genom vidare-sänd radio och direktsänd radio via TV-apparater på rummen.⁹¹ Radioapparaterna, till skillnad från TV-apparaterna, var nämligen anslutna till en centralanläggning på hotellet. Båda överföringarna krävde tillstånd. I sitt förslag till avgörande anslöt sig föredraganden till förarbetsuttalandet om att musik som framförs på hotell och pensionat i princip ska anses vara offentliga.⁹² Genom att referera förarbetena framhöll Högsta domstolen att det inte har betydelse om verket framförs inför en fysiskt närvarande publik eller om verket förmedlas genom teknisk utrustning såsom en TV-apparat. Ett verk görs nämligen tillgängligt för allmänheten både första och andra gången som det framförs offentligt.⁹³ Sammantaget ansåg Högsta domstolen det ändå klart att hotellet både genom direktsänd TV och vidare-sänd radio medverkat till att göra verken tillgängliga för allmänheten. Detta trots betalningen för rummen och den privata miljö som råder i ett hotellrum. Att hotellgästerna själva hade möjlighet att bestämma hur mycket man ville ta del av sändningarna föranledde inte en annan bedömning.⁹⁴

I *Landstings-fallet* bedömdes inspelad radiomusik som sedan spelades upp för patienter och anställda på en vårdavdelning.⁹⁵ Gällande patienterna ansåg Högsta domstolen att det var fråga om ett offentligt framförande av normalfallet. Domstolen resonerade att ett krav för slutenhet är att kretsen är individuellt bestämd och utåt sett utgör en sammanhållen grupp. Motsatsvis menade man att den slutna vården är till för alla som har det behovet och att patienternas sammanhållning är ”*växlande och tillfällig samt utan egentligt inbördes samband*”.⁹⁶ Kretsen får nämligen inte vara för stor eller obestämd på så sätt att öppenheten gör den till en allmänhet. Genom att hänvisa till *Stala-fallet* gjorde Högsta domstolen här ett viktigt uttalande då den sa att;

”Ytterst får göras en samlad bedömning av sådant som ändamålet för en förening eller annan sluten krets, möjligheterna att vinna medlemskap i kretsen och tillträde till framförandet, antalet personer och om framförandet skett i ekonomiskt syfte.”⁹⁷

Radiomusiken i personalutrymmena utgjorde också offentligt framförande enligt kompletteringsregeln. Personalen ansågs utgöra en sluten krets och denna sorts allmänsjukvård var en förvärvsverksamhet i upphovsrättslig mening.⁹⁸ I det här fallet var det aldrig fråga om någon vidare-sändning men likväl offentligt framförande och otillåten exemplarframställning.⁹⁹

⁹¹ NJA 1980 s. 123. Fortsättningsvis kallat *Mornington-fallet*.

⁹² Se betänkande i *Mornington-fallet*, prop. 1960:17, s. 63 f.

⁹³ SOU 1956:25, s. 93.

⁹⁴ Se skiljaktig mening i *Mornington-fallet*.

⁹⁵ NJA 1988 s. 715. Fortsättningsvis kallat *Landstings-fallet*.

⁹⁶ Se HD:s domskäl i *Landstings-fallet*.

⁹⁷ Se HD:s domskäl i *Landstings-fallet*.

⁹⁸ Se HD:s domskäl i *Landstings-fallet*.

⁹⁹ Levin, 2011, s. 156.

3.4 Internet och verk i nätverksmiljö

Användningen av internet har ökat markant under de senaste åren. År 2011 visade en undersökning att 88 % av Sveriges befolkning över 12 år gamla har möjlighet att utnyttja internet. Vidare fildelar ca 55 % av Sveriges befolkning i åldrarna 16 till 25 ibland.¹⁰⁰ Detta faktum i kombination med den eskalerade teknikutvecklingen torde bekräfta en ökad tillgänglighet av verk på internet. Allmänheten har därmed blivit allt mer svårdefinierad jämfört med situationen när verk framförs inför en direkt närvarande publik.¹⁰¹

När ett verk görs tillgängligt på internet utgör detta en överföring till allmänheten enligt 2 § URL.¹⁰² Allmänt sett så överförs ett verk till allmänheten genom publicering på en internetsida. Så är inte fallet om verket är krypterat eller lösenordskyddat och nyckeln delas av en sluten krets. Om ett verk kan bli tillgängligt endast med vetskap om en specifik internetadress (och inte är sökbar via exempelvis Google) anses det överfört till allmänheten endast om adressen är känd i större kretsar.¹⁰³ I 2004 års proposition uttalades att när man prövar huruvida överföringen av ett verk är riktat till allmänheten eller inte ska inte hänsyn tas till den tekniska lösning som står bakom överföringen. Istället bör man se till den faktiska effekten av ett förfogande och alltså se till helheten. Här sågs ingen anledning att specificera olika plattformar för förfoganden, som till exempel ”hubbar” men det poängterades att rättsutvecklingen måste följas.¹⁰⁴ Lindeberg vidhöll år 2001 i ”Praktisk IT-rätt” att bedömningen av allmänheten i en nätverksmiljö inte bör skapa problem.¹⁰⁵ Denna ståndpunkt är givetvis inte lika aktuell idag med tanke på utvecklingen av nya konstellationer för tillgängliggörande av verk digitalt. Detta, i sin tur, skapar nya frågetecken kring allmänhetsbegreppet i nätverksmiljö.¹⁰⁶

3.4.1 Fildelning

Fildelning är en särskild företeelse där filer görs tillgängliga på en dator för att kopieras från andra datorer i ett och samma datornät. Här kan både exemplarframställning (nedladdning) och överföring till allmänheten (uppladdning) aktualiseras.¹⁰⁷ Oftast kopplar ett datorprogram samman datorerna. Det finns en mängd olika tekniker för fildelning. Genom ”peer-to-peer-tekniken” sker överföringen mellan användarnas datorer utan någon central server. ”BitTorrent” torde numera vara den mest använda tekniken.

¹⁰⁰ Se rapporten ”Svenskarna och Internet 2011” av organisationen .se, Olle Findahl. Hämtad från .se:s hemsida: <http://www.internetstatistik.se/rapporter/svenskarna-och-internet-2011/>, s. 8, 24, besökt 2012-09-21.

¹⁰¹ Min slutsats.

¹⁰² Olsson, 2009 II, s 62 f.

¹⁰³ Lindberg och Westman, 2001, s. 259, bekräftat i Stockholms tingsrätts dom 2003-02-14 i mål B 6731-00.

¹⁰⁴ Prop. 2004/05:110, s. 74, *Mornington-fallet*.

¹⁰⁵ Lindberg och Westman, 2001, s. 259.

¹⁰⁶ Se avsnitt 5.4.

¹⁰⁷ Ds 2007:29, s. 335, 337.

Här delas en fil upp i hundratals mindre filer. Genom internet möjliggörs en samtida upp – och nedladdning av materialet från andra användare. Det sker således både en överföring till allmänheten och olovlig exemplarframställning. ”BitTorrent trackern” har till uppgift att koordinera användarna. I Sverige är ”The Pirate Bay” det mest omtalade exemplet på ett sådant BitTorrent nätverk.¹⁰⁸ En fråga är när filerna kan sägas bli tillgängliga för allmänheten. Samma regler rörande slutna krets gör sig gällande. Att nätverket är avgiftsbelagt eller att inbjudan krävs påverkar inte slutenhets om alla kan uppfylla kraven. I ett så kallat ”Direct Connect nätverk”, som bygger på ”peer-to-peer-tekniken” kan det uppställas som krav att användarna ska ha en viss bredbandskapacitet eller ladda upp ett visst antal filer. Sådana krav torde inte betyda att fildelningen sker inom en slutna krets om alla kan uppfylla kraven.¹⁰⁹

3.4.2 Länkning

Vid *djuplänkning* när någon på en hemsida länkar användaren till otillåtet upphovsrättsligt material på en annan hemsida möjliggörs en överföring till allmänheten genom anordnandet av länkarna. Sådant förfarande är att betrakta som upphovsrättsligt intrång enligt svensk praxis.¹¹⁰ Vid *referenslänkning* där det klart och tydligt framgår för användaren att man länkas till en annan websida sker dock ingen otillåten överföring till allmänheten.¹¹¹ Djuplänkning har bedömts i det engelska *Newsbin*-fallet (som jag återkommer till senare) där fråga var om materialet överförts till allmänheten. Den engelska domstolen tillämpade principerna i *Rafael*-fallet, varvid operatören ansågs ha ”handlat avsiktligt” när denne gjorde materialet tillgängligt för allmänheten.¹¹²

3.4.3 Särskilt om straffrätten

I det här avsnittet kommer jag presentera några straffrättsliga rättsfall gällande fildelning. Här går nämligen att urskilja överväganden som påminner om EU-domstolens civilrättsliga ställningstaganden i *Rafael*-fallet vid bedömningen av ”allmänheten”. *Rafael*-fallet tog som sagt fasta på det avsiktliga handlandet vilket skulle kunna liknas vid Högsta domstolens krav på *aktivt* handlande i *BBS*-fallet (se nedan).¹¹³ Dessutom återfinns grunder i svensk straffvärdemätningen för upphovsrättsligt intrång, som till exempel risk för *spridning*, i EU-domstolens resonemang kring allmänhetsbegreppet i *Rafael*-fallet.¹¹⁴

¹⁰⁸ Ds 2007:29, s. 335 f, 338, Olsson, I, 2009, s. 92 f.

¹⁰⁹ Ds 2007:29, s. 337.

¹¹⁰ Prop. 2004/05:110, s. 70, NJA 2000 s. 292.

¹¹¹ Stockholms tingsrätts dom 2010-06-11 i mål T 7263-07.

¹¹² High Court of Justice den 29 mars 2010, [2010] EWHC 608 (Ch); *Twentieth Century Fox Film Corp mot Newsbin Ltd*, p. 122-125. Föreläsningsvis kallat *Newsbin*-fallet. *Rafael*-fallet, p. 41-42. Se vidare avsnitt 4.2.6.

¹¹³ NJA 1996 s. 79. Föreläsningsvis kallat *BBS*-fallet.

¹¹⁴ BrB 29 kapitlet 1 § 2 st, *Rafael*-fallet, p. 39, 44. Se vidare avsnitt 4.2.1, 4.2.3.

3.4.3.1 BBS-fallet och aktivt handlande

För straffrättsligt ansvar enligt 53 § 1 st URL krävs att intrång skett enligt första kapitlet och att ingen inskränkning i andra kapitlet är tillämpligt.¹¹⁵ I det omdiskuterade BBS-fallet fann Högsta domstolen inget straffrättsligt ansvar för den tilltalade mellanhanden Lars som tillhandahållit datorprogram genom en "Bulletin Board Service" (BBS). En BBS kan liknas vid en elektronisk anslagstavla. I fallet kunde användare, anslutna till datornätverket enkelt ladda upp och ladda ner kopior av datorprogram. Det konstaterades att antalet användare uppgick till 40 personer och att dessa hade skiftande access till verken beroende på hur hög avgift som betalades. Högsta domstolen berörde inte specifikt "allmänheten" utan koncentrerade sig på det faktum att den tilltalade inte *aktivt* handlat genom tillhandahållandet av BBS:en, vilket ansågs utgöra ett krav enligt 2 § URL. Detta i förening med legalitetsprincipens inverkan ledde till att ansvar inte kunde utkrävas. Aktivitetskravet har kommit att särskilt kritiserats då det inte står i överensstämmelse med tidigare mål rörande offentlighetsbegreppet.¹¹⁶ Radiohandlaren i *demonstrationsmusik*-fallet kan till exempel inte sägas ha varit mer aktiv än Lars som faktiskt anslutit sin BBS till ett nätverk och arrangerat vissa filer. Man kan vidare ställa sig frågan om utfallet skulle ha blivit ett annat om det gällde ett civilrättsligt anspråk.¹¹⁷ Det kan tilläggas att det numera finns en lag som kräver att tillhandahållaren har viss uppsikt över BBS-tjänsten.¹¹⁸

3.4.3.2 Spridningsrisk och straffvärde

När straffvärdet ska prövas i ett brottmål ska man enligt 29 kapitlet 1 § 2 st brottsbalken (1962:700) ta hänsyn till "...den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv han eller hon haft." Detta sätt att mäta straffvärde gäller givetvis även brott enligt URL.¹¹⁹ I *Pirate bay*-fallet dömdes de tilltalade för medhjälp till brott enligt URL.¹²⁰ Hovrätten uttalade att de tilltalade, genom att tillhandahålla en websida, underlättat för användare att överföra verken till allmänheten och att detta utgjort en "fara" för att användarna i nästa steg skulle göra verken tillgängliga för allmänheten på nytt. Detta höjde i sin tur straffvärdet.¹²¹ I ett senare fildelningsfall så har den åtalade överfört ett 40-tal musikaliska verk genom en så kallad "DC++ hubb". Hovrätten skärpte straffet främst med hänsyn till att förfarandet inneburit betydande risk för *spridning* av verket. Med hänsyn till att *antalet verk* varit begränsat och att det inte funnits något kommersiellt syfte eller *vinstyfte* så sänktes dock straffpåföljden.¹²²

¹¹⁵ Olsson, I, 2009, s. 234.

¹¹⁶ Jfr dock Karnov internet, lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk sjunde kapitlet 53 § not 151, den 1 juli 2011.

¹¹⁷ Rosén, 1996, s. 422 f.

¹¹⁸ Se lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor.

¹¹⁹ Jfr Nacka tingsrätts dom 2012-02-08 i mål B 1950-11, s. 8.

¹²⁰ Svea hovrätts dom 2010-11-26 i mål B 4041-09.

¹²¹ Svea hovrätts dom 2010-11-26 i målet B 4041-09, s. 24, 44.

¹²² Svea hovrätts dom 2011-07-14 i målet B 2330-11, s 2 f.

4 EU-rätt avseende begreppet ”allmänheten”

Det starkaste inflytandet i svensk upphovsrätt kan hänföras till vårt medlemskap i EU. EU har visat stort intresse för immaterialrätten, vars lagstiftning har bidragit till ökad konkurrensfördel gentemot stormakter, såsom Japan och USA. Vidare skapar harmoniserad lagstiftning inom upphovsrätten ökad ekonomisk integration på den inre marknaden.¹²³ Olikartade upphovsrättsliga regleringar mellan medlemsstater kan nämligen begränsa konkurrensen och därmed utgöra ett hinder för den fria rörligheten.¹²⁴

År 2009 blev Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna rättsligt bindande primärrätt genom Lissabonfördraget. Genom Lissabonfördraget skapades Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).¹²⁵ I artikel 17.2 i rättighetsstadgan föreskrivs att immaterialrättigheter är grundläggande rättigheter som ska skyddas. Immaterialrätten i EU bygger till stor del på ett antal internationella konventioner. Dessa är bland annat *Bernkonventionen*, *Pariskonventionen*, *Romkonventionen*, *TRIPS*-avtalet samt WIPO:s fördrag *WCCT* och *WPPT*.¹²⁶ Det egentliga EU-rättsliga initiativet inom upphovsrätt togs genom kommissionens handlingsplan i en grönbok år 1990. Här uppmärksammades främst den tekniska utvecklingens utmaningar på det upphovsrättsliga området.¹²⁷ Infosocdirektivet är bara ett av många upphovsrättsliga direktiv som därefter antagits inom immaterialrätten.¹²⁸ Genom detta direktiv skapades uttrycket ”överföring till allmänheten” eller ”*communication to the public*” enligt den engelska lydelsen i artikel 3.1 som motsvarar 2 § URL. EU-domstolen har försökt ge klarhet i begreppet ”allmänheten” genom ett antal förhandsavgöranden, vari allmänhetsbegreppet diskuterades ingående i *Rafael*-fallet.

4.1 Infosocdirektivet

Syftena bakom infosocdirektivet var dels att ytterligare harmonisera EU:s upphovsrätt i relation till upphovsmannens ensamrättigheter, vissa närstående rättigheter och dess begränsningar, dels att implementera WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT) och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (WPPT).¹²⁹ WIPO är ett FN-organ som har till uppgift att

¹²³ Olsson, 2009 I, s. 34, Bernitz m.fl., 2011, s. 18.

¹²⁴ Bernitz m.fl., 2011, s. 19.

¹²⁵ KOM(2010) 573 slutlig, s. 2.

¹²⁶ Olsson, 2009 I, 321.

¹²⁷ Olsson, 2009 I, s. 336, KOM(88) 172 slutlig.

¹²⁸ Bernitz m.fl., 2011, s. 20.

¹²⁹ Hart, 2002, s. 58, infosocdirektivet, skäl 1.

förvalta de internationella konventioner som finns inom immaterialrätten. Dessa fördrag adresserade problemet kring upphovsrättens anpassning till informationssamhället, och särskilt internet.¹³⁰ Detta är således även ett av infosocdirektivets syften, vilket framgår av skäl 2. Uppräkningen av förfoganden i artiklarna 2-4 söker ge klarhet och inte införa nya förfoganden i rättsligt hänseende.¹³¹ Artikel 3.1, i likhet med artikel 8 WCT, ålägger medlemsstaterna att ge upphovsmannen en ensamrätt att tillåta eller förbjuda överföring av sitt verk till allmänheten. Här avses sådan distansöverföring med eller utan tekniska hjälpmedel, inbegripet fall där allmänheten kan välja plats och tid för att ta del av verket. Av skäl 23-24 framgår att bestämmelsen är uttömmande och ska ges en vid tolkning. I skäl 23 anges att man syftar till att harmonisera upphovsmannens överföringsrätt ytterligare. Gemenskapsrätten har exempelvis inte tidigare på ett enhetligt sätt låtit verk ”on demand” i online miljö omfattas av rättighetsinnehavarens skydd.¹³² Direktivet ger ingen definition av vad som menas med ”överföring till allmänheten”, inte heller avgränsningen mellan privat respektive offentligt.¹³³ Skäl 27 i direktivet föreskriver endast att fysiska förutsättningar för en överföring inte är tillräckligt för att det ska anses utgöra en överföring i upphovsrättslig mening.

I kommissionens ursprungliga förslag till infosocdirektivet framhölls att det inte fanns någon rådande konsensus mellan medlemsstaterna gällande överföringsbegreppet. Särskilt begreppet ”allmänheten” sades ha getts skiftande tolkningar, då vissa typer av utnyttjanden av verk på begäran inte ansågs vara riktade mot allmänheten.¹³⁴ Vidare i kommentaren till artikel 3 sägs dock att i de internationella konventionerna såväl som gemenskapsreglerna ska definitionen av ”allmänheten” bedömas enligt den nationella rättsordningen.¹³⁵

4.2 Rafael-fallet och efterföljande praxis

Genom EU-domstolens dom i *Rafael*-fallet, har domstolen gett en gemenskapstolkning av begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i infosocdirektivet.¹³⁶ Fallet är av yttersta intresse för klarläggandet av ”allmänheten”, som domstolen menar ska ges en ”*självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen.*”¹³⁷ Målet rörde en tvist mellan Rafael Hotels och förvaltaren av immateriella rättigheter i Spanien, SGAE. Den senare väckte talan om skadestånd för upphovsrättsligt intrång. Frågan var huruvida Rafael Hotels vidareändring via TV-apparater till hotellgästerna utgjorde överföring till allmänheten enligt artikel 3.1 i infosocdirektivet.

¹³⁰ Bernitz m.fl., 2011, s. 14, Hart, 2002, s. 58.

¹³¹ Rosén, 2001, s. 585.

¹³² KOM(97) 628 slutlig, s. 18.

¹³³ *Rafael*-fallet, p. 33, Hart, 2002, s. 58.

¹³⁴ KOM(97) 628 slutlig, s. 16 f.

¹³⁵ KOM(97) 628 slutlig, s. 25.

¹³⁶ Axhamn, 2007, s. 148.

¹³⁷ Axhamn, 2007, s. 148, *Rafael*-fallet, p. 31.

Dessförinnan fanns nämligen ingen EU-rättslig uppfattning om hur vidaresändning på hotell skulle betraktas upphovsrättsligt.¹³⁸

Inledningsvis uttalade EU-domstolen att med hänvisning till gemenskapsrättens krav på enhetlig tillämpning och likhetsprincipen gäller att i avsaknad av direkt hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar ska bestämmelser, såsom artikel 3.1 i infocodirektivet, ges en gemenskapskonform tolkning.¹³⁹ Vid sådan tolkning av en gemenskapsrättslig bestämmelse ska enligt praxis *sammanhanget* och *syftena* bakom beaktas. Även *internationella avtal* har betydelse i detta hänseende.¹⁴⁰ EU-domstolen synes här ha gjort en *teleologisk* tolkning av allmänhetsbegreppet då denna ser till syftena bakom infocodirektivet, särskilt skäl 9 som talar om ”en hög skyddsnivå”.¹⁴¹ Vidare konstaterade domstolen att en vidsträckt tolkning av begreppet ”överföring till allmänheten” är oundgänglig för att uppnå direktivets syfte att tillgodose en hög skyddsnivå för upphovsrätt och närstående rättigheter. På så sätt säkerställs en möjlighet till viss ersättning för utnyttjandet av upphovsrättsligt skyddade verk.¹⁴²

4.2.1 ”Allmänheten” enligt EU-domstolen

I liknande fall har det redan fastställts att ”allmänheten” utgörs av ett ”obestämt antal eventuella TV-tittare”¹⁴³. Vid helhetsbedömningen ska även de hotellgäster som befinner sig i hotellets övriga utrymmen där en TV finns i närheten tas i beaktande. Den omständigheten att hotellgäster oftast *avlöser varandra* spelar också in. Allmänt sett är det ett ”ganska stort antal personer” som ska anses utgöra en allmänhet med hänsyn till syftet med direktivet.¹⁴⁴ Även de *kumulativa effekterna* som följer av en eventuellt omfattande spridning måste tas i beaktande. Det är av tämligen ringa betydelse att endast rumsgästerna är mottagare och att dessa enskilt inte har någon större inverkan på hotellet ekonomiskt sett.¹⁴⁵

¹³⁸ Levin, 2011, s. 155, jfr EU-domstolens dom i mål C-293/98, *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) mot Hostelería Asturiana SA (Hoasa)* från den 3 februari 2000, p. 29. Fortsättningsvis kallat *Egeda-fallet*.

¹³⁹ *Rafael-fallet*, p. 31.

¹⁴⁰ *Rafael-fallet*, p. 34 - 35.

¹⁴¹ Axhamn, 2007, s. 156, *Rafael*, p. 34-36.

¹⁴² *Rafael-fallet*, p. 36, infocodirektivet, skäl 9-10, jfr EU-domstolens dom i mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury* från 22 december 2010, p. 54.

¹⁴³ *Rafael-fallet*, p. 37, jfr EU-domstolens dom i mål C-89/04, *Mediakabel BV mot Commissariaat voor de Media* från den 2 juni 2005, p. 30. Fortsättningsvis kallat *Mediakabel-fallet*. EU-domstolens dom i mål C-192/04, *Lagardè Active Broadcast mot Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE)* och *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)* från den 14 juli 2005, p. 31. Fortsättningsvis kallat *Active Broadcast-fallet*.

¹⁴⁴ *Rafael-fallet*, p. 37-38.

¹⁴⁵ *Rafael-fallet*, p. 39.

Mot bakgrund av artikel 11*bis*. 1 led ii) i Bernkonventionen utgör hotellgästerna en annan allmänhet än den för upphovsmannen tilltänkta publik som mottar TV-signalen hemma i den privata sfären. Hotellet sades ha *avsiktligt agerat* genom att göra verket tillgängligt för en sådan ny publik. Gästerna hade inte fått tillgång till verken utan hotellets agerande.¹⁴⁶ Det är återigen avgörande att gästerna haft tillgång till verken utan att de för den skull måste ha utnyttjat TV-apparaterna.¹⁴⁷ Klart är att fysiska förutsättningar för en överföring inte är tillräckligt. Om det däremot är tekniskt möjligt, det vill säga det finns installerade TV-apparater som tar emot signalen genom hotellets agerande så är förfarandet att betecknas som överföring till allmänheten.¹⁴⁸ Den omständigheten, att verksamheten bedrivs i *vinstsyfte*, spelar också in, även om det inte är ett avgörande villkor i sig. Tillgång till radiosändning på hotellrummet anses utgöra en extra tjänst som, med fördel för hotellägaren, torde påverka rumspriset.¹⁴⁹ Hotellrummens *privata beskaffenhet* är utan betydelse. Detta förklarar domstolen genom att hänvisa till syftet bakom artikel 3.1 infosocdirektivet och artikel 8 WCT som föreskriver tillstånd endast då verket görs tillgängligt för allmänheten. Huruvida vidareändringen till gästerna sker i privat eller offentligt utrymme spelar ingen roll.¹⁵⁰

4.2.2 Harmonisering

Allmänhetsbegreppet är bara ett av de många begrepp inom upphovsrätten som harmoniserats inom gemenskapen.¹⁵¹ I sitt förslag till avgörande i *Rafael*-fallet uppehöll sig generaladvokaten Sharpston vid frågan om gränsen mellan offentligt och privat ska bestämmas på gemenskapsnivå.¹⁵² I linje med EU-domstolens avgörande ansåg hon att direktivet hindrade medlemsstater att själva definiera allmänhetsbegreppet.¹⁵³

EU-domstolen såväl som Sharpston stödde sina ståndpunkter på, bland annat, *SENA*-fallet. I det fallet påkallade domstolen en gemenskapstolkning gällande begreppet ”skälig ersättning” i dåvarande *uthyrnings- och utlåningsdirektivet*.¹⁵⁴ Vidare framhöll dock domstolen att det inte är objektivt godtagbart att EU-domstolen ska föreskriva metoder för hur man

¹⁴⁶ *Rafael*-fallet, p. 41-42.

¹⁴⁷ *Rafael*-fallet, p. 43, artikel 8 WCT.

¹⁴⁸ Infosocdirektivet, skäl 27, *Rafael*, p. 45-46.

¹⁴⁹ *Rafael*-fallet, p. 44.

¹⁵⁰ *Rafael*-fallet, p. 50, 40-41 samt artikel 11*bis* 1 punkt ii) i Bernkonventionen.

¹⁵¹ Bently, 2012, s. 671.

¹⁵² Se förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston föredraget den 13 juli 2006 i EU-domstolens dom i *Rafael*-fallet. Fortsättningsvis kallat Sharpston.

¹⁵³ Sharpston, p. 42-43, *Egeda*, p. 26-27, jfr EU-domstolens dom C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) mot Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* från den 6 februari 2003, p. 23. Fortsättningsvis kallat *SENA*-fallet.

¹⁵⁴ *SENA*-fallet, p. 38, för omständigheterna då tillämpliga rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om Uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området, artikel 8.2. Observera att direktivet är ersatt av direktiv 2006/115/EEG varvid artikel 8.2 är oförändrad.

ska tolka begreppet.¹⁵⁵ Det borde därför vara befogat att ställa sig frågan om medlemsstater själva är behöriga att avgöra den praktiska betydelsen av allmänhetsbegreppet. Den frågan har Anne Bateman lyft fram i sin kritik till generaladvokatens och EU-domstolens ställningstaganden. Hon var också av den uppfattningen att hotellrum tillhör den privata sfären och att hotellgästens TV-tittande på sitt hotellrum var ett substitut för ett lovligt TV-tittande hemma. Bateman ansåg vidare att hotellet endast tillhandahöll faciliteterna vilket inte utlöser ersättningskyldighet. Hon menade att när hotellgästen sätter på TV:n i sitt privata rum så tar hotellgästen lovligen del av sändningen och att den enda som agerar i rättighetsinnehavaren ställe är sändaren och inte hotellgästen.¹⁵⁶

4.2.3 Rafael-fallet och tidigare svensk rätt

Generellt skiljer sig inte EU-domstolens tolkning av allmänhetsbegreppet uppenbart från äldre svenska förarbeten och praxis. Ett ”obestämt antal TV-tittare” är motsvarigheten till vad som skulle klassificeras som en inte helt slutet krets. EU-domstolen gjorde en vidsträckt tolkning av allmänhetsbegreppet till att omfatta alla som potentiellt skulle kunna ta del av TV-sändningen.¹⁵⁷ I svensk rätt har man beaktat om ”möjligheten att närvara i princip stod öppen för envar”.¹⁵⁸ I likhet med *Landstings-fallet* gjorde EU-domstolen i *Rafael-fallet* en helhetsbedömning. Man tog också fasta på att hotellgästerna oftast efterträder varandra och att de på så sätt inte utgör en individuellt bestämd krets.¹⁵⁹ Intressant nog, vad gäller vidare-sändningen, poängterar EU-domstolen att hotellet *avsiktligt agerat* genom att ge gästerna möjlighet att ta del av verken.¹⁶⁰ Sådan hänsyn känns igen från Högsta domstolens krav på aktivt handlande i det straffrättsliga *BBS-fallet* som refererats ovan. De ”*kumulativa effekter*” som EU-domstolen tog fasta på i *Rafael-fallet* har svenska underrätter för övrigt använt i påföljdsfrågan vid straffrättsliga intrång när man beaktat risken för spridning av verken.¹⁶¹ Uppenbarligen så står utfallet i *Mornington-fallet* i överensstämmelse med *Rafael-fallet* ifråga om domslut även om Högsta domstolen inte har gjort så utförliga resonemang kring allmänhetsbegreppet som EU-domstolen gjorde i *Rafael-fallet*.

Vad sedan gäller diskussionen kring gemenskapstolkningen kan sägas att regeringen framhöll att man vid direktivförhandlingarna var överens om att bedömningen av ”allmänheten” skulle ankomma på nationell rätt. Denna ”överenskommelse” sades gälla såväl medlemsstaterna emellan som medlemsstaterna och kommissionen.¹⁶² I *Denkavit-fallet* framgår dock att de

¹⁵⁵ *SENA-fallet*, p. 34.

¹⁵⁶ Bateman, 2007, s. 25-26.

¹⁵⁷ Axhamn, 2007, s. 156, *Rafael*, 37-38.

¹⁵⁸ HD:s domskäl i *Stala-fallet*.

¹⁵⁹ *Rafael-fallet*, p. 38, jfr HD:s domskäl i *Landstings-fallet*.

¹⁶⁰ *Rafael-fallet*, p. 41-42.

¹⁶¹ Svea hovrätts dom 2011-07-14 i målet B 2330-11, s 2 f, se vidare avsnitt 3.4.3.2. Jfr Högsta domstolens dom 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 37.

¹⁶² Prop. 2004/05:110, s. 73.

ändamål som medlemsstaterna uttalat i Europarådet inte har någon rättslig verkan om det inte uttryckts i direktivet.¹⁶³ Detta styrks ytterligare av EU-domstolens uttalande om krav på enhetlig tillämpning i brist på hänvisningar till medlemsstaternas nationella rättsordning i *Rafael*-fallet. Vid sådan direktivkonform tolkning gäller att svensk domstol ska tolka nationell rätt mot bakgrund av direktivets lydelse och syften, oavsett om den nationella rätten är äldre. Likaså måste nationella förarbeten åsidosättas om de uttrycker en annan tolkning än vad direktivet syftar till.¹⁶⁴ Högsta domstolen har för övrigt gjort en sådan direktivkonform tolkning vid bedömningen av ”allmänheten” utifrån reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h URL).¹⁶⁵

4.2.4 *Premiere League*-fallet och utvidgning av artikel 3.1 i infosocdirektivet

Gällande frågan om tillämpningen av artikel 3.1 i infosocdirektivet på andra förfoganden än just rena distansöverföringar, så kom två uppmärksammade förenade fall år 2008, här kallade *Premiere League*-fallet.¹⁶⁶ *Premiere League* organisationen (FAPL) innehar rättigheterna till visning av *Premiere League*:s fotbollsmatcher och erbjuder exklusiva TV-licenser. Flera pubar och barer i England hade erhållit en grekisk licens för att kunna visa *Premier League* matcher via satellit från Grekland. Till saken hörde att dessa var betydligt billigare än de som såldes i England. *Premier League* stämde de engelska licensleverantörerna och licenstagarna. En fråga var om sändningen via satellit samt visningen via TV-apparater och högtalare inför gästerna utgjorde ”överföring till allmänheten” enligt artikel 3.1 i infosocdirektivet. Domstolen jämförde situationen med omständigheterna i *Rafael*-fallet och förde ett liknande resonemang kring harmoniseringen av överföringsbegreppet och belyste dess vidsträckta tolkning.¹⁶⁷ I likhet med *Rafael*-fallet ansåg domstolen att pubgästerna utgjorde en sådan ny publik som inte upphovsmannen hade haft i åtanke när denna gav sitt ursprungliga tillstånd. Genom att tillhandahålla TV-apparater på en pub som står öppen för allmänheten hade pubägaren avsiktligt gett den nya publiken tillgång till verket.¹⁶⁸ Med hänvisning till skäl 23 i infosocdirektivet befanns framförandet ske på en annan plats än där pubgästerna tog del av sändningen.¹⁶⁹ Enligt WPPT och artikel 11 *bis*.1 led iii Bernkonventionen

¹⁶³ EU-domstolens dom i de förenade målen C-283/94, 291/94 och 292/94, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV och Voormeer BV mot Bundesamt für Finanzen* från den 17 oktober 1996, p. 29. Försättningsvis kallat *Denkavit*-fallet.

¹⁶⁴ EU-domstolens dom i mål C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier AB mot Procordia Food AB* från den 29 april 2004, p. 13, Axhamm, 2007, s. 154 f. Försättningsvis kallat *Björnekulla*-fallet.

¹⁶⁵ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 35.

¹⁶⁶ EU-domstolens dom i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premiere League mot QC Leisure och Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd* från den 4 oktober 2011. Försättningsvis kallat *Premiere League*-fallet.

¹⁶⁷ *Premiere League*-fallet, p. 186, 188.

¹⁶⁸ *Premiere League*-fallet, p. 195-197.

¹⁶⁹ *Premiere League*-fallet, p. 201-203.

omfattas offentliga återgivningar genom bild och ljud.¹⁷⁰ Härigenom drog domstolen slutsatsen att överföring av TV-sända verk som visas med hjälp av TV och högtalare omfattas av artikel 3.1 infosocdirektivet.¹⁷¹ EU-domstolen dömde i motsats till generaladvokaten Kokotts ståndpunkt. Hon gjorde klart att artikel 3.1 i infosocdirektivet enligt sin ordalydelse inte omfattade situationen i artikel 11 *bis*.1 led iii Bernkonventionen eftersom den senare bestämmelsen avsåg framföranden ”in public”.¹⁷² Det var heller ej avsikten vid direktivförhandlingarna att inbegripa direkta framföranden. I förberedelserna till direktivet föreslogs ett förtydligande i detta hänseende men det ansågs överflödigt med hänvisning till skäl 23-24 i infosocdirektivet.¹⁷³ Vidare påpekade Kokott att infosocdirektivet syftar till att implementera WCT, däribland artikel 8 vilken inte nämner ”överföring till allmänheten genom offentlig visning”.¹⁷⁴ Denna hänvisar heller inte till artikel 11 *bis*.1 led iii i Bernkonventionen utan endast de artiklar som rör framföranden ”to the public”.¹⁷⁵

Sammanfattningsvis så har domstolen genom sin tolkning av artikel 3.1 i infosocdirektivet låtit denna även omfatta situationer som enligt gällande svensk rätt hade bedömts som offentligt framförande.¹⁷⁶ I en senare dom, här kallat *Globus Circus*-fallet, konstaterade EU-domstolen just att direkta musikaliska framföranden inför en fysiskt närvarande publik på en cirkus inte omfattades av artikel 3.1 i infosocdirektivet.¹⁷⁷ Det ansågs följa direkt av skäl 23 i infosocdirektivet eftersom publiken i detta fall närvarade på samma plats som där överföring tog sin utgångspunkt, nämligen på cirkusen.¹⁷⁸

4.2.5 ”Allmänheten” i satellit- och kabeldirektivet

I ett belgiskt fall, här kallat *Airfield*-fallet, fann EU-domstolen satellit- och kabeldirektivet tillämpligt och att ”överföring till allmänheten” häri skulle tolkas i ljuset av artikel 3.1 i infosocdirektivet.¹⁷⁹ *Airfield* är ett belgiskt

¹⁷⁰ *Premiere League*-fallet, p. 192.

¹⁷¹ *Premiere League*-fallet, p. 207.

¹⁷² Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott föredraget 3 februari 2011 i EU-domstolens dom i *Premiere League*-fallet, p. 127, 130, 131. Förettningsvis kallat Kokott.

¹⁷³ SEK/2000/1734 slutlig, 3.2.3.

¹⁷⁴ Kokott, p. 128, jfr KOM(97) 628 slutlig, s. 26.

¹⁷⁵ Aplin, 2011, s. 217.

¹⁷⁶ Levin, 2011, s. 154 f, se avsnitt 3.1.

¹⁷⁷ EU-domstolens dom i mål C-283/10, *Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) mot Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor – (UCMR – ADA)* från den 24 november 2011. Förettningsvis kallat *Globus Circus*-fallet.

¹⁷⁸ *Globus Circus*-fallet, p. 36-37.

¹⁷⁹ EU-domstolens dom i de förenade målen C-431/09 och C-432/09, *Airfield NV, Canal Digitaal BV mot Sabam and Airfield NV mot Agicoa Belgium BVBA* från den 13 oktober 2011, p. 44. Förettningsvis kallat *Airfield*-fallet. Rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel, artikel 1.2 a – c.

bolag som erbjuder allmänheten paket av kanaler som sänds via satellitnätet. För att motta signalerna tilldelas abonnenterna ett så kallat avkodningskort. De ursprungliga sändningsföretagen hade tillstånd från rättighetsinnehavarna men fråga var här om en satellitleverantör också var tvungen att inhämta sådant tillstånd.¹⁸⁰ Domstolen ansåg att så var fallet då Airfield genom sändarföretagens försorg distribuerade kodade signaler till abonnenterna som därefter kunde avkoda överföringen med hjälp av avkodningskortet. Detta utgjorde ett ingrepp som innebar att Airfields abonnenter inte kunde ta emot signalerna utan detta system.¹⁸¹ Vidare, i likhet med *Rafael*-fallet, befanns satellitsändningen vara riktad mot en ny publik, en annan än den som sändarföretaget riktat sig till. Det faktum att samtliga sändningar betraktades som en odelbar sändning till allmänheten saknade betydelse.¹⁸²

4.2.6 Betydelse för andra fall än TV- och radiosändning

För att sätta *Rafael*-fallet i perspektiv så finns ett antal nationella såväl som EU-rättsliga domar som uttalar sig i samma anda som EU-domstolens vidsträckt tolkning av överföring till allmänheten. Dessa rör delvis internetbaserade intrångssituationer, sådana som infosocdirektivet syftar till att stävja.¹⁸³

I det engelska *Newsbin*-fallet, fann domstolen att en hemsidedministratör gjort sig skyldig till upphovsrättsligt intrång. Denne hade kategoriserat filmer och via *länkar* låtit användare ladda ner skyddat filmmaterial från tredje part. Det faktum att TV-apparater fanns installerade och hotellet sände TV-signalen gjorde det möjligt för allmänheten att ta del av verket i *Rafael*-fallet. Genom analogi, sa den engelska domstolen att premiumanvändarna av den aktuella sidan var av den uppfattningen att systemadministratören överfört filmverken till allmänheten och att denne *aktivt* gjort filerna tillgängliga för en ny publik med full kännedom om konsekvenserna.¹⁸⁴ I skrivande stund finns ett pågående fall hos EU-domstolen i en begäran om förhandsavgörande från Englands High Court of Justice. I *ITV*-fallet har företaget TVC via internet genom ”*live-streaming*” sänt upphovsrättsligt skyddat material.¹⁸⁵ Rättighetsinnehavarna har i sin tur stämt TVC för att ha gjort intrång i deras ensamrätt att överföra materialet till allmänheten genom sedvanlig TV-sändning. Enligt domaren gav varken *Rafael*-fallet eller *Airfield*-fallet tillräcklig ledning. Domaren poängterade särskilt att en avgörande faktor i det senare fallet var att abonnenterna inte hade haft tillgång till sändningen utan satellitoperatörens ingripande. På så

¹⁸⁰ *Airfield*-fallet, p. 43.

¹⁸¹ *Airfield*-fallet, p. 78-79

¹⁸² *Airfield*-fallet, p. 70, 72.

¹⁸³ KOM(97) 628 slutlig, s. 16 f.

¹⁸⁴ *Newsbin*-fallet, p. 122-125.

¹⁸⁵ High Court of Justice den 18 juli 2011, [2011] EWHC 1874 (Pat); *ITV Broadcasting Ltd mot TV Catchup Ltd*. Fortsättningsvis kallat *ITV*-fallet.

sätt utgjorde abonnenterna en ny publik. I det här fallet har dock användarna av TVC:s tjänst möjlighet att ta del av sändningen hemma utan företagets inblandning.¹⁸⁶ Domaren har därmed hänskjutit en fråga till EU-domstolen huruvida den aktuella situationen utgör olovlig överföring till allmänheten när en tredje part tillhandahåller en tjänst där abonnenterna, vilka lagligen kan ta emot sändningen hemma på en TV-apparat, även kan spela upp sändningen direkt via internetuppkoppling.¹⁸⁷

I svensk rättspraxis finns ingen nämnvärd uttrycklig analogi till *Rafael*-fallet utifrån 2 § URL.¹⁸⁸ Dock finns ett underrättsfall där fråga var om företaget Retriever genom referenslänkning till artiklar, som lovligen respektive olovligen funnits på internet, överfört verken till allmänheten i strid med 2 § URL. Tingsrätten konstaterade med hänvisning till *Rafael*-fallet att infosocdirektivet är ett ”totalharmoniseringsdirektiv”. Därefter gjordes en ”prognos” över vad EU-domstolen skulle ha kommit fram till.¹⁸⁹ Genom analys av doktrin kom domstolen fram till att oavsett artiklarnas lovlighet på internet så kan inte referenslänkning, i motsats till djuplänkning, utgöra en överföring till allmänheten. Tillgängliggörandet sker istället hos den som faktiskt gjort verket tillgängligt på internet.¹⁹⁰ Om man ska tala med EU-domstolens terminologi från *Rafael*-fallet eller den engelska domstolen i *Newsbin*-fallet så skulle man kunna hävda att det helt enkelt inte förelåg ett avsiktligt agerande från företagets sida. Det fanns med andra ord ingen medveten handling att göra artiklarna tillgängliga för allmänheten.¹⁹¹

4.3 Tandläkar-fallet och allmänhetsbegreppets kriterier

Vad som tidigare sagts om Bernkonventionen och dess förhållande till infosocdirektivet var en av frågorna som ställdes på sin spets i *tandläkar-fallet*.¹⁹² Det gällde visserligen den närstående rättigheten för fonogramframställare, närmare bestämt vad uttrycket ”återgivning för allmänheten” i artikel 8.2 innebar i dåvarande *uthyrnings- och utlåningsdirektivet* i relation till infosocdirektivet och internationella rättsakter.¹⁹³ Viktigt att påpeka är att de engelska versionerna av relevanta

¹⁸⁶ High Court of Justice den 14 november 2011, [2011] EWHC 2977 (Pat); *ITV Broadcasting Ltd mot TV Catchup Ltd*, p. 6, 23.

¹⁸⁷ Mål C-607/11: Begäran om förhandsavgörande framställd av High Court of Justice (Chancery Division) (Förenade kungariket) den 28 november 2011 – *ITV Broadcasting Limited m.fl. mot TV Catch Up Limited*.

¹⁸⁸ Se dock Högsta domstolens dom 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 33.

¹⁸⁹ Stockholms tingsrätts dom 2010-06-11 i mål T-7263-07, s. 22.

¹⁹⁰ Stockholms tingsrätts dom 2010-06-11 i mål T-7263-07, s. 22-23.

¹⁹¹ Min slutsats, jfr NJA 2000 s. 292, se avsnitt 3.4.2.

¹⁹² EU-domstolens dom i mål C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) mot Marco Del Corso* från den 15 mars 2012. Fortsättningsvis kallat *tandläkar-fallet*.

¹⁹³ För omständigheterna då tillämpliga rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om Uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området, artikel 8.2. Observera att direktivet är ersatt av direktiv 2006/115/EEG varvid artikel 8.2 är oförändrad.

internationella rättsakter och EU-rättsliga direktiv samtliga utgår från uttrycket ”communication to the public”. Det gäller även artikel 8.2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet. De olika lydande svenska versionerna torde därför samtliga motsvara ”överföring till allmänheten”.¹⁹⁴ *Tandläkar-fallet* gällde, i korthet, om en tandläkare som i sin privata mottagning utsände fonogram kostnadsfritt till patienterna, oavsett deras önskan om att ta del av verket, gav fonogramframställaren rätt till skälig ersättning.¹⁹⁵ I anslutning till den första frågan påpekade EU-domstolen att uttrycket ”överföring till allmänheten” i nyss nämnda direktiv respektive infocodirektivet ska tolkas i ljuset av motsvarande uttryck i relevanta internationella rättsakter. De internationella rättsakterna är dock för den skull inte direkt tillämpliga i EU eller åberopbara för enskilda.¹⁹⁶ Till en början poängterar domstolen att artikel 3.1 i infocodirektivet respektive artikel 8.2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet tjänar delvis olika syften och att den senare artikeln kräver en ”individualiserad bedömning” av allmänhetsbegreppet.¹⁹⁷ Artikel 3.1 i infocodirektivet låter upphovsmannen agera preventivt medan den senare artikeln endast berättigar ersättning först efter att verket exempelvis överförs till allmänheten.¹⁹⁸ Den individualiserade tolkningen ska göras mot bakgrund av vissa av varandra avhängiga kriterier som har olika styrka beroende på den aktuella situationen.¹⁹⁹

4.3.1 Allmänt om kriterierna och dess tillämpning

EU-domstolen påpekade att det i *Rafael-fallet* bland annat redan utstakats kriterier gällande allmänhetsbegreppet i artikel 3.1 i infocodirektivet. Domstolen, häri, menade att fallet skulle bedömas mot bakgrund av dessa.²⁰⁰ Inledningsvis framhöll domstolen att vederbörandes *avsiktliga handlande*, som tidigare uttryckts i *Rafael-fallet* och *Premiere League-fallet*, utgjorde en nödvändighet för den följande bedömningen.²⁰¹ Vidare, för det första, bedömdes allmänheten bestå i ett *obestämt antal potentiella TV tittare*²⁰² eller *lyssnare*.²⁰³ Detta ska tolkas i ljuset av WIPO:s ordlista som definierar ”överföring till allmänheten” som en handling av att göra ett verk *mottagligt* för personer generellt och inte specifikt till en privat grupp av personer.²⁰⁴ För det andra måste det röra sig om ”*ett ganska stort antal personer*”²⁰⁵. Härvid betonades att villkoret syftar till att uppställa ett ”de-

¹⁹⁴ Fritz, Hettne, 2012, s. 68.

¹⁹⁵ *Tandläkar-fallet*, p. 64.

¹⁹⁶ *Tandläkar-fallet*, p. 55-56, se även *Rafael*, p. 35.

¹⁹⁷ *Tandläkar-fallet*, p. 74-76.

¹⁹⁸ *Tandläkar-fallet*, p. 75.

¹⁹⁹ *Tandläkar-fallet*, p. 79.

²⁰⁰ *Tandläkar-fallet*, p. 92.

²⁰¹ *Tandläkar-fallet*, p. 81-82.

²⁰² *Tandläkar-fallet*, p. 84, *Rafael-fallet* p. 37, *Mediakabel-fallet*, p. 30.

²⁰³ *Tandläkar-fallet*, p. 84, *Rafael-fallet*, p. 37, *Active Broadcast-fallet*, p. 31.

²⁰⁴ *Tandläkar-fallet*, p. 85, WIPO:s ordlista, 1979, s. 56.

²⁰⁵ *Tandläkar-fallet*, p. 84, *Rafael-fallet*, 38.

minimis” krav genom att utesluta för små eller obetydliga gruppantal. Vid en sådan antalsbedömning tog domstolen i *Rafael*-fallet hänsyn till de kumulativa effekterna av tillgängliggörandet. Av det drar man slutsatsen att avgörande inte bara är antalet personer som har tillgång till samma verk samtidigt, utan också hur många av dem som har tillgång till verket i följd.²⁰⁶ Tidigare praxis bekräftar, för det tredje, att *vinstsyftet* med överföringen har betydelse. Det kriteriet ansåg domstolen göra sig än mer gällande i artikel 8.2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet eftersom regeln är av ersättningskaraktär.²⁰⁷ Sammanfattningsvis ska ”allmänheten” förstås som både målgrupp för överföringen och ”mottaglig” på så sätt att allmänheten inte kan sägas ha fångats av överföringen av en slump.²⁰⁸

EU-domstolen ansåg att tandläkarens agerande var avsiktligt eftersom patienterna endast kunde ta del av verken genom tandläkarens intervention. Patienterna betraktades dock som en bestämd grupp av personer eftersom andra generellt inte kunde få behandling. Vidare ansågs ett obetydligt antal patienter ha befunnit sig på mottagningen samtidigt. Visserligen avbytte patienterna varandra men endast en patient åt gången kunde ta del av bakgrundsmusiken varför de troligtvis inte kunde höra samma musik spelas upp.²⁰⁹ Tandläkaren ansågs inte ha något vinstsyfte eftersom musiken knappast hade någon påverkan på antalet patienter eller pris. Patienterna befann sig på mottagningen för att få behandling. Utan att kunna påverka så spelades slumpmässigt musik upp i olika stor omfattning beroende på väntetid och behandlingstid. Av den anledningen ansågs inte den normala kundkretsen ”mottaglig” av fonogrammen.²¹⁰ Sammantaget så uppfylldes inte vinstsyfte-kriteriet och fonogrammen hade därmed inte överförts till allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet.²¹¹

4.4 Allmänhetsbegreppet i *tandläkar-fallet* i förhållande till övrig praxis

Den rättspraxis som följde efter *Rafael*-fallet, och som redogjorts för ovan, har tillämpat rättsfallets kriterier rörande allmänhetsbegreppet under likartade såväl som olikartade omständigheter och i olika stor omfattning. I det nyligen utkomna *tandläkarfallet* gjordes vidare en nästintill pedagogisk uppdelning av de tre aspekterna; *obestämt antal potentiella tittare eller åhörare, ganska stort antal personer* och *vinstsyfte*, som ska beaktas i bedömningen av allmänheten.²¹² I både *Airfield*-fallet och *tandläkar-fallet* tolkades allmänhetsbegreppet i två olika direktiv mot bakgrund av artikel

²⁰⁶ *Tandläkar-fallet*, p. 86.

²⁰⁷ *Tandläkar-fallet*, p. 88-90, *Premiere league-fallet* p. 204, *Rafael-fallet*, p. 44.

²⁰⁸ *Tandläkar-fallet*, p. 91.

²⁰⁹ *Tandläkar-fallet*, p. 94-99.

²¹⁰ *Tandläkar-fallet*, p. 98.

²¹¹ *Tandläkar-fallet*, p. 99-100.

²¹² *Tandläkar-fallet*, p. 81-91.

3.1 i infosocdirektivet.²¹³ Det kan dock påpekas att till skillnad från satellit- och kabeldirektivet så finns ingen uttrycklig hänvisning till infosocdirektivet i uthyrnings- och utlåningsdirektivet.²¹⁴ EU-domstolen i *tandläkar-fallet* påtalade som sagt att allmänhetsbegreppet skulle ges en självständig tolkning i detta direktiv.²¹⁵ Men det hindrade uppenbarligen inte en tillämpning av kriterierna i *Rafael-fallet*. ”Allmänheten” i artikel 8.2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet har vidare utgjort en kärnfråga i *Phonographic Performance-fallet*.²¹⁶ Här kopierade domstolen i princip resonemanget från *tandläkar-fallet* och applicerade detta på omständigheter nästintill identiska med *Rafael-fallet*. Utgången stod i linje med *Rafael-fallet*, genom TV- och radiosändning på ett hotell ansågs verk ha överförts till allmänheten vilket i sin tur genererade en ersättningskyldighet.²¹⁷ Det torde bevisa att de ytterligare bedömningsgrunder som utstakats i *tandläkar-fallet* inte är så pass mycket striktare än vad infosocdirektivet är under liknande omständigheter.²¹⁸

4.4.1 Avsiktligt handlande och obestämt antal

Premiere League-fallet var mycket snarlikt *Rafael-fallet* där domstolen tog fasta på pubägarens avsiktliga tillgängliggörande. Den aspekten fick avgörande betydelse även i de två engelska rättsfallen, som redogjorts för ovan, gällande länkning respektive live-streaming via internet.²¹⁹ Det är oklart på vad sätt domstolen i *tandläkar-fallet* menar att det *avsiktliga handlandet* är ett nödvändigt kriterium. Av *Rafael-fallet* att döma torde inget kriterium stå över något annat.²²⁰ Den omständigheten att allmänheten utgör ett obestämt antal potentiella TV-tittare respektive lyssnare hade redan konstaterats i praxis före *Rafael-fallet*.²²¹ I *tandläkar-fallet* tolkas dock denna aspekt mot bakgrund av WIPO:s definition varvid patienterna utgjorde en bestämd grupp eftersom andra inte ansågs kunna få vård av tandläkaren.²²² I *Landstings-fallet*, som visserligen inte avsåg en närstående rättighet, uttrycktes en motsatt tolkning. Högsta domstolen underströk att den slutna vården är öppen för alla som är i behov av vård och att patienterna utgjorde en växlande grupp av personer.

²¹³ *Airfield-fallet*, p. 44, *tandläkar-fallet*, p. 81, 92.

²¹⁴ Satellit- och kabeldirektivet, artikel 1.2 a – c, uthyrnings- och utlåningsdirektivet, artikel 8.2.

²¹⁵ Jfr *tandläkar-fallet*, p. 74.

²¹⁶ EU-domstolens dom i mål C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited mot Ireland, Attorney General* från den 15 mars 2012. Fortsättningsvis kallat *Phonographic Performance-fallet*.

²¹⁷ *Phonographic Performance-fallet*, p. 69.

²¹⁸ Min slutsats.

²¹⁹ *Newsbin-fallet* och *ITV-fallet*, redogjorda för i avsnitt 4.1.4.

²²⁰ *Tandläkar-fallet*, p. 82, jfr *Rafael-fallet*, p. 37-44.

²²¹ *Mediakabel-fallet*, p. 30, *Active Broadcast-fallet*, p. 31, *tandläkar-fallet*, p. 84, *Rafael-fallet*, p. 37.

²²² *Tandläkar-fallet*, p. 85, 95.

4.4.2 Ett ganska stort antal personer

Vidare, gällande aspekten att det ska röra sig om ett ganska stort antal personer så sa domstolen i *Rafael*-fallet att det generellt är ”ett ganska stort antal personer som kan anses tillhöra allmänheten med avseende på syftet med direktiv 2001/29...”²²³ Detta vidlyftiga uttalande utvecklades i *tandläkar*-fallet varvid de ”kumulativa effekterna” genom omfattande spridning inte bara ansågs bestå i antalet personer som kan ta del av verket samtidigt utan även antalet personer som har tillgång till verket i följd.²²⁴ I *Rafael*-fallet betraktades hotellgästerna som ett stort antal personer som avlöste varandra. EU-domstolen gjorde klart att gäster i hotellets övriga utrymmen med TV-apparater skulle tas i beaktande.²²⁵ Av punkt 98 i *tandläkar*-fallet förefaller det som att patienterna kunde lyssna på musiken i väntrummet. Däremot, vidhåller domstolen tidigare att de hörde musiken en åt gången.²²⁶ Till skillnad från patienterna hade visserligen många hotellgäster möjlighet att ta del av verken vid ett och samma tillfälle och i följd. Det faktum att patienterna avlöste varandra en och en ansågs tala för att de inte hörde samma musik. Precis som Bateman påpekade så får det dock sägas vara relativt osannolikt även i *Rafael*-fallet, att hotellgäster som avlöser varandra skulle se samma TV-program.²²⁷

4.4.3 Vinstsyfte

I *Rafael*-fallet sågs TV-sändningen som en ”extra tjänst” och i *Premier League*-fallet inverkade fotbollssändningen på antalet kunder. Att man i *tandläkar*-fallet fäste så stor vikt vid användarens vinstsyfte sades hänga ihop med det faktum att den aktuella artikeln har en ekonomisk prägel.²²⁸ Förutom det avsiktliga handlandet så uppfylldes i och för sig inte heller de övriga kriterierna varför vinstsyftet inte kan sägas ha varit helt avgörande för utfallet.²²⁹ Kommissionen samt EU-domstolen har dessutom anfört att vinstsyftet inte är ett nödvändigt kriterium i bedömning av ”allmänheten” i artikel 3.1 i infosocdirektivet.²³⁰

4.4.4 Mottagliga

I *tandläkar*-fallet talade man om patienternas syfte att få behandling och att de inte var *mottagliga* för musiken.²³¹ Sådana hänsyn till allmänhetens mottaglighet har uppenbarligen inte beaktats i tidigare praxis. I

²²³ *Rafael*-fallet, p. 38.

²²⁴ *Tandläkar*-fallet, p. 86-87, *Rafael*-fallet, p. 39.

²²⁵ *Rafael*-fallet, p. 38.

²²⁶ *Tandläkar*-fallet, p. 96.

²²⁷ Bateman, 2007, s. 25.

²²⁸ Se *tandläkar*-fallet, p. 88-89.

²²⁹ *Tandläkar*-fallet, p. 94-99.

²³⁰ *Rafael*-fallet, p. 44.

²³¹ *Tandläkar*-fallet, p. 98.

infosocdirektivet är dessutom möjligheten att ta del av verket tillräckligt för att artikel 3.1 ska aktualiseras.²³² Patienternas möjlighet att ta till sig musiken är här ostridig. De kan dock inte göra något som helst aktivt val gällande tillgängliggörandet av musiken. Domstolen påpekade att infosocdirektivet främst omfattar interaktiva ”on-demand” situationer.²³³ I *Rafael*-fallet hade hotellgästerna visserligen inte något val gällande vilka verk som sändes. Men genom ”push-teknik” kunde de aktivt sätta på TV-apparaten när de själva behagade.²³⁴ För att kontrastera resonemanget i *tandläkar*-fallet kan *demonstrationsmusik*-fallet nämnas, där korta musikuppspelningar i en elektronikbutik utgjorde offentligt framförande trots att syftet endast var att demonstrera musikspelarnas kvalitet. Till skillnad från pubgästerna i *Premiere League*-fallet så är det klart att patienterna inte besökte mottagningen för att lyssna på musik. Även om hotellgäster inte bor på hotell av den enda anledningen att få titta på TV så kanske det är något som man naturligen kan förvänta sig på ett hotellrum till skillnad från musik på en tandläkarmottagning. Sammanfattningsvis, i bedömningen av allmänhetens ”mottaglighet” av musiken så synes EU-domstolen i *tandläkar*-fallet ha tagit fasta på allmänhetens syfte med vistelsen på mottagningen.²³⁵

²³² *Rafael*-fallet, p. 43, 46.

²³³ *Tandläkar*-fallet, p. 59, infosocdirektivet, skäl 25.

²³⁴ Jfr avsnitt 2.4.1.

²³⁵ Min slutsats, jfr *tandläkarfallet*, p. 98.

5 ”Allmänheten” i reglerna om informationsföreläggande i URL

För att motverka skador på immateriella tillgångar krävs ett effektivt sanktionssystem. Likaså måste drabbade upphovsmän garanteras ersättning för den intrångsskada som redan skett. Det är allmänt vedertaget att i brist på faktiska skyddsmedel så undermineras intresset för nyskapande och vilja att investera i nya verk.²³⁶

Genom det omtalade sanktionsdirektivet skapades ytterligare harmonisering av de civilrättsliga sanktionerna för immaterialrättsliga intrång.²³⁷ Det är mot bakgrund av detta direktiv som Sverige år 2009 införde nya regler i de immaterialrättsliga lagarna, däribland 53 c – 53 h §§ URL angående beslut om informationsföreläggande.²³⁸ Bestämmelserna väckte starka reaktioner på grund av den uppenbara intressekonflikten mellan rättighetsinnehavarens intresse av att ingripa mot intrång och skyddet för den enskildes integritetsintresse.²³⁹ Kort sagt innebär bestämmelserna att domstolen genom beslut kan kräva att viss information om en intrångsgörare ska lämnas ut.²⁴⁰ Enligt 53 c § krävs då att sökanden visar *sannolika skäl* för att intrång skett. Trots att regeln inte tillämpats i den omfattning som man förutspått så har några svenska rättsfall bringat nytt ljus över allmänhetsbegreppet, däribland ett nyligen avgivet auktoritativt beslut från Högsta domstolen.²⁴¹ Liksom sades i förarbetena så är prövningen vid informationsföreläggande mindre omfattande än när intrång ska avgöras i en slutlig dom. Därmed inte sagt att prövningen är mindre komplicerad.²⁴²

5.1 Sanktionsdirektivet och informationsföreläggande

Det civilrättsliga sanktionsdirektivet utarbetades av kommissionen och antogs år 2004. Direktivet innehåller bestämmelser om skydd för immateriella rättigheter med syfte att skapa ett effektivt skydd och enhetlighet på den inre marknaden.²⁴³ Vad som särskilt uppmärksammades i förslaget var det ökade upphovsrättsliga intrång som sker på internet och den resulterande förlusten för multimedieindustrin.²⁴⁴

²³⁶ Levin, 2011, s. 544, sanktionsdirektivet skäl 3.

²³⁷ Levin, 2011, s. 546.

²³⁸ Informationsföreläggande är en av flera civilrättsliga sanktionsverktyg, Levin, 2011, s. 545.

²³⁹ Olsson, I, 2009, s. 262.

²⁴⁰ Levin, 2011, s. 546.

²⁴¹ SOU 2012:51, s. 25, Högsta domstolens dom 2012-12-21 i mål 4817-09, se avsnitt 5.3.

²⁴² Prop. 2008/09:67, s. 154.

²⁴³ Sanktionsdirektivet skäl 1, 10.

²⁴⁴ Sanktionsdirektivet skäl 9, KOM(2003) 46 slutlig, s. 3.

Av artikel 2 framgår att sanktionsdirektivet är ett så kallat minimidirektiv. Medlemsstaterna kan med andra ord föreskriva starkare skyddsåtgärder för rättighetsinnehavaren än vad direktivet kräver.²⁴⁵ Artikel 8 tillkom med anledning av artikel 47 i TRIPS avtalet.²⁴⁶ Artikel 8 behandlar möjligheten för domstol att besluta att ”information om ursprung och distributionsnät för de intrångsgörande varorna eller tjänsterna skall lämnas av intrångsgöraren och/eller annan person”.

Prövningen ska vara proportionell och ske ”i samband med en rättegång om immaterialrättsintrång”.²⁴⁷ Därefter räknas de personkategorier upp som omfattas av skyldigheten och vilken typ av information som avses.²⁴⁸ Av artikelns utformning att döma, ges ingen vägledning om vilket beviskrav som ska gälla för intrånget annat än att begäran ska vara ”berättigad”. I kommissionens ursprungliga förslag uttalades en rätt att kräva sådan information ”utom om det finns synnerliga skäl däremot”.²⁴⁹ Detta parti togs inte med. Parlamentets införande av ”berättigad och proportionell” motiverades av att det ankom på de nationella myndigheterna att göra en rimlighetsprövning. Hänsyn ska då tas till det ingrepp i privatlivet som ett sådant krav medför, den skadedrabbade rättighetsinnehavaren samt bevisvärdet i en eventuell framtida intrångstalan.²⁵⁰

5.2 Informationsföreläggande i URL och dess bakgrund

Redan innan sanktionsdirektivets antagande fanns regler som underlättade ingripanden mot intrång, däribland bestämmelser om intrångsundersökning och editionsföreläggande. Dessa blir dock aktuella först när man identifierat intrångsgöraren.²⁵¹ Tidigare har endast polis och åklagare haft tillgång till informationsföreläggande som rättsmedel. Numera får alltså även upphovsmannen eller aktuell rättighetsinnehavare begära informationsföreläggande.²⁵²

Genom anpassning till artikel 8 i sanktionsdirektivet infördes regeln i 53 c § om informationsföreläggande. På yrkande av rättighetsinnehavare kan domstol vid vite ålägga någon att ge information om källan till de varor eller tjänster som ett sannolikt intrång avser. Enligt 53 c § fjärde punkten föreskrivs att även den som i kommersiellt syfte tillhandahållit en elektronisk kommunikationstjänst kan träffas av bestämmelsen. I praktiken betyder det att en rättighetsinnehavare kan begära ut information om vem

²⁴⁵ Levin, 2011, s 545.

²⁴⁶ Prop. 2008/09:67, s. 128.

²⁴⁷ Sanktionsdirektivet, artikel 8.1

²⁴⁸ Sanktionsdirektivet, artiklarna 8.1 a-d, 8.2 a-b.

²⁴⁹ KOM(2003) 46 slutlig, s. 35.

²⁵⁰ KOM(2003) 46 A5-0468/2003 slutlig, s. 48 f.

²⁵¹ Olsson, I, 2009, s. 262, 56 a-56 g §§ URL, 41 kapitlet 1 § RB.

²⁵² Prop. 2008/09:67, s. 140, Olsson, I, 2009, s. 263.

som är abonnent och vilken IP-adress som använts vid ett intrång på internet.²⁵³ Ett IP-nummer är en unik nummersammansättning som identifierar en abonnent som är internetuppkopplad. En IP-adress som tillhör en fysisk person betraktas dessutom som en personuppgift.²⁵⁴

5.2.1 Informationsföreläggande och ”sannolika skäl”

Det nuvarande beviskravet ”sannolika skäl” i 53 c § har föregåtts av långtgående diskussioner i förarbetena.²⁵⁵ Detta hängde samman med att Justitiedepartementet tidigare publicerat en promemoria gällande reglerna i sanktionsdirektivet. I promemorian föreslogs att intrånget skulle vara styrkt vid begäran av informationsföreläggande medan regeringen förordade att beviskravet ”sannolika skäl” var en effektivare nivå.²⁵⁶

5.2.1.1 Fristående rätt

En fråga som ställdes på sin spets var huruvida informationsföreläggande skulle utgöra en ensam prövning eller om utlämnandet av information bör ske först efter domslut om intrång.²⁵⁷ Artikel 8.1 i sanktionsdirektivet föreskriver endast att begäran skulle ske ”i samband med rättegång”. Eftersom det är fråga om ett minimidirektiv så fanns visst utrymme för tolkning. Med hänvisning till konsekvenserna av att informationen utnyttjades otillbörligt i en rättegång mot tredje man, föreslogs en fristående rätt till information oavsett rättegångens fortskridande.²⁵⁸ Kravet på samband med rättegången torde vara uppfyllt när informationen är tilltänkt att används i en rättegång.²⁵⁹

5.2.1.2 Förberedande åtgärd

Utan uttryckligt beviskrav i direktivet konstaterades att artikel 8 syftar till att bistå rättsinnehavaren med hjälp att identifiera intrångsgöraren. Efter sådan identifiering kan det fordras en intrångsundersökning. Enligt 56 a § stadgas att sådan undersökning blir möjlig när intrång ”skäligen kan antas”.²⁶⁰ I promemorian övervägdes samma beviskrav för informationsföreläggande men man föreslog ändå normalt beviskrav eftersom internetleverantörer i annat fall skulle tvingas bryta mot

²⁵³ Prop. 2008/09:67, s. 1.

²⁵⁴ Prop. 2008/09:67, s. 124, 126.

²⁵⁵ Prop. 2008/09:67, s. 143 ff.

²⁵⁶ Ds 2007:19, s. 2, 191, prop. 2008/09:67, s. 150.

²⁵⁷ Prop. 2008/09:67, s. 144 f.

²⁵⁸ Prop. 2008/09:67, s. 146 ff.

²⁵⁹ Prop. 2008/09:67, s. 148, EU-domstolens dom i mål C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) mot Telefónica de España SAU* från den 29 januari 2008.

Fortsättningsvis kallat *Telefónica-fallet*.

²⁶⁰ Prop. 2008/09:67, s. 146 f.

tystnadsplikten i än större omfattning och företag skulle förmås avslöja företagshemligheter.²⁶¹

Ett antal remissinstanser och regeringen talade istället för den lägre nivån ”sannolika skäl”. Av rättssystematiska skäl skulle normalt beviskrav te sig egendomligt i förhållande till intrångsundersökningens krav på ”skäligen kan antas”. För beviskravet ”sannolika skäl” anförde regeringen att rätten till information endast är en förberedande åtgärd inför en senare rättegång. Sänkt beviskrav sades vidare innebära en minskad risk för att informationen skulle få full bevisverkan i en senare process. Det ansågs relativt enkelt att bevisa ett intrång i form av fildelning på internet. Beviskravet ”sannolika skäl” skulle därmed möjliggöra krafttag mot annat än fildelning. Promemorians anförda nackdelar rörande tystnadsplikt och företagshemligheter ansåg regeringen vägas upp av den obligatoriska proportionalitetsbedömningen (se 5.2.3).²⁶²

5.2.1.3 Fri bevisprövning

Som svar på den debatt rörande frågan vilken bevisning som faktiskt krävs, påpekade regeringen att det i svensk rätt råder fri bevisprövning. Parterna förser rätten med valfri bevisning, varpå rätten tar ställning till om den är tillräcklig. Det kan tilläggas att namnuppgifter på en abonnent givetvis är bara en av flera omständigheter som avgör om en rättsinnehavare har ett berättigat anspråk och i sådana fall vem som kan hållas ansvarig för intrånget.²⁶³ Sammantaget menar regeringen att rätten till information är oberoende av pågående rättegång och att en begäran endast vinner bifall om ”sökanden visar sannolika skäl för att det i *objektiv* mening har begåtts ett intrång och att motparten tillhör den krets av personer som kan åläggas att lämna information”.²⁶⁴ Det är därmed inte relevant huruvida subjektiva rekvisit för ansvar föreligger utan endast om intrånget skett objektivt sett.²⁶⁵

5.2.1.4 ”Sannolika skäl” vid säkerhetsåtgärder

Även om syftet med denna uppsats inte är att redogöra för några processrättsliga grundsatser så finns anledning att snegla på hur man resonerat kring beviskravet allmänt sett. Westberg har behandlat begreppet ”sannolika skäl” särskilt i förhållande till civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Man kan fråga sig huruvida dessa uttalanden är tillämpliga för informationsföreläggandens vidkommande. I förarbetena talar man visserligen om informationsföreläggande i termer av ”säkerhetsåtgärder eller andra beslut som föregår den slutliga prövningen.”²⁶⁶ Den svenska utredaren av reglerna om informationsföreläggande benämner också informationsföreläggande som

²⁶¹ Ds 2007:19, s. 191.

²⁶² Prop. 2008/09:67, s. 149 f.

²⁶³ Olsson, 2009 I, s. 265, 2008/09:NU11, s. 40.

²⁶⁴ Prop. 2008/09:67, s. 150.

²⁶⁵ Olsson, 2009 II, s. 458.

²⁶⁶ Prop. 2008/09:67, s. 150

om en ”säkerhetsåtgärd”.²⁶⁷ Även Högsta domstolen har bekräftat en sådan tolkning och gjort hänvisningar till Westbergs uttalanden.²⁶⁸

Den egentliga innebörden av ”sannolika skäl” är inte klarlagd i civilprocessrätten. Det finns fog för att tolka uttrycket som en bevislättning för sökanden. Vid immaterialrättsliga intrång så har dock de svenska domstolarna i vissa fall gjort tämligen omfattande bedömningar av rättsfrågor och sakfrågor redan vid beslutet om säkerhetsåtgärden. Därmed kan ifrågasättas vad som återstår att bedöma vid den slutliga sakprövningen. Sett till säkerhetsåtgärdernas brådskande karaktär påpekar Westberg att det råder ett samband mellan utredningens omfång och bevisens standard eftersom det sällan finns tid till att göra en ingående utredning. Med andra ord hänger ett lägre beviskrav samman med ofullständig bevisning.²⁶⁹ Vidare har både Westberg och Ekelöf föreslagit en prognosprövning, en bedömning av huruvida sökanden visat det sannolikt att han kommer vinna målet. Det behöver härmed inte stå klart för domstolen att det kommer gå sökandens väg utan det räcker med att denna får en översiktlig uppfattning om vilka av parternas argument som väger tyngst.²⁷⁰ Denna syn sammanfaller väl med parlamentets uttalande om att hänsyn ska tas till bevisvärdet i en eventuell framtida talan.²⁷¹

5.2.2 Prövningen

I propositionen stod klart att informationsförelägganden vid vite skulle meddelas av behörig domstol.²⁷² Ett antal remissinstanser framhöll att domstolen bör ha särskild immaterialrättslig kompetens vid prövning av informationsförelägganden eftersom det kan uppstå komplicerade proportionalitetsbedömningar och intrångsfrågor. Regeringen instämde att prövningen ska hålla god kvalitet men påpekade att sådan specialkompetens var av större vikt när domstolen prövar intrånget i en slutlig dom. Här framhölls att bedömning av skyddsomfånget och tekniska frågor vid intrång på internet är exempel på svåra frågor som kan uppstå i den slutliga prövningen. Regeringen vidhöll att prövningen vid informationsföreläggande ”är naturligtvis inte heller helt okomplicerad, men den är ändå mindre omfattande.”²⁷³ Således ska informationsförelägganden handläggas av behörig domstol enligt sedvanliga regler för tvistemål.²⁷⁴

²⁶⁷ SOU 2012:51, s. 26.

²⁶⁸ Högsta domstolens dom 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 40, Westberg, 2004, s. 91.

²⁶⁹ Westberg, 2004, s. 88-91.

²⁷⁰ Ekelöf m.fl., s. 13, Westberg, 2004, s. 93, 100.

²⁷¹ KOM(2003) 46 A5-0468/2003 slutlig, s. 48 f.

²⁷² Prop. 2008/09:67, s. 151 ff.

²⁷³ Prop. 2008/09:67, s. 154.

²⁷⁴ Prop. 2008/09:67, s. 154.

5.2.3 Kravet på proportionalitet

En ytterst viktig bestämmelse vid meddelande av informationsföreläggande är proportionalitetsprincipen i 53 d §. Den föreskriver att informationsföreläggande endast får meddelas om grunderna för ingripandet balanserar upp den skada som det innebär för den drabbade. Det bedömdes stå överens med direktivets uttryck ”berättigad och proportionell”. Den allmänna avfattningen skulle tillåta domstolen att anpassa prövningen till varje enskilt fall. Häri ska avgöras om åtgärden ens är nödvändig och om det finns en annan mindre ingripande åtgärd än informationsföreläggande.²⁷⁵ Avvägningen blir särskilt aktuell mellan rättighetsinnehavarens intresse av att få ut abonnentuppgifter som omfattas av tystnadsplikt och abonnentens integritetsintresse. Regeringen menade att det i dessa fall krävs ett *omfattande intrång* för att få ut sådana uppgifter. I sin exemplifiering anfördes att uppladdning av verk på internet, i form av fildelning innebär betydande skada för upphovsmannen. Likaså gäller detta mer omfattande nedladdningar. Vid nedladdning av ett fåtal verk väger dock integritetsintresset tyngre. Regeringen ville inte precisera hur ofta intrånget skulle ha skett eller vilket antal verk det skulle röra sig om. Detta hängde delvis samman med IP-adressernas variation och att det av tekniska skäl ansågs svårt att avgöra hur många verk en viss abonnent gjort tillgängligt för allmänheten.²⁷⁶ Näringsutskottet har anført i sitt betänkande till propositionen att regeringen gjort en välavvägd bedömning av proportionalitet och integritet. Det framfördes att sannolika skäl är ett högt beviskrav och att lagen (1998:204) om personuppgifter begränsar vad som får göras med den aktuella informationen.²⁷⁷ Näringsutskottet har poängterat att enskilda i ökad omfattning laddar upp och laddar ner skyddade verk utan att den enskilde för den skull har ett *kommersiellt intresse*. Detta har, menar man, i betydande omfattning, försvagat rättsinnehavarens intressen.²⁷⁸

Det är vidare fastslaget att både rätten till uppgiftsskydd eller skydd för privatlivet och den immateriella äganderätten är grundläggande rättigheter i EU vilka båda måste beaktas.²⁷⁹ Det är också så att Europakonventionens bestämmelse om rätt till privatliv kan inskränkas för att skydda andra fri- och rättigheter, exempelvis den immateriella äganderätten.²⁸⁰

5.3 Sannolika skäl och styrkt

För att sätta beviskravet ”sannolika skäl” i perspektiv kan sägas att det är relativt högt i sig. I svensk rätt är sannolika skäl det högsta beviskravet för säkerhetsåtgärder som företas innan den slutliga prövningen i sak. Därefter

²⁷⁵ Prop. 2008/09:67, s. 161.

²⁷⁶ Prop. 2008/09:67, s. 162.

²⁷⁷ 2008/09:NU11, s. 36.

²⁷⁸ 2008/09:NU11, s. 38.

²⁷⁹ *Telefónica*-fallet, p. 64-71, Rättighetsstadgan, artikel 17.2.

²⁸⁰ Prop. 2008/09:67, s. 136 f, Europakonventionen, artikel 8.

kommer ”skäligen kan antas” och lägst är kravet ”det finns anledning att anta”.²⁸¹ En intressant fråga i sammanhanget är vilket beviskrav som gäller för slutligt avgörande i ett civilrättsligt intrångsmål gällande tillgängliggörande i ett fildelningsnätverk. Genom en sådan jämförelse skulle beviskravet ”styrkt” kunna sättas i relation till ”sannolika skäl”. För att en person ska kunna knytas till ett otillåtet tillgängliggörande genom fildelning krävs generellt bevisning i tre faser. Först måste rättsinnehavaren kunna visa att dennes skyddade verk funnits tillgängligt för allmänheten en viss tid och att det var möjligt att ladda ner verket från en specifik IP-adress. Filens innehåll måste dokumenteras. Vidare måste denna IP-adress kunna knytas till en viss internetabonnent. Slutligen krävs bevisning rörande kopplingen mellan intrånget och den som stämts eftersom någon annan än abonnenten kan ha utfört intrånget genom användning av samma internetabonnemang.²⁸² Det verkar alltså krävas relativt omfattande bevisning för att ett intrångsmål ska anses styrkt. Hur omfattande bevisning som krävs i praktiken i den slutliga sakprövningen av ett civilrättsligt intrångsmål är dessvärre inte helt klart. Det finns ingen vägledande praxis i Sverige. I Danmark står det däremot klart att ett olovligt tillgängliggörande som kan kopplas till en abonnent inte är tillräckligt för skadeståndsrättsligt ansvar, särskilt inte när svaranden hävdar att denne haft ett öppet trådlöst nätverk.²⁸³

5.4 Svensk praxis

I propositionen till reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h URL) antog man att antalet mål rörande informationsföreläggande skulle uppgå till 400-800 per år. Mellan april 2009 och juni 2012 har endast elva ärenden inkommit till tingsrätterna. Alla ansökningar har riktats mot internetleverantörer. Av de fyra fall som prövats i sak har ansökan om informationsföreläggande bifallits i tre och avslagits i ett. I *ljudboks-fallet* ställde Högsta domstolen ett antal frågor till EU-domstolen angående reglerna om informationsföreläggande och dess förenlighet med EU-rätten.²⁸⁴ *Ljudboks-fallet* och två andra fall förklarades vilande med anledning av förhandsavgörandet.²⁸⁵ I april detta år kom också EU-domstolens klartecken till reglernas förenlighet med *datalagringsdirektivet* och *datakommunikationsdirektivet* och godkännande av att kunna rikta informationsförelägganden mot internetleverantörer.²⁸⁶ Detta har i dagarna

²⁸¹ Prop. 2008/09:67, s. 182, 150.

²⁸² Westman, 2012, s. 48.

²⁸³ Westman, 2012, s. 49 f.

²⁸⁴ Se Högsta domstolens beslut 2010-06-02 i mål Ö 4817-09, EU-domstolens dom i mål C-461/10, *Bonnier Audio m.fl. mot Perfect Communication AB* från den 19 april 2012.

²⁸⁵ SOU 2012:51, s. 25.

²⁸⁶ EU-domstolens dom i mål C-461/10, *Bonnier Audio m.fl. mot Perfect Communication AB* från den 19 april 2012, p. 61, 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, Europaparlamentets

följts av Högsta domstolens beslut om informationsföreläggande i *ljudboks-fallet*.²⁸⁷ Nedan kommer intrångsbedömningen i några fall kommenteras med särskilt fokus på domstolens uppfattning av allmänhetsbegreppet.

5.4.1 *Ljudboks-fallet*

Ljudboks-fallet är det enda fallet rörande informationsföreläggande som kommit så långt som till Högsta domstolen. Genom Högsta domstolens avgörande har rättsläget blivit något mer klart vad gäller frågan om vilka krav som ska ställas på bevisningen vid meddelande av informationsföreläggande i fildelningssammanhang.²⁸⁸ Intill att beslutet kom har det nämligen rått stiltje i denna del av rättstillämpningen.²⁸⁹ Inom en snar framtid bör vi vidare få se beslut i de andra två fallen som har förklarats vilande med anledning av *ljudboks-fallet*.

5.4.1.1 Bakgrund

I det så kallade *ljudboks-fallet* ansökte fem ljudboksförlag (ljudboksförlagen) i Solna tingsrätt om informationsföreläggande varvid yrkades att internetoperatören (ePhone) vid vite skulle lämna information om namn och adress till en användare som använt sig av en särskild IP-adress under en vis tid. Ljudboksförlagen har ensamrätt till 27 olika ljudböcker och gjorde gällande att någon gjort intrång i denna genom att ha överfört verken till allmänheten via en FTP-server. FTP står för ”file transfer protocol” och är ett fildelningsprogram genom vilket man kan överföra filer mellan datorer via internetanslutning. Vid intrångstillfället var servern ansluten till internet via ePhone:s bredbandsuppkoppling. ePhone bestred yrkandet.²⁹⁰ Som stöd för att det förelåg sannolika skäl för intrång hade ljudboksförlagen genom ett datorprogram dokumenterat de nedladdningar som skett från en dator eller server som varit internetuppkopplad via en särskild IP-adress. Utförliga rapporter visade att de överförda filernas namn och innehåll utgjorde piratkopior.²⁹¹ Man hade också tagit hjälp av Svenska Antipiratbyrån som visat att det var möjligt att ladda ner filerna från servern.²⁹²

5.4.1.2 Tingsrättens bedömning

Med hänvisning till förarbetsuttalandena bedömde tingsrätten att 53 c § inte stod i strid med Europakonventionen artikel 8 om rätt till privatliv eller datalagringsdirektivet.²⁹³ Tingsrätten anförde att det inte kunde uteslutas att

och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation.

²⁸⁷ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09.

²⁸⁸ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09.

²⁸⁹ SOU 2012:51, s. 27.

²⁹⁰ Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Ä 2707-09.

²⁹¹ Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Ä 2707-09, s. 7 f.

²⁹² Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Ä 2707-09, s. 22.

²⁹³ Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Ä 2707-09, s. 20 f.

det krävs inloggningsuppgifter för att få tillgång till servern. Trots detta ansågs det föreligga sannolika skäl för att verken gjorts tillgängliga ”för mer än en helt sluten krets”.²⁹⁴ Begränsningen av inloggningsuppgifter var inte heller en omständighet i sig som avgjorde huruvida verken gjorts tillgängliga för allmänheten. Visserligen minskar kretsen om inloggningsuppgifter krävs men ljudboksförlagens utredning gav stöd för att ett stort antal ljudböcker fanns på den aktuella servern. Tingsrätten drog därav slutsatsen att ”många kunder” hade åtkomst till inloggningen och biföll yrkandet.²⁹⁵ I likhet med *Rafael*-fallet så gick tingsrätten tillbaka till syftet med 53 c §, nämligen det faktum att informationsföreläggande ska användas som ett ”förprocessuellt” verktyg.²⁹⁶

5.4.1.3 Hovrättens bedömning

ePhone överklagade tingsrättens beslut i Svea hovrätt med yrkande om att det skulle ogillas. Hovrätten upphävde tingsrättens beslut eftersom det inte ansågs föreligga sannolika skäl för att ljudböckerna överförts till allmänheten.²⁹⁷ I hovrättens skäl sades visserligen först att syftet med att lagra filer på en FTP-server generellt sett är att göra verken tillgängliga för allmänheten. Därefter gick domstolen in i de faktiska förhållandena. Det stod klart att inloggningsuppgifter krävdes för att komma åt filerna. Desto mindre klart var möjligheten att få tag i sådana uppgifter eller dessas eventuella spridning.²⁹⁸ Hovrätten citerade därefter förarbetsuttalanden om sluten krets och de principer som fastslagits i praxis. Med särskild hänvisning till *Stala*-fallet tog domstolen fasta på att möjligheten att vinna medlemskap är avgörande. Även omständigheter som ändamålet för kretsen, antalet personer och förekomsten av ekonomiskt syfte spelade in.²⁹⁹

Vad som talade för att serveranvändarna inte utgjorde en sluten krets var det faktum att majoriteten av de nedladdade ljudböckerna var ”bästsäljare” och att de på så sätt attraherade en bredare allmänhet. Med detta sagt kunde de i och för sig inte anses sammanhållna av något specifikt intresse. Volymmässigt ansågs de cirka 2000 ljudböcker som fanns på servern tala för att kretsen är större än bara några personer. Trots detta poängterades att det inte var utrett hur Svenska Antipiratbyrån fått tag i *inloggningsuppgifter* eller om någon annan har kunnat ladda ner verken. Därför beslöts att det inte fanns grund för att avgöra kretsens ”syfte, storlek, karaktär, inträdesvillkor eller beständighet.”³⁰⁰ Inte heller kunde något ekonomiskt syfte utrönas.³⁰¹

²⁹⁴ Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Å 2707-09, s. 8.

²⁹⁵ Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Å 2707-09, s. 22-24.

²⁹⁶ Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Å 2707-09, s. 23, jfr *Rafael*-fallet, p. 34-35.

²⁹⁷ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 2. Malmö tingsrätt har redan 2009-06-24 i mål Å 3162-09 lämnat en begäran om informationsföreläggande utan bifall. Här var aldrig fråga om allmänhetsbegreppet utan bevisning brast på ett tidigare stadie, se s. 4.

²⁹⁸ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 6.

²⁹⁹ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 7, se *Landstings*-fallet.

³⁰⁰ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 8.

³⁰¹ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 8.

Två skiljaktiga instämde med majoriteten ifråga om skäl som talade för att det inte rörde sig om en sluten krets. Det tillades att det faktum att säkerhetskoderna på ljudböckerna knäckts talar för att vederbörande ”haft för *avsikt* att fildela s.k. piratkopierat material.”³⁰² Det avsiktliga handlandet var något som EU-domstolen, för övrigt, tog fasta på i *Rafael*-fallet.³⁰³ Skiljaktiga anförde vidare att det inte fanns något godtagbart syfte med servern och att inloggningsuppgifterna endast utgjorde ett kringgående av bestämmelsen om överföring till allmänheten.³⁰⁴

Hovrätten fann alltså att bevisningen som ljudboksförlagen framställt var otillräcklig. Då åtkomsten till materialet var beroende av särskilda inloggningsuppgifter begärde hovrätten att sökanden inkom med utredning om vad som krävs för att få sådana uppgifter eller hur de spritts i vissa kretsar. Först då hade man kunnat utreda de olika bedömningskriterier som uppställts i praxis. I *Stala*-fallet var förutsättningarna klara för vad som krävdes för medlemskap till skillnad från nuvarande fall. *Stala*-fallet var å andra sidan ett fall som avgjordes slutligt. Hovrätten kan sägas ha uppställt ett relativt omfattande krav på bevisning. Utredaren har vidare uttalat att det inte bör vara svårt att säkra sådan bevisning som hovrätten efterfrågade.³⁰⁵

5.4.1.4 Högsta domstolens bedömning

Den 21 december 2012 meddelade Högsta domstolen sitt beslut i *ljudboks*-fallet. Beslutet gick ljudboksförlagens väg. Informationsföreläggandet beviljades och ePhone som försatts i konkurs förpliktas ersätta ljudboksförlagen med närmare en miljon kronor i rättegångskostnader.³⁰⁶ I linje med EU-domstolen konstaterade Högsta domstolen att reglerna om informationsföreläggande står i överensstämmelse med Europakonventionen, datalagringsdirektivet och datakommunikationsdirektivet.³⁰⁷ I bedömningen av begreppet ”överföring till allmänheten” gjordes utförliga hänvisningar till EU-rättslig praxis utifrån artikel 3.1 i infosocdirektivet och särskilt *Rafael*-fallet och *tandläkar*-fallet. Högsta domstolen hänvisade till EU-domstolens förordade vidsträckta gemenskapstolkning av begreppet. Genom att beakta infosocdirektivets syfte att skapa en hög skyddsnivå leddes Högsta domstolen till att göra en direktivkonform tolkning.³⁰⁸ Direktivets ordalydelse och syfte sades ha företräde framför oförenliga svenska förarbetsuttalanden, något som Axhamn redan påpekat i sin artikel från 2007.³⁰⁹ Med hänvisning till EU-rättslig praxis rörande ”allmänheten” sa Högsta domstolen att allmänheten

³⁰² Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÄ 6091-09, s. 10.

³⁰³ Se avsnitt 4.2.1, *Rafael*-fallet, p. 42.

³⁰⁴ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÄ 6091-09, s. 10.

³⁰⁵ SOU 2012:51, s. 27.

³⁰⁶ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, s. 3.

³⁰⁷ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 10-29.

³⁰⁸ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 33-36, *Rafael*-fallet, p. 34-46, infosocdirektivet, skäl 9, 10.

³⁰⁹ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 35, Axhamn, 2007, s. 154 f.

bestod i ett ”obestämt antal potentiella användare”³¹⁰ Vad som kanske hade störst inverkan på Högsta domstolens beslut var EU-domstolens uttalande i *tandläkar-fallet* att det måste röra sig om ett ganska stort antal personer varvid ”kumulativa effekter” ska beaktas. Både antalet personer som kan ta del av verket samtidigt och i följd sades ha betydelse.³¹¹ Applicerat på omständigheterna i *ljudboks-fallet* erinrade Högsta domstolen om att en helhetsbedömning måste göras och att internet skapar snabba kontaktmöjligheter genom omfattande informationsspridning världen över.³¹² Vidare uttalade Högsta domstolen att;

”En webbplats kan ställa stränga krav på medlemskap men ändå ha ett stort antal medlemmar på grund av att ’den möjliga allmänheten’ i princip är obegränsad. Även om inloggningsuppgifter behövs för att någon ska få tillgång till ett verk kan det vara så att överföring görs möjlig till ett så stort antal personer att det är fråga om överföring till allmänheten.”³¹³

Gällande beviskravet ”sannolika skäl” anförde Högsta domstolen följande. Informationsföreläggande ska ses som en förberedande säkerhetsåtgärd. Exempelvis så kan man med hjälp av ett informationsföreläggande initiera en intrångsundersökning och en skadeståndstalan. Det är sällan möjligt och knappast rimligt, med hänvisning till verktygets förberedande natur, att sökanden ska lägga fram en fullständig utredning om alla väsentliga förhållanden.³¹⁴ Uppgifter om inloggningsuppgifter kan ha betydelse för frågan om intrång i överföringsrätten men de är inte nödvändiga för att sökanden ska kunna visa sannolika skäl för intrång. Istället kan ”andra bevis” göra sig gällande och leda till att det föreligger sannolika skäl för intrång.³¹⁵

Högsta domstolen lägger i princip tre omständigheter till grund för att sådana ”andra bevis” finns i förevarande fall. I likhet med hovrätten uttalas för det första att det stora antalet ljudböcker som funnits på servern talar för att verken varit tillgängliga för ett *stort antal personer*. Det faktum att ljudböckerna varit av ”bästsäljarkaraktär” anses vidare tala för att en *icke-individuellt bestämd krets* personer haft tillgång till verken. Slutligen finns stöd för att filerna varit piratkopierade utifrån filernas beteckningar. Enligt Högsta domstolen tyder detta på att *syftet* med FTP-servern varit att göra det skyddade materialet tillgängligt.³¹⁶

³¹⁰ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 37, jfr *Mediakabel-fallet*, p. 30, *Active Broadcast-fallet*, p. 31.

³¹¹ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 37, *tandläkar-fallet*, p. 86-87.

³¹² Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 38.

³¹³ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 38.

³¹⁴ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 40, 42, Westberg, 2004, s. 91.

³¹⁵ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 43.

³¹⁶ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 44-46.

5.4.2 Swetorrent-fallet

Swetorrent-fallet är ett liknande fall som Högsta domstolen också har förklarat vilande med anledning av *ljuboks*-fallet.³¹⁷ Fyra filmbolag (filmbolagen) yrkade att tingsrätten skulle förelägga TeliaSonera Sverige AB (TeliaSonera) att lämna ut namn och adress till en abonnent med en viss IP-adress varpå TeliaSonera bestred yrkandet. Tingsrätten biföll yrkandet.³¹⁸ Filmbolagen anförde att det förelåg sannolika skäl för att åtminstone fem filmverk gjorts tillgängliga för allmänheten på hemsidan Swetorrents.org som var internetuppkopplad via TeliaSonera. Verken hade gjorts tillgängliga genom överförelagstekniken ”BitTorrent” (se avsnitt 3.4.1). Torrentfiler har härigenom laddats upp på hemsidan vilken innehöll länkar till ca 5,000 sådana filer. I bevissäkringsändamål laddades filerna ner för att fastställa dess innehåll. För att få tillgång till verken krävdes ett konto och för att få ett sådant måste man bli *inbjuden* av en befintlig användare. På hemsidan framgick att Swetorrent.org hade 20,000 medlemmar.

Tingsrätten anslöt sig till hovrättens uttalanden i *ljuboks*-fallet om vad som ansågs utgöra en sluten krets. Likaså gjorde tingsrätten en avvägning mellan vad som talar för och emot att verken överförts till allmänheten. Det faktum att det krävdes ett konto för tillgång till materialet och en föregående inbjudan talade delvis för att kretsen var sluten. Det stora antalet medlemmar respektive filer och dess ”*skiftande innehåll*” talade ändå emot att det uppladdade materialet skulle vara avsett för en mindre grupp. Vidare menade man att hemsidans utseende talade för att syftet med denna var att göra verken tillgängliga för ”en stor grupp” och kravet på medlemskap sågs snarare som ett kringgående av upphovsrättens regler.³¹⁹ Hovrätten fastställde tingsrättens beslut utan att närmare ange några skäl för detta. Beslutet överklagades till Högsta domstolen som ännu inte har prövat målet.³²⁰

5.4.3 Com Hem-fallet

Com Hem-fallet är det tredje målet som förklarats vilande av Svea hovrätt, med anledning av Högsta domstolens beslut i *ljuboks*-fallet.³²¹ Här hade IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), skivbolagens intresseorganisation begärt ut information om en intrångsgörare av musik filer. I tingsrätten anförde skivbolagen att det framgick att 347 personer varit anslutna till den så kallade ”Direct Connect” hubben och att i vart fall dessa haft tillfälle att ladda ner de musikaliska verken. Vem som helst kunde ansluta sig till hubben förutsatt att man gjorde en viss mängd material tillgängligt, något som inte föranledde domstolen till en annan bedömning.

³¹⁷ Högsta domstolens beslut 2010-12-01 i mål Ö 2472-10.

³¹⁸ Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 2.

³¹⁹ Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 10 f.

³²⁰ Svea hovrätts beslut 2010-05-04 i mål ÖÄ 10152-09, Högsta domstolens beslut 2010-12-01 i mål Ö 2472-10.

³²¹ Svea hovrätts beslut 2010-12-07 i mål ÖÄ 7705-10.

Tingsrätten berörde inte allmänhetsbegreppet men bedömde att den framlagda utredningen visade att de förelåg sannolika skäl för intrång.³²²

5.4.4 Jämförelser av praxis

I och med att allmänhetsbegreppet har kommit att prövas på nytt, finns anledning att kommentera de grunder man tagit fasta på i bedömningen av ”allmänheten”. Här kommer *ljudboks-fallet* och *Swetorrent-fallet* att jämföras med de principer som utstakats i praxis rörande begreppet ”allmänheten” utifrån 2 § URL. *Com Hem-fallet* lämnas därhän eftersom allmänhetsbegreppet aldrig aktualiserades. Rimligtvis borde samma faktorer göra sig gällande när man bedömer ”allmänheten” i 2 § som vid prövningen om det föreligger sannolika skäl för intrång enligt 53 c §. Låt vara att faktorerna kan ha olika styrka beroende på det enskilda fallet.³²³

5.4.4.1 Objektens och plattformarnas natur

Uppenbarligen har domstolarna tagit fasta på de immateriella objektens natur ifråga om deras karaktär som ”bästsäljare” eller filernas ”skiftande innehåll”.³²⁴ Detta, menade domstolarna, skulle tala för att intrångsgöraren syftade till att göra verken tillgängliga för en bredare allmänhet. Sådan hänsyn saknas emellertid i tidigare praxis. I likhet med *Stala-fallet* och *Landstings-fallet* beaktade tingsrätten syftet eller ändamålet med verksamheten i *Swetorrent-fallet*. I sistnämnda fall drar man dock slutsatsen utifrån andra faktorer. Av utseendet att döma ansåg tingsrätten nämligen att Swetorrent-hemsidans uppbyggnad talade för att syftet var att göra verken tillgängliga för en större krets personer.³²⁵ Även i *ljudboks-fallet* kom fram till ett motsatt beslut så konstaterade denna att syftet med att lagra filer på en FTP-server vanligen är att överföra dessa till allmänheten.³²⁶ Vidare ansåg Högsta domstolen att filernas särskilda beteckningar talade för att de varit piratkopierade och att syftet således var att göra ljudböckerna tillgängliga för allmänheten.³²⁷

5.4.4.2 Antalet objekt

Det har i sig ingen betydelse om det endast kan bevisas att intrång skett av ett verk.³²⁸ Omfattningen av nedladdningen har visserligen betydelse i proportionalitetsbedömningen. Uppladdning av ett verk anses dock innebära tillräcklig skada för upphovsmannen för att åtgärden ska anses

³²² Stockholms tingsrätts beslut 2010-09-02 i mål Ä 19591-09, s. 3, 9 f, jfr Ds 2007:29, s. 337.

³²³ Min slutsats, jfr EU-domstolens uttalande i *tandläkar-fallet*, p. 79.

³²⁴ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 8, Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 10.

³²⁵ Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 11.

³²⁶ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 6.

³²⁷ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 46, jfr skiljaktiga i Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 10.

³²⁸ Westman, 2012, s. 49, se även prop. 2008/09:67, s. 161.

proportionerlig.³²⁹ Domstolarna i *ljuboks*-fallet respektive *Swetorrent*-fallet lade istället antalet uppladdade verk till grund för sin bedömning för huruvida det förelåg sannolika skäl för intrång. Tingsrätten i *Swetorrent*-fallet tog det stora antalet filer till stöd för att intrångsgöraren syftade till att göra verken tillgängliga för en större allmänhet. Likaså gjorde hovrätten och Högsta domstolen i *ljuboks*-fallet bedömningen att de tusentals ljudböcker som fanns på FTP-servern talade för att allmänheten var av större omfattning.³³⁰ Av domarna framgår att dessa ställningstaganden inte görs i proportionalitetsbedömningen (vilket torde ha blivit överflödigt med hänvisning till vad som sagts ovan) utan i bedömningen av om det förelåg sannolika skäl för intrång. Motsatsvis så spelade det ingen roll i *demonstrationsmusik*-fallet att musiken spelats upp i väldigt korta stycken. Vad gäller frågan om antalet verk så kan sägas att ett förhållandevis begränsat antal verk påverkar påföljden i förmildrande riktning i ett straffrättsligt fildelningsmål.³³¹

5.4.4.3 Medlemskap

Den omständigheten att tillgången till materialet varit begränsat till medlemmar var av särskilt intresse i både *Swetorrent*-fallet och *ljuboks*-fallet. Högsta domstolen i *ljuboks*-fallet konstaterade dock att stränga medlemskapsvillkor inte uteslöt att en webbsida hade ett stort antal medlemmar med hänsyn till den obegränsade ”möjligheten” att bli medlem på en sådan sida. Kumulativa effekter såsom spridning av information på internet ansågs utgöra grunden till denna ”möjliga allmänhet”.³³² *Stala*-fallet gjorde klart att medlemskap i sig inte automatiskt betyder att kretsen är sluten. *Landstings*-fallet talade om att en helhetsbedömning måste göras och att möjligheten att vinna medlemskap var ett av kriterierna. Högsta domstolen i *ljuboks*-fallet var också av den uppfattningen. Med hänsyn till informationsföreläggandets förberedande natur fanns ingen anledning att uppställa utredning om inloggningsuppgifter som en förutsättning för att kunna bedöma de övriga kriterierna, förutsatt att andra bevis gjorde sig gällande.³³³ I *Swetorrent*-fallet nämndes att en inbjudan från en registrerad medlem krävdes men det fanns ingen upplysning om hur många personer varje registrerad medlem fick bjuda in.³³⁴ Av den utredning som finns så verkar det dock inte finnas några sådana ytterligare begränsningar.³³⁵

³²⁹ Prop. 2008/09:67, s. 162.

³³⁰ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÄ 6091-09, s. 8, Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 10, Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 44.

³³¹ Svea hovrätts dom 2011-07-14 i målet B 2330-11, s 2 f.

³³² Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 38, jfr *tandläkar*-fallet, p. 86-87.

³³³ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 38, 43, jfr Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÄ 6091-09, s. 8.

³³⁴ Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 10.

³³⁵ Min slutsats.

5.4.5 Artikel 3.1 i infosocdirektivet och 53 c § URL

I de nyss refererade fallen gällande informationsföreläggande har domstolarna gått tillbaka till den praxis och doktrin som finns i relation till allmänhetsbegreppet i *överföring till allmänheten* i 2 § första punkten URL. Eftersom denna regel är anpassad till artikel 3.1 i infosocdirektivet så bör man rimligen gå tillbaka till den där bakomliggande EU-rättsliga praxis kring allmänhetsbegreppet för att bedöma om det föreligger sannolika skäl för intrång enligt 53 c och 2 §§.³³⁶ Det gjorde också Högsta domstolen klart i *ljudboks-fallet* genom sin direktivkonforma tolkning av allmänhetsbegreppet.³³⁷

EU-domstolens första tolkning av begreppet ”allmänheten” i artikel 3.1 i infosocdirektivet gavs i det omtalade *Rafael-fallet*. I likhet med svensk praxis så gjordes där en helhetsbedömning.³³⁸ *Tandläkar-fallet* konkretiserade denna bedömning genom att vidareutveckla kriterierna (se avsnitt 4.3). Omständigheterna i *Rafael-fallet* och liknande fall jämfört med de ovan nämnda fildelningsfallen är relativt olika. I de förra fallen var fråga om ytterligare en allmänhet utöver den ursprungliga haft möjlighet att ta del av verken. I *Premiere League-fallet* var det inte bara allmänhetsbegreppet som aktualiserades utan om sändningen överhuvudtaget utgjorde en överföring enligt infosocdirektivet.³³⁹ Överföringen var ostridig i *ljudboks-fallet* och *Swetorrent-fallet* medan frågan om gränsen mellan offentligt och privat i en digital miljö var desto mer oklar. De yttre skillnader mellan TV- och radiosändning och fildelning hindrade uppenbarligen inte Högsta domstolen från att, vid bedömningen av allmänhetsbegreppet, beakta faktorer som utstakats i relevant EU-rättslig praxis, såsom ”spridning” och ”ett ganska stort antal personer”.³⁴⁰ I likhet med EU-domstolens teologiska tolkning i *Rafael-fallet* beaktade Högsta domstolen det faktum att infosocdirektivet syftar till att skapa en hög skyddsnivå.³⁴¹ Det avsiktliga handlandet, som återkommer i de EU-rättsliga fallen, bedöms inte uttryckligen i de svenska fallen rörande informationsföreläggande. Domstolarna har visserligen bedömt intrångsgörarens syfte utifrån hemsidans respektive FTP-serverns utseende och filernas piratbeteckningar.³⁴² Intressant är att skäl 17 i sanktionsdirektivet föreskriver att man lämpligen även ska beakta om intrånget utförts avsiktligt eller inte.

³³⁶ Mitt ställningstagande, jfr sanktionsdirektivet, skäl 23.

³³⁷ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 35.

³³⁸ Axhamn, 2007, s. 156, *Landstings-fallet*, jfr Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 38.

³³⁹ *Premiere League-fallet*, p. 183.

³⁴⁰ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 37.

³⁴¹ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 36, *Rafael-fallet*, p. 36.

³⁴² Jfr exempelvis Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 11, Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 46.

5.4.6 Högsta domstolens beslut och framtiden

Högsta domstolens vidsträckt tolkning av allmänhetsbegreppet i *ljudboks-fallet* och förtydligandet av beviskravet ”sannolika skäl” torde inte skapa några tveksamheter kring utgången i *Com Hem-fallet* och *Swetorrent-fallet*. I både *Com Hem-fallet* och *Swetorrent-fallet* finns utredning kring möjligheten att vinna medlemskap.³⁴³ Med hänsyn till Högsta domstolens beslut i *ljudboks-fallet* torde utredningen i dessa fall vara tillräcklig varför informationsföreläggandena sannolikt kommer beviljas.³⁴⁴

5.5 Tillämpningen och effekterna

Kommissionens obligatoriska rapport från 2010 gällande tillämpningen av sanktionsdirektivet och det efterföljande utredningsarbetet har framhållit vikten av att ytterligare bekämpa immaterialrättsligt intrång som sker på internet.³⁴⁵ Detta, menade kommissionen, var en företeelse som inte fanns i åtanke vid implementeringen av direktivet.³⁴⁶ Ironiskt nog så har i princip bara fildelningsfall blivit föremål för informationsförelägganden i Sverige.³⁴⁷ I den svenska utredningen gällande reglerna om informationsföreläggande noterades att systemet inte var helt effektivt, delvis därför att Högsta domstolen ännu ej hade klargjort rättsläget.³⁴⁸ Redan när reglerna antogs så talade man om en ökning av anonymitetstjänster på internet, vilket också blev ett faktum.³⁴⁹ Dessa förhållanden försvårar givetvis möjligheterna att identifiera intrångsgöraren varför lagens effektivitet kan ifrågasättas.³⁵⁰ Utan att närmare undersöka de tekniska detaljerna bakom sådana tjänster så borde det rent teoretiskt även hindra utredningen av allmänhetens möjligheter att ta del av ett verk på internet om delar av allmänheten är anonym.³⁵¹

5.5.1 Sanktionsdirektivet och framtiden

Med anledning av kommissionens slutsatser i 2010 års rapport om behovet av nya krafttag mot intrång på internet så har kommissionen i ett dokument från 2011 presenterat sitt mål om en verklig immaterialrättslig inre marknad och framhävt dess betydelse för EU:s framtid.³⁵² Kommissionen ville se över sanktionsdirektivet och skapa en ramlagstiftning för effektiv

³⁴³ Svea hovrätts beslut 2010-12-07 i mål ÖÅ 7705-10, Svea hovrätts beslut 2010-05-04 i mål ÖÅ 10152-09.

³⁴⁴ Min slutsats, jfr Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 43.

³⁴⁵ KOM(2010) 779 slutlig, s. 2, KOM(2011) 287 slutlig, s. 21.

³⁴⁶ KOM(2010) 779 slutlig, s. 2.

³⁴⁷ Med undantag för två fall som rört intrång i katalogskyddet, se SOU 2012:51, s. 28.

³⁴⁸ SOU 2012:51, s. 7.

³⁴⁹ Larsson och Svensson, 2009, s. 18, Larsson och Svensson, 2010, s. 79.

³⁵⁰ Westman, 2012, s. 50.

³⁵¹ Min slutsats.

³⁵² KOM(2011) 287 slutlig, s. 4.

bekämpning av intrång på internet. Det uttalades att omarbetningen bör syfta till att angripa intrånget vid källan.³⁵³ I april 2012 antogs en förordning i syfte att förstärka samarbetet mellan medlemsstaterna i bekämpningen av immaterialrättsliga intrång.³⁵⁴ Vidare kan tilläggas att kommissionen föreslagit ett samlingsdirektiv med bestämmelser om elektronisk kommunikation, kallat "Telecom Package". Direktivet har föregåtts av en del kontroversiella diskussioner. Bland annat handlade diskussionen om en möjlighet för internetleverantörer att stänga av en abonnent som misstänks ägna sig åt upphovsrättsligt intrång på internet.³⁵⁵ Strax efter kommissionens meddelande från 2011 publicerades en grönbok som ett första steg i utvecklingen av en digital inre marknad. Särskild tyngdpunkt låg vid online-distribution av audiovisuella verk inom EU och de rättighetsfrågor som kan uppstå.³⁵⁶

Kommissionen sa inledningsvis i sin ursprungliga rapport från 2010 att medlemsstater har tolkat och tillämpat direktivets bestämmelser på olika sätt.³⁵⁷ I vissa fall har detta dessutom lett till rena avvikelser från direktivet. En anledning till diskrepansen mellan medlemsstaterna kan sägas ligga i sanktionsdirektivets oklara och tvetydiga bestämmelser.³⁵⁸ I rapportens sektion om informationsförelägganden uppehåller sig kommissionen vid frågan om balansen mellan rätt till information och skydd för privatlivet.³⁵⁹ En fråga som däremot inte beaktas är just det tvetydiga beviskravet. Gäller rätten till information i artikel 8 i förhållande till en intrångsgörare eller påstådd intrångsgörare? Här råder en splittrad syn mellan medlemsstaterna. I Belgien, Luxemburg och Frankrike måste intrånget vara bevisat medan Tyskland och England, i likhet med Sverige, tillåter informationsföreläggande i ett förprocessuellt stadi. Det högre beviskravet har i Tyskland och England tillämpats på grund av rädslan för möjligheterna till missbruk av den information som begärs ut.³⁶⁰

Om kommissionen avser att anta utmaningen mot fildelningen på internet så kanske det också finns anledning till ett EU-rättsligt klargörande av beviskravet vid informationsföreläggande.³⁶¹ Det skulle i sin tur eventuellt bringa klarhet i hur EU-domstolen skulle tolka allmänhetsbegreppet i den digitala miljön. Med specifika sanktionsregleringar mot fildelning finns det

³⁵³ KOM(2011) 287 slutlig, s. 21.

³⁵⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 386/2012 av den 19 april 2012, artikel 1.

³⁵⁵ Bonadio, 2011, s. 626, Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 om ändring av direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/19/EG om tillträde till samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter och direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

³⁵⁶ KOM(2011) 427 slutlig, s. 3, 8 ff.

³⁵⁷ KOM(2010) 779 slutlig, s. 4.

³⁵⁸ Geiger m.fl., 2011, s. 546.

³⁵⁹ KOM(2010) 779 slutlig, s. 7.

³⁶⁰ Geiger m.fl., 2011, s. 548.

³⁶¹ Se Geiger m.fl., 2011, s. 548 f.

samtidigt en risk att reglerna inte hinner ikapp den tekniska utvecklingen och således blir förlegade.³⁶²

5.5.2 Utredning av reglerna om informationsföreläggande i URL

Antalet mål gällande informationsföreläggande har varit begränsat men ändå rört relativt omfattande intrång.³⁶³ Trots de oklarheter som rått kring beviskravet ”sannolika skäl” i svensk rätt så ansåg man inte att det fanns anledning att invända mot beviskravets nivå som den tillämpats dithills.³⁶⁴ Samtidigt konstaterade man att underrätterna ställt relativt höga krav på bevisningen, *särskilt* när det gällt frågan om ett verk överförs till allmänheten eller en sluten krets. Utredaren ville inte riktigt ta ställning men ansåg att beviskravets höga nivå kunde ifrågasättas vid tillämpning en förprocessuell åtgärd som informationsföreläggande.³⁶⁵ Rättighetsinnehavarna har mött både rättsliga och praktiska hinder. Det rättsliga hindret har, innan förhandsavgörandet kom i *ljudboks*-fallet, bestått i frågan om de svenska reglerna om informationsföreläggande är förenliga med datalagringsdirektivet bland annat. I de fall där informationsföreläggande har beviljats så har sökanden dessutom mött många praktiska hinder. Exempelvis så har internetleverantörerna i vissa fall raderat informationen med hänvisning till att endast brottsbekämpande myndigheter kan få tillgång till sådan information som måste lagras enligt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. För civilrättsligt ändamål kan identiteten endast lämnas ut om uppgifterna lagrats frivilligt av internetleverantören.³⁶⁶ Dessutom har användbarheten av information gällande IP-adresser för öppna nätverk visat sig bristfällig eftersom ytterligare insatser krävs för att kunna identifiera en intrångsgörare.³⁶⁷

5.5.3 Allmänheten och anonymitet på internet

Det finns givetvis ingen anledning att dra likhetstecken mellan ”allmänheten”, d.v.s. den krets som har möjlighet att ta del av ett verk och de som faktiskt tar del av verken.³⁶⁸ Oftast torde dock dessa sammanfalla ganska väl. Idag finns åtskilliga möjligheter för fildelare såväl som andra personer att skydda sin identitet på internet. En möjlighet är att använda sig av ett *kontantkort* när man är internetuppkopplad. *Anonymiseringstjänster* torde vara betydligt vanligare. Genom en sådan tjänst tilldelas användaren en IP-adress av tjänsteleverantören som generellt sett inte lagrar någon information om användarens identitet. Dessa förfaranden träffas nämligen

³⁶² Geiger m.fl., 2011, 546.

³⁶³ SOU 2012:51, s. 25 f, 28.

³⁶⁴ SOU 2012:51, s. 27 f.

³⁶⁵ SOU 2012:51, s. 35 f.

³⁶⁶ Westman, 2012, s. 48 f.

³⁶⁷ SOU 2012:51, s. 30.

³⁶⁸ Eftersom möjligheten att ta del av verket är avgörande, se *Rafael*-fallet, p. 43.

inte av internetleverantörernas datalagringskyldighet.³⁶⁹ Anonymiseringstjänsterna blev allt mer utbredda efter att reglerna om informationsföreläggande antogs 2009 och påverkar onekligen sanktionsmöjligheterna vid olovlig fildelning.³⁷⁰

5.5.4 Allmänhetens rättsmedvetande och regelefterlevnad

Hittills har uppsatsen utrett hur allmänhetsbegreppet i reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h §§ URL) förhåller sig till densamma i 2 § URL. Man kan vidare ställa sig frågan hur allmänheten som grupp förhåller sig till sanktionsmöjligheten och vilka effekter det får på det upphovsrättsliga skyddet. Faktum är att internettrafiken gick ned 40 % efter reglernas ikraftträdande för att senare samma år gå tillbaka till den ursprungliga nivån.³⁷¹ Kommissionen påtalade att allmänheten alltsomoftast inte är medveten om det ekonomiska värde som de immateriella tillgångarna innehar och konsekvenserna av piratkopiering. Europaparlamentet har påkallat att det krävs en ökad medvetenhet hos allmänheten, särskilt bland unga. Genom den förordning som antogs i april 2012 har ”Byrån för harmonisering inom den inre marknaden” tilldelats en uppgift att förmedla sådan information och stimulera den lagliga marknaden.³⁷² Allmänhetens rättsmedvetande uppmärksammades även i den svenska utredningen av reglerna om informationsföreläggande. Häri ansågs lösningen ligga i att förändra inställningen till fildelning genom utökad samhällsdebatt och fler lagliga alternativ.³⁷³

I en undersökning från slutet av 2009 genomförd av Larsson och Svensson analyserades sociala normer rörande fildelning och dess förhållande till reglerna. I sitt resultat kom de fram till att de sociala normerna inte hindrar fildelning. Det råder alltså diskrepans mellan de rättsliga reglerna och de sociala normerna. De tillfrågade i undersökningen ansåg sig helt enkelt inte moraliskt hindrade från att fildela. Inte heller ansågs mer rigorösa sanktioner förändra denna syn (se Bilaga A). Sådana omständigheter skulle istället i högre grad öka intresset för anonymiseringstjänster.³⁷⁴ En alldeles färsk undersökning från november 2012 visar dessutom ett oförändrat resultat (se Bilaga B).

³⁶⁹ Westman, 2012, s. 48, 50, 6 kapitlet 16 a § lag (2003:389) om elektronisk kommunikation.

³⁷⁰ Larsson och Svensson, 2010, s. 80.

³⁷¹ SOU 2012:51, s. 21.

³⁷² KOM(2011) 287 slutlig, s. 20, Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 386/2012 av den 19 april 2012, artikel 2.1 a, 2.2 g.

³⁷³ SOU 2012:51, s. 32, 37.

³⁷⁴ Larsson och Svensson, 2009 I, s. 59.

6 Avslutande analys

Allmänhetsbegreppet uppmärksammades i förarbetena till 1960 års URL. I relativt uppenbara termer uttalades att allt som inte framförs i ”*helt slutna kretsar*”³⁷⁵ är offentligt. Sedan dess har allmänhetsbegreppet och dess gränser befunnit sig under ständig diskussion och utveckling, delvis i takt med nya konstellationer i den digitala nätverksmiljön.³⁷⁶ Genom infosocdirektivet gjordes härmed en första anpassning till informationssamhället. De första fallen som genererades i EU-domstolen kom dock att fokusera på allmänhetsbegreppet vid TV- och radiosändning men har under senare tid till viss del även rört överföringar i nätverkssammanhang.³⁷⁷ Efter införandet av reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h §§ URL) 2009 så har allmänhetsbegreppet hamnat under lupp igen efter en relativt lång tid i ide. Nyligen klargjorde Högsta domstolen hur ”allmänheten” ska förstås i fildelningssammanhang och vad som krävs för att uppfylla beviskravet ”sannolika skäl” vid begäran om informationsföreläggande.³⁷⁸ Fråga är om den allmänhetsbedömningen skiljer sig från densamma när ett intrångsmål avgörs slutligt enligt 2 § URL. Hur som helst kan reglernas effektivitet ifrågasättas med tanke på den begränsade tillämpningen, dess bristande preventiva funktion och möjligheter att kringgå lagen.³⁷⁹

6.2 ”Allmänheten” i tidig svensk rätt

Här följer en kortare redogörelse för hur allmänhetsbegreppets bedömningskriterier utvecklats från tidiga motivuttalanden till Högsta domstolens bedömning i praxis. Det är egentligen endast en naturlig del av tolkningsprocessen att praxis får en utfyllande funktion.³⁸⁰ I motivet sades till och med att närmare gränsdragningar mellan offentligt och privat framförande inte bör preciseras i lag.³⁸¹ Den slutliga gränsdragningen överlämnades alltså till praxis.³⁸² De avvägningar som gjorts i förarbeten och praxis kommer redogöras för nedan.

6.2.1 Offentligt och privat i förarbetena

Av förarbetena kan sammanfattningsvis främst två bedömningsgrunder urskiljas. Offentligt är framföranden som inte sker inför ”*helt slutna*

³⁷⁵ 1LU 1960:41 s. 38.

³⁷⁶ Se KOM(97) 628 slutlig, s. 16.

³⁷⁷ *Rafael-fallet*, *Premiere League-fallet*, *Newsbin-fallet*, *ITV-fallet*.

³⁷⁸ SOU 2012:51, s. 7.

³⁷⁹ Se avsnitt 5.5, 6.8.6.

³⁸⁰ Lehrberg, 2010, s. 88.

³⁸¹ Motiv 1914, s. 77.

³⁸² Se Ljungmans uttalande i *Stala-fallet*.

kretsar”³⁸³ som inte är ”*individuellt bestämd*”.³⁸⁴ I 1960 års proposition uppehöll man sig betydligt längre vid kompletteringsregeln som idag finns uttryckt i 2 § 4 st URL. Detta verkar dock snarare ha utgjort en markering mot Högsta domstolens tidigare avgörande i *industrimusik*-fallet där framförande av industrimusik inte ansågs ske offentligt.³⁸⁵ Idag verkar inte regeln ha skapat några rättsliga frågor vad gäller musikframföranden på arbetsplatser. Det tror jag hänger samman med att STIM har en uttrycklig minimigräns på 40 anställda för att arbetsgivaren ska bli skyldig att erhålla licens.³⁸⁶ Regeringen nämnde bland annat det *ekonomiska syftet* och *antalet lyssnare* som beaktningsgrunder vid tillämpning av kompletteringsregeln.³⁸⁷ Intressant i sammanhanget är att senare praxis använt sig av just dessa kriterier för att bedöma allmänhetsbegreppet vid tillgängliggörande av normalfallet.³⁸⁸ Bortsett från kravet på förvärvsverksamhet så borde egentligen samma resonemang göra sig gällande för att definiera vad som är offentligt respektive privat i 2 § 3 st. Av kompletteringsregeln namn att döma så är den ett komplement till 2 § 3 st med enda syfte att låta arbetsplatser också omfattas av regeln. Ett företag kan naturligen dra ekonomisk fördel av musikframföranden på ett företag.³⁸⁹

6.2.2 Medlemskap och ändamål

Den svenska praxis som varit väsentlig för allmänhetsbegreppet har lagt olika tonvikt vid de olika kriterierna. I *Stala*-fallet hade *medlemskapet* och *ändamålet* med föreningen avgörande betydelse. Det sades att medlemskapet i sig inte gjorde en förening sluten om alla som ville kunde bli medlemmar. Det stod också klart att musikframförandet var en stor del av verksamheten. I det efterföljande *demonstrationsmusik*-fallet togs däremot ingen hänsyn till det ”huvudsakliga syftet” med verksamheten, i vart fall inte det egentliga syftet, försäljning av radio- och TV apparater.³⁹⁰ Musikuppspelningen tolkades, enligt mig riktigt, av de skiljaktiga som ett led i försäljningen när man ville demonstrera radioapparaternas kvalitet.³⁹¹ Samtidigt rådde det betydligt mer öppenhet till affären än vad det gjorde till danstillställningarna i *Stala*-fallet. Enligt min mening så fick ”ändamålet med verksamheten” en mer underliggande betydelse i *demonstrationsmusik*-fallet, kanske just av den anledningen att det var större omsättning på personer i affären än vad det var i samband med danstillställningarna som krävde medlemskap i en förening. I *demonstrationsmusik*-fallet tog Högsta domstolen ingen som helst hänsyn till att musiken spelades upp i väldigt korta stycken eller att det förmodligen bara var en person åt gången som hörde musiken.

³⁸³ 1LU 1960:41 s. 38.

³⁸⁴ Motiv 1914, s. 77.

³⁸⁵ NJA 1958 s. 80.

³⁸⁶ STIM:s hemsida: <http://www.stim.se/sv/KUNDER/Arbetsplatser/> besökt 2012-11-05.

³⁸⁷ Prop. 1960:17, s. 55.

³⁸⁸ Se exempelvis *Stala*-fallet.

³⁸⁹ Min slutsats, jfr 1LU 1960:41 s. 38.

³⁹⁰ Jfr Ljungmans uttalande i *Stala*-fallet och prop. 1960:17, s. 61.

³⁹¹ Se skiljaktig i *demonstrationsmusik*-fallet.

6.2.3 Helhetsbedömning och bestämd krets

I *Landstings-fallet* gjorde Högsta domstolen ett principiellt viktigt uttalande när denna gjorde en helhetsbedömning av de kriterier som *Stala-fallet* framhåvt med tillägget ”antalet personer” och ”ekonomiskt syfte”. Även om just dessa kriterier inte hade någon inverkan på bedömningen av frågan om patienterna kunde betraktas som en allmänhet så har ”antalet personer” fått betydelse i *Ljudboks-fallet* och *Swetorrent-fallet* (se avsnitt 6.8.2). Den huvudsakliga frågan var egentligen om patienterna kunde anses utgöra en slutna krets så som det begreppet definierades i förarbetena. Högsta domstolen menade att patientgruppen inte var individuellt bestämd utan att den slutna vården var öppen för alla som hade det behovet. Låt vara att en läkare först måste pröva om det behovet finns. Kontra *Stala-fallet* finns en skillnad. Vem som helst kan givetvis inte få tillträde till den slutna sjukvården eftersom detta beror på patientens fysiska eller psykiska tillstånd. Tillträdet till danstillställningarna kan däremot i princip vem som helst kvalificera sig för genom att aktivt bli medlem. Redan i *Landstings-fallet* kan man alltså ana att ”möjligheten” att ta del av ett verk inte behöver vara så stor för att ett verk ska anses ha gjorts tillgängligt för allmänheten.³⁹²

6.2.4 Tillgängligt på nytt genom TV och radio

I *Mornington-fallet* uppkom den särskilda situationen att ett verk framförs på nytt. Högsta domstolen gjorde väldigt knapphändiga uttalanden om bedömningen av ”allmänheten”. Man tog i huvudsak fasta på auktorättskommitténs uttalande i utredningen till 1960 års URL och vidhöll att även verk som framförs på nytt kräver tillstånd. På något sätt så undvek Högsta domstolen härigenom att närmare diskutera på vad sätt hotellgästerna ansågs utgöra allmänheten. Skiljaktig i målet invände mot att betrakta hotellgästerna som en allmänhet sett till hotellrummens privata natur. Enligt min analys, sett till hotellgästernas växlande natur, så bör det ses som överföring till allmänheten (då: offentligt framförande) oavsett vart de enskilda personerna befinner sig fysiskt. Man kan svårligen se det på något annat sätt med tanke på teknikens utveckling. Högsta domstolen, till skillnad från föredraganden, kommenterade förvånande nog inte hotellägarens ekonomiska vinning av att låta framföra musik vilket jag menar spelar en viktig roll i sammanhanget. Snarare ansågs hotellkostnaden utgöra ett hinder mot att betrakta det som offentligt framförande.³⁹³

³⁹² Jfr Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 38.

³⁹³ Se Högsta domstolens domskäl i *Mornington-fallet*.

6.3 Teknikutveckling och internetintrång

Mina slutsatser i denna del är att teknikutvecklingen i kombination med ett mycket brett internetanvändande har gett näring åt internetintrånget.³⁹⁴ Vidare så har den därtill parallella utvecklingen av lagliga nättjänster till viss del släpat efter, eller i vart fall inte hunnit ikapp.³⁹⁵ Trots att de lagliga alternativen idag är många fler så finns inget incitament till investeringar i sådana tjänster om det sker en samtida förlust på grund av olovlig fildelning.³⁹⁶ Dessa omständigheter, i kombination med allmänhetens rättsmedvetande (som jag kommer återkomma till senare), anser jag vara grunden till förekomsten av fildelning. Teknikutveckling har också gjort att allmänheten har tagit nya former. Från det att allmänheten utgjort en fysiskt närvarande publik så kan den numera finnas utspridd och sammanhållas av andra omständigheter, exempelvis genom medlemskap på en fildelningssajt.³⁹⁷ Lindbergs uttalanden, om att nätverksintrång inte torde leda till några problem, har alltså i dagens läge fått en ny dimension.³⁹⁸ Såsom förklarades i en promemoria från 2007 så ansåg man att samma regler rörande slutna krets gör sig även gällande i fildelningsnätverk.³⁹⁹ Det är förvisso sant men det har inte varit alldeles självklart hur denna bedömning ska göras.⁴⁰⁰ Mig veterligen, så har heller inget civilrättsligt fildelningsmål prövats slutligt i Sverige.⁴⁰¹ Ifråga om intrång i nätverkssammanhang så finns två principiellt viktiga svenska rättsfall rörande länkning.⁴⁰² Dessa rör dock snarare frågan på vilka grunder man kan anses vara intrångsgörare än hur allmänhetsbegreppet ska uppfattas i en digital miljö.⁴⁰³

6.4 Särskilt om straffrättsliga intrång

Högsta domstolen framställde i *BBS-fallet* det aktiva handlandet som ett krav för straffrättsligt ansvar enligt 2 § URL. Det kravet stod uppenbarligen inte i samklang med tidigare svensk praxis.⁴⁰⁴ Till saken hör dock att tidigare ledande praxis, förutom *Stala-fallet*, har varit civilrättslig. Rosén menade att aktivitetskravet inte skulle beblandas med den subjektiva sidan för straffrättsligt ansvar, som är grov oaktsamhet eller uppsåt enligt 53 §

³⁹⁴ Jfr rapporten ”Svenskarna och Internet 2011” av organisationen .se, Olle Findahl. Hämtad från .se:s hemsida: <http://www.internetstatistik.se/rapporter/svenskarna-och-internet-2011/>, s. 8, 24, besökt 2012-11-08.

³⁹⁵ SOU 2012:51, s. 33, KOM(2010) 779 slutlig, s. 5.

³⁹⁶ SOU 2012:51, s. 31, 36.

³⁹⁷ Min slutsats.

³⁹⁸ Jfr Lindberg och Westman, 2001, s. 259.

³⁹⁹ Ds 2007:29, s. 337, *Stala-fallet*.

⁴⁰⁰ Se avsnitt 6.8.2.

⁴⁰¹ Westman, 2012, s. 49.

⁴⁰² Se avsnitt 3.4.2, NJA 2000 s. 292, Stockholms tingsrätts dom 2010-06-11 i mål T 7263-07.

⁴⁰³ Min slutsats, se dock avsnitt 6.6.1.

⁴⁰⁴ *Mornington-fallet*, *demonstrationsmusik-fallet*, *Landstings-fallet*.

URL.⁴⁰⁵ Jag är av den uppfattningen att någon slags aktivitet måste föreligga enligt 2 § men att den egentliga frågan är vilken nivå av aktivitet som krävs. I civilrättsliga mål är snarare möjligheten att ta del av ett verk avgörande vilket på något sätt förutsätter viss aktivitet från intrångsgörarens sida.⁴⁰⁶ Som jag ser det så gav Högsta domstolen helt enkelt missvisande domskäl då man med aktivitetskravet egentligen avsåg den subjektiva ansvarssidan i förening med legalitetsprincipen. Klart är att det förelåg någon form av aktivitet hos den tilltalade. Vidare, eftersom intrångshandlingen objektivt sett ska bedömas på samma sätt oavsett om målet är straffrättsligt eller civilrättsligt så torde aktiviteten inte ha någon, eller i vart fall liten, betydelse.⁴⁰⁷ Numera finns visserligen bestämmelser i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation som reglerar ansvaret för en tillhandahållare av elektronisk anslagstavla. Jag tycker ändå att rättsfallet lyft fram frågan hur ett straffrättsligt mål förhåller sig till ett civilrättsligt vid bedömningen om ett verk överförs till allmänheten enligt 2 § URL.

Vad särskilt angår påföljdsfrågan i de straffrättsliga fildelningsmålen så påminner dessa överväganden starkt om motsvarande avvägningar gällande civilrättsliga kriterier kring allmänhetsbegreppet. Det gäller bland annat *spridningsrisken*, *antalet verk* och *vinstsyftet*.⁴⁰⁸ Spridningsrisken, eller de ”kumulativa effekterna” återfinns bland annat i *Rafael-fallet*.⁴⁰⁹ Av tidig svensk praxis att döma så har omfattningen eller antalet verk som gjorts tillgängliga, varit oväsentlig i bedömningen av allmänheten.⁴¹⁰ Domstolarna i *ljudboks-fallet* och *Swetorrent-fallet* beaktade dock ”antalet verk” i allmänhetsbedömningen vilket inte bör tillmätas någon betydelse för civilrättsligt vidkommande enligt mig.⁴¹¹ En annan sak är att ett litet antal verk påverkar påföljden i ett straffrättsligt intrångsmål.⁴¹² Det behöver för övrigt knappt sägas att vinstsyftet är ett vedertaget kriterium i EU-rättslig såväl som svensk praxis. Vad dessutom gäller det EU-rättsliga kriteriet för *avsiktligt handlande* (som jag återkommer till senare) så för detta i vart fall mina tankar till den subjektiva ansvarssidan för straffrättsligt uppsåt.

6.5 Infosocdirektivet

Införandet av infosocdirektivet syftade till att anpassa upphovsrätten till informationssamhället. Detta skulle delvis uppnås genom att ytterligare harmonisera rättighetsinnehavarens överföringsrätt i artikel 3.1. Särskilt ville man ge skydd åt verk som spreds online genom ”on demand”.⁴¹³

⁴⁰⁵ Rosén, 1996, s. 423.

⁴⁰⁶ Se HD:s domskäl i *Mornington-fallet*.

⁴⁰⁷ Jfr Rosén, 1996, s. 423.

⁴⁰⁸ Se exempelvis Svea hovrätts dom 2011-07-14 i målet B 2330-11, s. 2 f.

⁴⁰⁹ *Rafael-fallet*, p. 39, *tandläkar-fallet*, p. 87, jfr Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09.

⁴¹⁰ Se exempelvis HD:s domskäl i *demonstrationsmusik-fallet*.

⁴¹¹ Jfr prop. 2008/09:67, s. 161 f. se avsnitt 6.8.2.1.

⁴¹² Se exempelvis Svea hovrätts dom 2011-07-14 i målet B 2330-11, s. 2 f.

⁴¹³ KOM (97) 628 slutlig, s. 16 f.

I kommissionens förslag i infosocdirektivet så tycker jag mig kunna ana en motsägelse vad gäller tolkningen av allmänhetsbegreppet. Man framhäver först medlemsstaternas olikartade tolkning av ”allmänheten” och risken för rättslig osäkerhet som detta kan medföra.⁴¹⁴ Sedan konstaterar man ändå att allmänhetsbegreppet ska bestämmas nationellt.⁴¹⁵ Det sistnämnda ställningstagandet får sägas stå i överensstämmelse med regeringens påstådda konsensus om att det ankom på nationell rätt att tolka ”allmänheten”.⁴¹⁶ Det påståendet anser jag dock inte ha någon rättslig dignitet eftersom det inte finns uttryckt i direktivet.⁴¹⁷ Det har än mindre rättslig relevans idag med tanke på EU-domstolens uttalande i *Rafael*-fallet och efterföljande mål rörande det enhetliga allmänhetsbegreppet.⁴¹⁸

6.5.1 Utvidgning av artikel 3.1

Vidare gällande räckvidden av artikel 3.1 och EU-domstolens utsträckta tolkning i *Premiere League*-fallet så finns det, enligt min uppfattning, faktorer som talar för respektive mot en sådan tolkning. För det första så står det klart att överföringsrätten ska ges en vid tolkning enligt skäl 23 i infosocdirektivet. För det andra, enligt samma skäl, så tar artikel 3.1 endast fasta på situationer när allmänheten tar del av verket på en annan plats än där överföringen har sitt ursprung. Så långt anser jag att situationen i *Premiere League*-fallet är förenlig med infosocdirektivet. En annan sak är hur man ska dela upp själva tillgängliggörandet. Svensk rätts förhållningssätt har redan påpekats i den här uppsatsen. Genom att visa ett program på TV i en restaurang exempelvis så sker dels en överföring till allmänheten, dels ett offentligt framförande när TV-programmet når restauranggästerna genom ljud och bild.⁴¹⁹ Ett sådant stegvist förfarande av tillgängliggörande har inte kommit till uttryck i infosocdirektivet. Jag reagerar ändå på kommissionens uttalande i förslaget om att för varje gång ett verk överförs till allmänheten, inbegripet visning genom skärm, så krävs upphovsmannens tillåtelse för varje sådan överföring.⁴²⁰ Sannolikt så avses en rad överföringar och inget faktiskt direkt framförande.

I ett senare meddelande från kommissionen ansågs det överflödigt att i direktivtexten exkludera direkta framföranden. Att artikel 3.1 inte omfattar direkta eller offentliga framföranden har dessutom bekräftats i EU-domstolens dom i *Globus Circus*-fallet.⁴²¹ I *Premiere League*-fallet anslöt sig EU-domstolen till artikel 11 *bis*. 1 led iii Bernkonventionen som stöd för att även denna situation där verket förevisas genom ljud och bild skulle

⁴¹⁴ KOM (97) 628 slutlig, s. 16 f, infosocdirektivet, skäl 23.

⁴¹⁵ KOM (97) 628 slutlig, s. 25.

⁴¹⁶ Jfr prop. 2004/05:110, s. 73.

⁴¹⁷ *Denkavit*-fallet, p. 29, *Björnekulla*-fallet, p. 13.

⁴¹⁸ *Rafael*-fallet, p. 31, se avsnitt 4.2.2 - 4.4.4.

⁴¹⁹ Levin, 2011, s. 154 f, se avsnitt 3.1.

⁴²⁰ KOM (97) 628 slutlig, s. 25.

⁴²¹ SEK/2000/1734 slutlig, 3.2.3, *Globus Circus*-fallet, p. 36-37.

omfattas av artikel 3.1. Det finns dock ingen specifik hänvisning till just denna artikel i kommissionens förslag, istället hänvisar man till bland annat till artikel 8 WCT som i stort är identisk med artikel 3.1 i infocodirektivet.⁴²² Frånsett generaladvokaten Kokotts motsatta ståndpunkt så tror jag att den egentliga frågan bottnar i det faktum att man lagt olika innebörd i begreppet ”överföring till allmänheten”. Eftersom det inte finns någon gemenskapsrättslig regel rörande offentliga framföranden specifikt, som det gör i svensk rätt, så ges domstolen en möjlighet att diskretionärt bedöma vad som istället ska falla in under ”överföring till allmänheten”. På så sätt upprätthålls en vid tolkning av artikel 3.1 i infocodirektivet utan att något regelbrott begås.⁴²³

6.6 *Rafael*-fallet och efterföljande relevant praxis

6.6.1 Avsiktligt handlande och ny publik

Oavsett direktivets ursprungliga syfte så har åtminstone EU-domstolen bekräftat att ”överföring till allmänheten” ska tolkas på ett enhetligt sätt i alla medlemsstater.⁴²⁴ Det *avsiktliga handlandet* genom tillgängliggörande för en *ny publik* blev, efter *Rafael*, ett ideligen återkommande kriterium i EU-domstolens praxis rörande allmänhetsbegreppet i artikel 3.1 i infocodirektivet.⁴²⁵ Kriteriet synes syfta till att påvisa ett slags uppsåt hos intrångsgöraren, genom att denne ska vara medveten om följderna av sitt handlande. Detta kan liknas vid Högsta domstolens krav på aktivitet i *BBS*-fallet eller intrångsgörarens avsiktliga direkta länkning till olovligt upplagt upphovsrättsligt material.⁴²⁶

Anledningen till att EU-domstolen efterfrågar en avsikt tror jag kan vara sammankopplad med den särskilda situation som uppstår när en mellanhand ingriper i överföringen. Det förhåller sig annorlunda med fildelning. Avsikten är relativt uppenbar hos en person som laddar upp verk på en fildelningssajt, att denna vill göra filerna tillgängliga för allmänheten. En intrångsgörare, till exempel hotellägaren i *Rafael*-fallet, har dock sällan i åtanke att verk via TV-sändningen genom dennes försorg görs tillgängliga för en ny publik. Klart är att utan dennes *ingripande* så hade hotellgästerna inte kunnat ta del av verket på hotellet.⁴²⁷ En annan sak är att vissa hotellgäster likväl hade kunnat ta lovlig del av verken hemma.⁴²⁸ Genom *ITV*-fallet har EU-domstolen ställts inför en ny situation. Här kunde

⁴²² KOM (97) 628 slutlig, s. 16 ff, 25 f, jfr Kokott, p. 127-128, 130-131.

⁴²³ Jfr SEK/2000/1734 slutlig, 3.2.3., *Premiere League*-fallet, p. 186.

⁴²⁴ Se *Rafael*-fallet, p. 31.

⁴²⁵ Se *Rafael*-fallet, p. 41, 42, *Premiere League*-fallet, p. 195-197, *Newsbin*-fallet, p. 122-125.

⁴²⁶ Se avsnitt 3.4.3.1, 3.4.2, NJA 2000 s. 292.

⁴²⁷ Jfr *Premiere League*-fallet, p. 195, *Airfield*-fallet, p. 78-79.

⁴²⁸ Jfr Bateman, 2007, s. 25.

allmänheten ta del av en TV-sändning via en streamingtjänst på internet parallellt med vanlig TV-sändning. På så sätt finns ingen ”ny publik” att tala om.⁴²⁹ I det fallet anser jag gränsen är nådd för hur pass vid tolkning man kan göra av allmänhetsbegreppet. Om det dessutom är så att det avsiktliga handlandet är ett avgörande kriterium så kan streamingoperatören omöjligt anses ha överfört verken till allmänheten eller sådan ”ny publik” eftersom publiken är densamma för TV-sändningen respektive streamingtjänsten.⁴³⁰

6.6.2 Tandläkar-fallet och allmänhetsbegreppet

De omständigheter som *Rafael*-fallet beaktat uppmärksammades på nytt i *tandläkar*-fallet. Förutom att kategorisera dessa omständigheter så utmynnade analysen i delvis nya beaktansvärda omständigheter. För mig är det något oklart om EU-domstolen menar att dessa nya omständigheter har en allmängiltig tillämplighet på allmänhetsbegreppet oavsett vilket regelverk man utgår ifrån. Domstolen gav nämligen ett något inkonsekvent resonemang när denne först konstaterade att allmänhetsbegreppet i artikel 8.2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet skulle ges en individuell tolkning.⁴³¹ Domstolen tog sedan en vändning och gjorde en systematisk kategorisering av allmänhetsbegreppets kriterier från tidigare praxis mot bakgrund av infocodirektivet. Därefter fastställdes att det var i ljuset av dessa kriterier som fallet skulle avgöras, låt vara med särskild tonvikt vid frågan om användningen av fonogrammen verkligen hade ett vinstsyfte.⁴³²

6.6.2.1 Ganska stort och obestämt antal personer

Redan i *Rafael*-fallet beaktade man det faktum att allmänheten bör bestå i ”ett ganska stort antal personer”.⁴³³ Lydelsen är i sig väldigt oklar men EU-domstolen gav den mer substans i *tandläkar*-fallet. Av de kumulativa effekterna i *Rafael*-fallet följde att många hotellgäster kunde ta del av verken i succession. EU-domstolen tillade i *tandläkar*-fallet att man måste beakta antalet personer som har tillgång till verket *samtidigt* men också hur många som har tillgång till verket i *följd*.⁴³⁴ När kriteriet väl applicerades i tandläkarfallet så togs dessutom hänsyn till det faktum att patienterna förmodligen hörde *olika slags musikverk*. Trots viss tvetydighet så utgår jag ifrån att musiken i *tandläkar*-fallet inte spelades i väntrummet.⁴³⁵ I sådant fall är det givetvis endast en person åt gången som kan ta del av verket på tandläkarmottagningen. För att dra en parallell till *Rafael*-fallet så är sannolikheten för att fler än en hotellgäst ska ha tagit del av samma verk givetvis större. Det faktumet att allmänheten generellt tar del av olika verk påpekade även Bateman i sin kritik (som nämnts ovan) mot utgången i

⁴²⁹ Se avsnitt 4.2.6.

⁴³⁰ Jfr *tandläkar*-fallet, p. 82.

⁴³¹ *Tandläkar*-fallet, p. 76.

⁴³² *Tandläkar*-fallet, p. 75-92.

⁴³³ *Rafael*-fallet, p. 38.

⁴³⁴ *Tandläkar*-fallet, p. 87.

⁴³⁵ Jfr *tandläkar*-fallet, p. 96 och p. 98.

Rafael-fallet. För mig är det svårgripbart på vad sätt det har för betydelse att allmänheten inte tar del av samma verk vid samma tidpunkt. Skadan torde inte bli mindre för upphovsmannen oavsett, särskilt inte om fler personer i följd kan ta del av verket och om man kan tillskriva intrångsgöraren ett vinstsyfte.

När EU-domstolen vidare reflekterade över det obestämda antalet personer så togs utgångspunkt i WIPO:s definition av allmänhetens ”obestämda” natur. Överföringen ska då kunna uppfattas av allmänheten generellt och inte vara riktad mot en specifik krets av privatpersoner. Domstolen påtalade i och för sig att definitionen inte är bindande.⁴³⁶ I mina ögon så verkar denna tolkning ändå ha haft stor inverkan på domslutet. De svenska förarbetsuttalandena om slutna krets påminner om denna definition eftersom man även här syftar till att separera en beständig privat grupp personer från allmänheten.⁴³⁷ Även om tandläkarmottagningen är privat så uppfattar inte jag det som att allmänheten hindras tillträde genom några särskilda villkor. I det avseendet skiljer sig denna dom från den svenska praxisen utifrån 2 § URL. I svensk rätt hade mottagningen troligtvis inte bedömts som slutna, även om det uppställdes villkor för behandling. Så länge det finns en möjlighet att uppfylla dessa.⁴³⁸ Även om jag som sagt ställer mig tveksam till hur dessa nya beaktningsgrunder har tillämpats i det här fallet så är det uppenbart att bedömningen av ”ett ganska stort antal personer” fått stor betydelse vid tillämpning av reglerna om informationsföreläggande i URL i *ljudboks*-fallet.⁴³⁹

6.6.2.2 Mottaglighet

Utöver de vedertagna kriterierna i praxis så tillades att förutom att allmänheten ska ha varit det avsiktliga målet för intrångsgöraren så måste också allmänheten vara ”mottaglig” av överföringen utan att ha fångats av slumpen.⁴⁴⁰ Jag utgår ifrån att detta är en annan form av mottaglighet än den som beaktas utifrån det obestämda antalet personer (se 6.6.2.1).⁴⁴¹ Sådan hänsyn till allmänhetens ”mottaglighet” eller allmänhetens syfte har ingen motsvarighet i tidigare praxis.⁴⁴² I *tandläkar*-fallet sades att verken gjordes tillgängliga på ett sätt som låg bortom patienternas kontroll. Hotellgästernas bristande kontroll över TV-sändningen i *Rafael*-fallet hade på motsatt vis ingen betydelse eftersom möjligheten att ta del av verket är tillräckligt för uppfyllande av artikel 3.1.⁴⁴³ EU-domstolen påpekade att musiken inte på något sätt ingick i patienternas syfte att få behandling. Jag anser att våra gränsdragningsproblem skulle uppstå om man generellt beaktade allmänhetens subjektiva syften. Särskilt skulle detta bli problematiskt om allmänheten har flera syften. För att dra en parallell till *Rafael*-fallet kan

⁴³⁶ *Tandläkar*-fallet, p. 85, WIPO:s ordlista, 1979, s. 56.

⁴³⁷ 1LU 1960:41, s. 38.

⁴³⁸ Jfr *tandläkar*-fallet, p. 95, *Stala*-fallet, *Landstings*-fallet.

⁴³⁹ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål 4817-09, p. 37-38.

⁴⁴⁰ *Tandläkar*-fallet, p. 85, 91-92. Jfr WIPO:s definition av ”överföring till allmänheten”.

⁴⁴¹ *Tandläkar*-fallet, jfr p. 85, 95 med p. 91, 98.

⁴⁴² Se avsnitt 4.4.4.

⁴⁴³ *Rafael*-fallet, p. 43.

nämnas att möjligheten till TV-tittande säkerligen inte utgjorde ett ensamt syfte för hotellvistelsen, men likväl en del av syftet med den. Det skulle mycket väl finnas utrymme att argumentera för att musiken på mottagningen hade en lugnande effekt på patienterna och att den utgjorde en del av behandlingsvistelsen. Jag förutsätter ändå att det här kriteriet utmärker just den individuella bedömningen av uthyrnings- och utlåningsdirektivet som EU-domstolen insisterade om.⁴⁴⁴ Om man i svensk rätt skulle se till allmänhetens mottaglighet eller syfte så gick medlemmarna i *Stala*-fallet givetvis till tillställningarna för att dansa till *musik* men det är desto mer tveksamt om man går till en elektronikaffär i syfte att lyssna på musik eller att man tar in på sjukhus för att få lyssna på kuddradio.⁴⁴⁵

6.6.2.3 Slutsatser

Genom ett bristande kriterium för mottaglighet och det faktum att det rörde sig om ett litet och obestämt antal personer så drog EU-domstolen i *tandläkar*-fallet slutsatsen att det inte fanns något vinstsyfte. Det visar på att kriterierna är avhängiga varandra.⁴⁴⁶ Denna avhängighet är logisk i och för sig. Om patienterna är på mottagningen med enda syfte att få behandling och dessutom varken utgör ett stort antal personer eller är mottagliga (enligt domstolens uppfattning) så kommer inte tandläkaren att göra någon ekonomisk vinning med anledning av musiken som spelas upp. Samtidigt anser jag att ”möjligheten” för patienterna att ta del av verken är ostridig. Förutom att allmänhetsbegreppets kriterier samspelar så framhölls att de har olika styrka.⁴⁴⁷ Vinstsyftet gör sig alltså särskilt gällande vid tillämpningen av uthyrnings- och utlåningsdirektivet. Min tolkning är att den skiftande styrkan ger domstolen tillfälle att bedöma fallen var för sig utan att bli bunden av ett strikt antal kriterier. Framtiden får utvisa hur EU-domstolen ställer sig till dessa kriteriers tillämplighet utifrån andra omständigheter och utifrån andra direktiv.⁴⁴⁸ Till skillnad från mottagligheten så drar jag slutsatsen att de utvecklade kriterierna i *tandläkar*-fallet, rörande ett obestämt och ganska stort antal personer, kan användas för att tolka allmänhetsbegreppet generellt. Det bekräftas också av Högsta domstolens beslut i *ljudboks*-fallet som följde EU-domstolens resonemang kring ”ett ganska stort antal personer” vid tillämpning av reglerna om informationsföreläggande.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ *Tandläkar*-fallet, p. 76.

⁴⁴⁵ Jfr *demonstrationsmusik*-fallet, *Landstings*-fallet.

⁴⁴⁶ *Tandläkar*-fallet, p. 79, 96-99.

⁴⁴⁷ *Tandläkar*-fallet, p. 79.

⁴⁴⁸ Jfr *Phonographic Performance*-fallet.

⁴⁴⁹ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 37, *tandläkar*-fallet, p. 86-87.

6.7 Avslutande kommentarer rörande allmänhetsbegreppet i praxis gällande TV- och radiosändning

Som utgångspunkt tar sig tolkningsunderlaget för bedömning av allmänhetsbegreppet i svensk rätt vara betydligt tunnare än det vi bevittnat i EU-rättslig praxis. Även om utgången i *Mornington*-fallet står i överensstämmelse med liknande EU-rättslig praxis så har EU-domstolen, enligt mina observationer gett annorlunda och mer utförliga tolkningsunderlag. Klart är att allmänhetsbegreppets kriterier samspelar och kan skifta i styrka beroende på vilket direktiv man tolkar allmänhetsbegreppet. I både svensk och EU-rättslig praxis har "möjligheten" att ta del av verket bedömts vara avgörande, om än i olika utsträckning.⁴⁵⁰ Till syvende och sist så anser jag ändå att vinstsyftet utgör en gemensam nämnare för svensk såväl som EU-rättslig praxis gällande tolkningen av "allmänheten" vid TV- och radiosändning. Ett talande belägg för detta finns i de svenska förarbetena och lyder; "*upphovsmannen bör äga ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som har praktisk betydelse.*"⁴⁵¹ Fråga är alltså om det föreligger ekonomisk vinning för intrångsgöraren som rättighetsinnehavaren i annat fall hade åtnjutit. Visserligen har EU-domstolen i *Rafael*-fallet lite försynt uttryckt att vinstsyftet inte är ett nödvändigt kriterium, något som för övrigt stämmer väl med omständigheterna vid fildelning.⁴⁵²

EU-domstolen har gått från att beakta intrångsgörarens avsikt i infosocdirektivet till att beakta allmänhetens subjektiva syften vid tillämpning av uthyrnings- och utlåningsdirektivet. Utifrån den prejudicerande praxis som finns idag gällande TV- och radiosändning så drar jag slutsatsen att man inte bara bör fråga sig om det föreligger intrång objektivt sett utan också om man kan tillskriva intrångsgöraren ett avsiktligt och medvetet handlande som har ekonomisk betydelse för rättighetsinnehavaren.

6.8 "Allmänheten" i reglerna om informationsföreläggande i URL

I det upphovsrättsliga sanktionssystemet så har reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h §§ URL) onekligen skapat en debatt, både på svenskt och EU-rättsligt plan. Främst har frågor uppstått om artikel 8 i sanktionsdirektivet och den där föreskrivna möjligheten att rikta ett informationsföreläggande mot internetleverantörer står i överensstämmelse

⁴⁵⁰ Se dock *tandläkar*-fallet, avsnitt 4.4.4.

⁴⁵¹ Prop. 1960:17, s. 60.

⁴⁵² *Rafael*-fallet, p. 44, se avsnitt 6.8.2.3.

med andra direktiv.⁴⁵³ Vad som då hamnat i skymundan i den politiskt kontroversiella debatten är hur pass mycket bevisning som krävs för beviljande av informationsföreläggande. Artikel 8 i sanktionsdirektivet ger ingen ledning annat än att en ansökan ska vara ”berättigad och proportionell” och ske ”i samband med rättegång”. Enligt mina observationer så har EU-domstolen inte gett någon vägledning i det avseendet. Efter långtgående diskussioner i förarbetena kom man för svensk del fram till beviskravet ”*sannolika skäl*” i 53 c § URL. Att det i svensk rätt råder fri bevisprövning är i sig inte märkvärdigt. Men eftersom det funnits begränsad vägledning i praxis och doktrin så har vi, åtminstone fram tills Högsta domstolens avgörande i *ljuboks-fallet*, bevittnat ett osäkert rättsläge.⁴⁵⁴ För att återgå till syftet med undersökningen i denna del så har jag velat kontrastera tolkningen av ”allmänheten” i 53 c-53 h §§ URL mot densamma som gjorts i relation till 2 § URL. Vidare, för att sätta sanktionsverket i perspektiv så har jag undersökt tillämpningen av direktivet respektive reglerna om informationsföreläggande i URL, däribland reglernas effektivitet utifrån ”allmänhetens” synsätt.

6.8.1 Bakgrunden till informationsföreläggande

Artikel 8 i sanktionsdirektivet ger som sagt ingen vidare anvisning om förutsättningarna för ett informationsföreläggande. Kommissionens ursprungliga stringenta förslag om att ett informationsföreläggande är berättigat ”utom om det finns synnerliga skäl däremot”⁴⁵⁵ tolkar jag som att man inte avsåg ställa alltför höga beviskrav. Beviskravet och proportionalitetskravet i svensk rätt får sägas motsvara det komprimerade uttrycket ”berättigad och proportionell”. Parlamentet uttalade att det ankom på de nationella myndigheterna att göra en rimlighetsprövning, särskilt av bevisvärdet i en potentiell framtida intrångstalan.⁴⁵⁶ Av direktivets uttryck ”i samband med en rättegång” drar jag vidare slutsatsen att svensk rätt gjort en riktig bedömning när man låtit informationsföreläggande vara oavhängigt ett eventuellt rättegångsförfarande. Det förutsätter givetvis att man gör en riktig proportionalitetsbedömning i andra ledet.

Regeringens motiv till att ”sannolika skäl” rent rättssystematiskt var att föredra och att informationsföreläggandet skulle utgöra ett förprocessuellt verktyg, anser jag berättiga det uppställda beviskravet. En annan sak är om beviskravets nivå är rimlig och om bevisinsamlingen vid informationsföreläggande verkligen fyller sin funktion i en framtida rättegång.⁴⁵⁷ Genom *ljuboks-fallet* har Högsta domstolen gett viss fingervisning för vilken typ av bevisning som krävs för att det ska anses föreligga sannolika skäl för intrång i nätverkssammanhang. Regeringen förordade att avgörande är om det objektivt sett föreligger intrång.

⁴⁵³ Se exempelvis *Telefónica-fallet*.

⁴⁵⁴ SOU 2012:51, s. 7.

⁴⁵⁵ KOM(2003) 46 slutlig, s. 35.

⁴⁵⁶ KOM(2003) 46 A5-0468/2003 slutlig, s. 21.

⁴⁵⁷ Jfr SOU 2012:51, s. 28 f.

Subjektiva ställningstaganden saknar härvid betydelse.⁴⁵⁸ Det framstår dock inte som att man gjort helt objektiva ställningstaganden i de aktuella rättsfallen rörande informationsföreläggande enligt min mening.⁴⁵⁹

6.8.1.1 Prövningen och proportionalitetskravet

Regeringen gav som sagt ingen antydning i förarbetena om vilken typ av bevisning eller utredning som egentligen efterfrågas vid informationsföreläggande.⁴⁶⁰ Den fria bevisprövningen är allmänt vedertagen och framgår av 35 kapitlet 1 § RB. Härvid fick vi ett klagande från Högsta domstolen i *ljuboks*-fallet om hur bevisningen, åtminstone i det fallet, skulle balanseras.⁴⁶¹ Remissinstansernas invändning om att specialistkompetens krävs hos domstolarna bör inte förringas enligt min mening. Oavsett prövningens omfattning så kvarstår den, ibland, tekniska komplexiteten vid prövning av intrång på internet.⁴⁶² Av rättsekonomiska skäl anser jag inte att den kompetensen bör ha förflyttats till den slutliga sakprövningen. Det styrks dessutom av mina samtal med praktiker som uttalat att underrätterna ibland saknar de immaterialrättsliga kunskaperna som krävs för att under alla omständigheter komma till ett regelrätt avgörande.⁴⁶³

Trots att det föreligger sannolika skäl för intrång så kan proportionalitetsbedömningen leda till att beslutet om informationsföreläggande inte beviljas. Av paragraferna i URL och den systematiska indelningen av domstolarnas domskäl framstår prövningen ta sig uttryck i en tvåstegsmetod där man först undersöker om det föreligger sannolika skäl och därefter om ett beviljande uppfyller proportionalitetskravet. Trots detta så har man enligt min mening blandat ihop dessa steg i praxis (se avsnitt 6.8.2.1). I praktiken har proportionalitetskravet kommenterats väldigt knapphändigt, förmodligen på grund av att de fall som prövats rört relativt omfattande intrång.⁴⁶⁴

6.8.1.2 "Sannolika skäl" och säkerhetsåtgärder

Både Westberg och Ekelöf har behandlat beviskravet "sannolika skäl" i anslutning till civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Frågan är återigen vad denna doktrin har för betydelse för just informationsförelägganden. Klart är att regeringen i propositionen, utredaren och Högsta domstolen talar om informationsföreläggande som en säkerhetsåtgärd.⁴⁶⁵ Genom ett ensamt informationsföreläggande så har man dock enligt min mening inte

⁴⁵⁸ Prop. 2008/09:67, s. 150, Olsson, 2009 II, s. 458.

⁴⁵⁹ Se avsnitt 6.8.2.1.

⁴⁶⁰ Jfr prop. 2008/09:67, s. 151.

⁴⁶¹ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 43.

⁴⁶² Jfr prop. 2008/09:67, s. 154.

⁴⁶³ Samtal med bland annat immaterialrättsadvokaten Fredrik Engfeldt från 2012-10-25, JiA mässan, Lund.

⁴⁶⁴ Jfr SOU 2012:51, s. 28.

⁴⁶⁵ Prop. 2008/09:67, s. 150, SOU 2012:51, s. 26, Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 40.

”säkerställt” något utan snarare gjort nödvändiga efterforskningar för eventuella framtida säkerhetsåtgärder. En annan sak är att man enligt 26 § lagen (1996:242) om domstolsärenden och 15 kapitlet 3 § rättegångsbalken (1942:740) kan besluta om säkerhetsåtgärder i fall rörande informationsföreläggande, varvid internetleverantören vid vite förbjuds förstöra den efterfrågade informationen.⁴⁶⁶ Rimligtvis, som Högsta domstolen poängterade i *ljudboks*-fallet, råder ett samband mellan det lägre beviskravet och det faktum att sökanden inte har möjlighet att presentera en fullgod utredning.⁴⁶⁷ Sett till den förordade prognosprövningen så kan man dock fråga sig om övervägande omständigheter verkligen talar för att ljudboksförlagen kan vinna en intrångstalan i slutändan trots avsaknaden av utredning som efterfrågades av hovrätten i *ljudboks*-fallet.⁴⁶⁸ Hur som helst så reagerar jag på ett uttalande från Westberg om att domstolen bör göra åtskillnad mellan bevisvärdering och bristande utredning. Exempelvis så bör inte domstolen sänka bevisvärdet därför att denne misstänker eller vet att det finns ytterligare bevismedel som är betydelsefull för målet.⁴⁶⁹ Kanske är det just vad hovrätten i *ljudboks*-fallet gjorde när denna efterfrågade utredning om hur allmänheten kunde få tillgång till inloggningsuppgifterna. Frånvaron av sådan utredning föranledde möjligen domstolen att sänka bevisvärdet på den bevisning som fanns. Högsta domstolen ansåg istället att avsaknaden av denna typ av bevisning kunde vägas upp av andra bevis.⁴⁷⁰ Vidare, om utredning kring tillgång till inloggningsuppgifter hade varit avgörande så kan det tyckas att hovrätten genom den materiella processledningen borde ha påkallat en sådan uppenbar brist i ansökan.⁴⁷¹ Viktigt att poängtera är att jag gör dessa ställningstaganden med försiktighet eftersom det inte finns aktuell doktrin som behandlar beviskravet särskilt i förhållande till reglerna om informationsföreläggande i URL.

6.8.1.3 ”Sannolika skäl” och styrkt

Det har redan konstaterats att ”sannolika skäl” är det högsta beviskravet för säkerhetsåtgärder som kan vidtas innan den slutliga prövningen i sak. För att ett fildelningsmål ska anses styrkt så krävs bevisning i tre faser och den är minst sagt omfattande.⁴⁷² Satt i relation, synes mål rörande informationsförelägganden endast ta fasta på de två första faserna, intrånget måste knytas till en viss IP-adress och en internetabonnet. Den slutliga kopplingen mellan intrånget och internetabonneten verkar onekligen ställa till problem i bevisföringen för ett styrkt fildelningsmål. Sett ur det perspektivet så kan jag tycka att beviskravet för ”sannolika skäl” bör ställas relativt högt, samtidigt som det förprocessuella syftet inte får bli helt verkningslöst.⁴⁷³

⁴⁶⁶ SOU 2012:51, s. 15, jfr 53 b § 2 st URL om vitesförbud vilken i stort motsvarar 15 kapitlet 3 § RB och är en säkerhetsåtgärd, Olsson, 2009 II, s. 449, Ekelöf m.fl., 2006, s. 14.

⁴⁶⁷ Westberg, 2004, s. 91, jfr Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 42.

⁴⁶⁸ Jfr Ekelöf m.fl., 2006, s. 13, Westberg, 2004, s. 100.

⁴⁶⁹ Jfr Westberg, 2004, s. 91.

⁴⁷⁰ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 43.

⁴⁷¹ Jfr Westberg, 2004, s. 92.

⁴⁷² Westman, 2012, s. 43 f, se avsnitt 5.3.

⁴⁷³ Jfr prop. 2008/09:67, s. 150.

6.8.2 Praxis

För uppsatsens del är den praxis som följt efter antagandet av reglerna om informationsföreläggande av särskilt intresse för besvarandet av min andra frågeställning; föreligger diskrepans i bedömningen av ”allmänheten” när ett intrångsmål avgörs slutligt jämfört med vid meddelande av informationsföreläggande? En avgörande fråga i praxis rörande informationsföreläggande har nämligen varit huruvida verken gjorts tillgängliga för allmänheten eller inte i nätverkssammanhang. I skrivande stund har det endast gått mindre än två veckor sedan Högsta domstolen meddelade sitt beslut i *ljuboks-fallet*.⁴⁷⁴ Det finns dock ingen anvisning från EU-domstolen om bedömningen av ”allmänheten” i just fildelningsnätverk eller hur beviskravets nivå gällande informationsföreläggande i sanktionsdirektivet ska förstås. Högsta domstolen ställde inte denna fråga till EU-domstolen, sannolikt därför att bevisfrågan ansågs höra hemma under den fria bevisprövningen.⁴⁷⁵ Trots en begränsad tillämpning av informationsföreläggande så går det ur domstolarnas beslut att urskilja tänkvärda prövningar av allmänhetsbegreppet mot bakgrund av 53 c och 2 §§ URL som inte direkt korrelerar med motsvarande bedömning när ett intrångsmål avgörs slutligt. Nedan följer en analys utifrån de kriterier man tagit fasta på i *ljuboks-fallet* och *Swetorrent-fallet*. Generellt kan sägas att verkens karaktär, Swetorrent-sidans respektive FTP-serverns utseende samt antalet verk har varit avgörande för bedömningen av begreppet ”allmänheten”.

6.8.2.1 Karaktär och antal

Genom att beakta objektens karaktär och antal så har man enligt min mening frångått den objektivitet som regeringen förespråkade i förarbetena.⁴⁷⁶ Ljuböckerna ansågs ha karaktären av ”bästsäljare” och filmerna sades ha ett ”varierande innehåll” och tilltala många. Därmed tillskrev man allmänheten en förutfattad subjektiv åsikt för att påvisa att den påstådda intrångsgöraren syftade till att göra verken tillgängliga för en utbredd allmänhet som inte var individuellt bestämd.⁴⁷⁷ Likt *Stala-fallet* så beaktade man fildelningsnätverkens ändamål. Underrätterna drog slutsatsen att syftet varit att göra verken tillgängliga för allmänheten med hänsyn till hemsidans respektive FTP-serverns utseende.⁴⁷⁸ Högsta domstolen i *ljuboks-fallet* konstaterade vidare utifrån filernas piratbeteckningar att syftet med servern varit att överföra upphovsrättsligt skyddat material.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Jfr SOU 2012:51, s. 25, Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09.

⁴⁷⁵ Jfr Högsta domstolens beslut 2010-06-02 i mål Ö 4817-09.

⁴⁷⁶ Prop. 2008/09:67, s. 150.

⁴⁷⁷ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÄ 6091-09, s. 8, Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 10, Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 45.

⁴⁷⁸ Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 11, Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÄ 6091-09, s. 6.

⁴⁷⁹ Se Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 46.

I förarbetena gjordes klart att antalet nedladdade verk som berörs av intrånget får betydelse i proportionalitetsbedömningen. Detta, till skillnad från antalet uppladdade verk som inte har någon betydelse för proportionaliteten eftersom ett uppladdat verk anses innebära tillräcklig skada.⁴⁸⁰ Domstolarna i *ljuboks-fallet* och *Swetorrent-fallet* har istället beaktat antalet verk vid bedömning av om det föreligger sannolika skäl för intrång. Syftet var förmodligen inte att blanda ihop bedömningarna även om det för mig förefaller inkonsekvent. Tingsrätten i *Swetorrent-fallet* konstaterade att antalet verk tydde på att den påstådda intrångsgöraren syftade till att göra verken tillgängliga för en större allmänhet.⁴⁸¹ Återigen så bedöms en persons (här: intrångsgörarens) subjektiva syfte utifrån antalet verk. En annan sak är att antalet verk har betydelse för straffmätningen i ett straffrättsligt mål avseende fildelning.⁴⁸² Högsta domstolen i *ljuboks-fallet* menade också att det stora antalet verk talade för att servern och ljudböckerna fanns tillgängliga för allmänheten.⁴⁸³ I *Stala-fallet* nämndes visserligen ”antalet personer” som en del av helhetsbedömningen av ”allmänheten”. Domstolarna tog dock detta ett steg längre genom att låta objektens karaktär, plattformarnas utseende och antalet verk indirekt påvisa allmänhetens omfattning. Sådana hänsyn har ingen riktig motsvarighet i tidigare svensk respektive EU-rättslig praxis gällande allmänhetsbegreppet.

6.8.2.2 Medlemskap och den ”möjliga allmänheten”

I likhet med *Stala-fallet* så har man i *ljuboks-fallet* och *Swetorrent-fallet* beaktat kretsens slutenhet genom undersökning av medlemskapet på fildelningsnätverken. I *ljuboks-fallet* lyfte hovrätten upp utredningen kring möjligheten att vinna medlemskap till en förutsättning för att kunna beakta de övriga kriterierna. Aningen motsägelsefullt i hovrättens resonemang är att man ändå tog ställning till kriterierna såsom ”syfte, storlek och karaktär”.⁴⁸⁴ I likhet med Högsta domstolen så anser jag inte nödvändigtvis att det måste finnas utredning kring tillgången till inloggningsuppgifter om övriga kriterier gör sig starkt gällande. Det stämmer väl med den helhetsbedömning som tidigare praxis förespråkade och Westbergs uttalanden.⁴⁸⁵ Slutenheten är alltså inte den yttersta måttstocken för att det ska vara tal om ”överföring till allmänheten” i upphovsrättslig mening. Med Högsta domstolens beslut framför oss verkar det som att en krets personer som sannolikt inte är helt begränsad och där övervägande omständigheter talar för att antalet personer varit mycket stort är tillräckligt för att det ska föreligga sannolika skäl för intrång. En annan fråga är hur långt den befintliga utredningen i *ljuboks-fallet* räcker för att vinna framgång i en slutlig dom. Vi vet inte hur en utomstående skulle kunna få tag på

⁴⁸⁰ Prop. 2008/09:67, s. 162.

⁴⁸¹ Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s. 10, jfr Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 8.

⁴⁸² Se avsnitt 6.4.

⁴⁸³ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 44.

⁴⁸⁴ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 8.

⁴⁸⁵ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 43, Westberg, 2004, s. 91, jfr *Landstings-fallet*.

inloggningsuppgifterna. Låt säga att man utan besvär kunde bli medlem. I sådana fall är det givetvis förvånande att ljudboksförlagen inte inkom med sådana uppgifter från början. Å andra sidan så kanske det var just av den anledningen, att medlemskapet var begränsat, som ljudboksförlagen undvek frågan. De därtill florerande ryktena om att Antipiratbyrån tog hjälp av en informatör för att få tillgång till inloggningsuppgifterna och att dessa var låsta till användarnas IP-adresser talar för den senare ståndpunkten.⁴⁸⁶

Den avgörande frågan, såsom Högsta domstolen uttalat det i *ljudboks-fallet* (och som jag förutspådde) är var gränsen går för de ansträngningar som krävs av allmänheten för att få tillgång till ett verk. Tidigare praxis har redan konstaterat att möjligheten är tillräcklig för att verket ska anses tillgängligt för allmänheten.⁴⁸⁷ Hur stor måste den här möjligheten vara? I *Swetorrent-fallet* var en inbjudan tillräcklig. I *ljudboks-fallet* ansågs möjligheten att ta del av verken i princip obegränsad i och med informationsspridningen på internet. I allmänna ordalag uttalade Högsta domstolen att oavsett stränga medlemskapskrav på hemsidor så kan den möjliga allmänheten utgöra ett så stort antal personer att ”överföring till allmänheten” uppfylls.⁴⁸⁸

6.8.2.3 Vinstsyftet?

Vinstsyftet har spelat en avgörande roll i praxis gällande allmänhetsbegreppet i 2 § URL. Det förhåller sig annorlunda i *ljudboks-fallet* och *Swetorrent-fallet*. Som lagrådet uttalade så har den utbredda fildelningen bland enskilda skadat rättighetsinnehavarens intressen oavsett förekomsten av ekonomiskt syfte.⁴⁸⁹ Detta torde vara riktigt eftersom allmänheten snarare än administratörerna av hemsidan respektive servern gör ekonomisk vinning av tillgängliggörandet. Vinstsyftet är alltså en sådan faktor som har betydelse beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

6.8.3 Högsta domstolens beslut och framtiden

EU-domstolen har redan gjort klart att reglerna om informationsföreläggande är förenliga med två direktiv.⁴⁹⁰ Därmed har Högsta domstolen haft utrymme att utförligt resonera kring frågan om beviskravets nivå ”sannolika skäl” och om ljudboksförlagen uppfyllt kravet i förevarande fall. För första gången sedan *Rafael-fallet* har Högsta domstolen i svensk rätt gjort en direktivkonform tolkning av allmänhetsbegreppet, vilken rättstillämparna säkerligen kommer att följa i framtiden, i såväl fall rörande reglerna om informationsföreläggande som när ett intrångsmål avgörs slutligt. Med anledning av detta beslut ser jag

⁴⁸⁶ Se Computer Sweden's hemsida: <http://www.idg.se/2.1085/1.237920/sa-kom-antipiratbyran-at-servern>, besökt 2012-12-04.

⁴⁸⁷ Se exempelvis *Stala-fallet*, *Rafael-fallet*, p. 43.

⁴⁸⁸ Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 38, 44-46.

⁴⁸⁹ 2008/09:NU11, s. 38.

⁴⁹⁰ EU-domstolens dom i mål C-461/10, *Bonnier Audio m.fl mot Perfect Communication AB* från den 19 april 2012, p. 62.

ingen anledning till varför informationsföreläggandena inte skulle beviljas i *Swetorrent-fallet* eller *Com Hem-fallet*. I *Swetorrent-fallet* fanns klara möjligheter att bli medlem. Villkoret för medlemskap i *Com Hem-fallet*, att ladda upp en viss mängd material, utgör ingen större begränsning eftersom vem som helst med någorlunda bredbandskapacitet har möjlighet att ta del av verken.

En annan fråga man bör ställa sig är om utredningen kring inloggningsuppgifterna kommer krävas för att avgöra *ljuboks-fallet* slutligt. Med andra ord; måste möjligheten att få tillgång till verken vara större när intrångsmålet ska avgöras slutligt? Frågan om medlemskap eller slutenhet vid bedömningen av ”allmänheten” har varit framstående i tidigare rättspraxis utifrån 2 § URL men inte i EU-rättslig praxis. Att den frågan fick en underliggande betydelse i Högsta domstolens beslut betyder dock nödvändigtvis inte att frågan saknar relevans i ett slutligt avgörande.⁴⁹¹ Framtiden får utvisa hur man ställer sig till kriterierna och motsvarande bevisning när ett fildelningsmål ska prövas i sak. Det torde hur som helst inte vara så svårt för *ljuboks-förlagen* att inkomma med en uppgift om hur andra än Antipiratbyrån fått tag på inloggningsuppgifterna till FTP-servern.⁴⁹²

Som jag ser det så kommer Högsta domstolens beslut få principiellt viktig betydelse för den framtida rättstillämpningen, oavsett hur *ljuboks-förlagen* beslutar att använda informationen.⁴⁹³ För första gången sedan ikraftträdandet av reglerna om informationsföreläggande så har en rättighetsinnehavare på egen hand fått en möjlighet till en eventuell slutlig upprättelse mot en intrångsgörare. Framtida processer rörande informationsförelägganden kommer sannolikt inte heller ta lika lång tid som det gjorde i *ljuboks-fallet* och kommer därmed inte bli lika kostsamma.⁴⁹⁴ Något senare än väntat så tror jag att vi i vart fall nu kommer se en ökning av antalet ansökningar om informationsförelägganden. Förmodligen har många filmbolag och musikbolag väntat på att skicka in ansökningar med anledning av beslutet i *ljuboks-fallet*. En utveckling där stora företag hänger ut enskilda personer tror jag dock inte enbart kommer få positiva effekter för rättighetsinnehavarna. Det kvarstår, kanske i ännu högre grad nu, en motvilja hos allmänheten att helt avstå från fildelning, och anonymiseringstjänsternas existens är ett faktum.⁴⁹⁵ Mer troligt är kanske att företag skickar varningsbrev till påstådda intrångsgörare innan man initierar en rättegångsprocess.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Jfr Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 43.

⁴⁹² Jfr SOU 2012:51, s. 27.

⁴⁹³ Jfr Svenska dagbladets hemsida: http://www.svd.se/nyheter/inrikes/avgorande-beslut-om-ipredlag_7068775.svd, besökt 2012-11-27.

⁴⁹⁴ Jfr SOU 2012:51, s. 35 f.

⁴⁹⁵ Se avsnitt 6.8.6.2.

⁴⁹⁶ Jfr Computer Sweden's hemsida: <http://computersweden.idg.se/2.2683/1.484486>, besökt 2013-02-02.

6.8.4 Artikel 3.1 i infosocdirektivet och 53 c § URL

Högsta domstolen har beaktat EU-rättslig praxis utifrån artikel 3.1 för att bedöma om det föreligger sannolika skäl för intrång enligt 53 c §. Detta trots det faktum att det råder stora yttre skillnader mellan *Rafael*-fallet, efterföljande TV- och radiosändningsfall och fallen rörande informationsföreläggande. Olika kriterier gör sig gällande i båda typfallen, ibland mer eller mindre. Det är naturligt att slutenheten blir en fråga vad gäller fildelningsnätverk och föreningssammanskomster som i *Stala*-fallet medan avsikten och den ekonomiska vinningen blir avgörande i TV- och radiosändningsfallen.⁴⁹⁷ Klart är att vissa grunder i EU-rättslig praxis rörande den senare typen av fall väglett Högsta domstolen i *ljudboks*-fallet vid bedömningen av ”allmänheten”. Det finns inget direkt uttalande i praxis rörande informationsföreläggande som säger att man beaktat den påstådda intrångsgörarens avsikter vid tillgängliggörandet av verk. Dock har jag redan konstaterat att domstolarna har gjort liknande subjektiva ställningstaganden när dessa har beaktat verkens karaktär och plattformarnas utseende för att komma till slutsatsen att syftet med servern varit att göra verken tillgängliga för allmänheten.⁴⁹⁸

6.8.5 Diskrepans i allmänhetsbedömningen?

Gränsen mellan offentligt och privat har aktualiserats i äldre praxis utifrån 2 § URL och på senare tid även vid meddelande av informationsföreläggande. Fråga är om bedömningen har gjorts på olikartade sätt. I *ljudboks*-fallet och *Swetorrent*-fallet sades att de vedertagna kriterierna från tidigare praxis rörande 2 § URL skulle tillämpas vid bedömningen av om det förelåg sannolika skäl för intrång enligt 53 c § URL. Vid tillämpningen av dessa har man tagit hänsyn till omständigheter som inte har någon direkt motsvarighet i tidigare svensk praxis. Dessa är enligt min mening av mer subjektiv natur. Det har alltså inte enbart varit fråga om det förelegat sannolika skäl för intrång rent objektivt sett. Det finns ännu inget avgörande i ett civilrättsligt fildelningsmål som avgjorts slutligt. Om än viktigt så finns bara ett beslut från Högsta domstolen (i *ljudboks*-fallet) gällande tolkningen av allmänhetsbegreppet i nätverkssammanhang. Bristen på fler avgöranden gör det vanskligt att dra några definitiva slutsatser om diskrepansen. Det finns inte heller vägledande doktrin gällande beviskravet ”sannolika skäl” direkt i förhållande till informationsföreläggande. Hittills anser jag dock att det funnits en underliggande diskrepans i bedömningen av ”allmänheten” i 2 § jämfört med 53 c-53 h §§ URL och alltså inte bara en skillnad i bevisningens styrka. En av förklaringarna till diskrepansen tror jag är de *yttre olikheter* som råder mellan TV- och radiosändning och fildelning och

⁴⁹⁷ Jfr *Stala*-fallet, *ljudboks*-fallet, *Swetorrent*-fallet, *Rafael*-fallet, *Premiere League*-fallet.

⁴⁹⁸ Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÅ 6091-09, s. 6, 8, Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09, s.10 f, jfr Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 45-46.

att man försöker hitta nya sätt att bedöma gränsen mellan offentligt och privat. Allmänheten är dessutom mer svårdefinierad i fildelningsnätverk jämfört med vad den är som fysiskt närvarande publik vid TV- och radiosändning. Vidare anser jag att det lägre beviskravet ”sannolika skäl” och *verktygets förprocessuella natur* i sig är en anledning till diskrepansen. Domstolarna har i *ljusboks-fallet* exempelvis beaktat indirekta faktorer, såsom antalet filer, dess ”bästsäljarkaraktär” och filernas piratbeteckningar, för att påvisa att verken överförts till en större icke bestämd krets personer som motsvarar allmänheten. Det fanns inga direkta uppgifter som styrkte antalet personer som haft tillgång till ljudböckerna eller hur pass beständig denna grupp faktiskt var. Motsatsvis, i *Stala-fallet* och *Landstings-fallet* så var sådana omständigheter relativt ostridiga.

Bortsett från diskrepansen så är fortfarande ”möjligheten” att ta del av ett verk avgörande oavsett vilket lagrum som är grunden till allmänhetsbedömningen.⁴⁹⁹ Detsamma gäller kriteriet ”ett ganska stort antal personer” som tillämpats mot bakgrund av infosocdirektivet och uthyrnings- och utlåningsdirektivet samt URL i *ljusboks-fallet*.⁵⁰⁰ Vidare tror jag att vi hos domstolarna kommer få se en fortsatt benägenhet att beakta intrångsgörarens (och kanske allmänhetens) subjektiva syften såväl när ”allmänheten” ska bedömas i ett förprocessuellt stadie som vid informationsföreläggande som när målet avgörs slutligt. Jag ställer mig tveksam till att domstolarna gör sådana subjektiva ställningstaganden eftersom det påminner om den straffrättsliga ansvarssidan. Det finns för lite underlag för att göra någon kvalificerad bedömning av beviskravets nivå i sig. Som det tillämpats i *ljusboks-fallet* så kan det i vart fall knappast sägas att Högsta domstolen krävt omfattande bevisning. Det är onekligen så att Högsta domstolen, i linje med EU-domstolen, ställt sig på rättighetsinnehavarens sida med föresatsen om att skapa en ”hög skyddsnivå”.⁵⁰¹ Båda ser alltså till syftet med tillämpligt regelverk.

6.8.6 Tillämpningen av informationsföreläggande

Både EU och en särskild utredare tillkallad på uppdrag av regeringen har undersökt tillämpningen av reglerna om informationsföreläggande. Att intrång på internet inte fanns med i beräkningarna vid utarbetandet av sanktionsdirektivet är något överraskande eftersom redan infosocdirektivet sades ta fasta på sådana situationer.⁵⁰² Den olikartade tillämpningen av sanktionsdirektivet mellan medlemsländerna har föranlett ett fortsatt utredningsarbete av kommissionen. Trots att man i den svenska utredningen kan ana en viss underliggande skepsis till reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h §§ URL) så ville man inte uttala något

⁴⁹⁹ Jfr dock *tandläkar-fallet*, avsnitt 4.4.4.

⁵⁰⁰ Se *Rafael-fallet*, p. 38, *tandläkar-fallet*, p. 86-87, Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 37.

⁵⁰¹ Jfr infosocdirektivet, skäl 9, *Rafael-fallet*, p. 36, Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09, p. 36.

⁵⁰² KOM(2010) 779 slutlig, s. 2, KOM(97) slutlig, s. 16.

definitivt, säkerligen på grund av att man då väntade på beslutet i *ljudboks-fallet*.⁵⁰³ Utredaren sade dock att det i praxis dittills ställts höga beviskrav, särskilt där fråga varit om verk gjorts tillgängliga för allmänheten eller en sluten krets.⁵⁰⁴ Reglerna har heller inte uppfyllt de förväntningar man hade, varför man med fog kan ifrågasätta dessas effektivitet.

6.8.6.1 Sanktionsdirektivet och reglerna om informationsföreläggande i URL

Kommissionen ansåg det angeläget att få till en mer enhetlig tillämpning av direktivet, främst med hänsyn till balansgången mellan rätt till information och integritetsskyddet. Frågan om beviskravet var vid tillfället för rapporten givetvis inte lika brännande som regelns giltighet i förhållande till övriga EU-rätten. Det faktum att medlemsstater gjort en olikartad tillämpning av artikel 8 i sanktionsdirektivet på styrkta respektive påstådda intrångsgörare hamnade därmed i skymundan.⁵⁰⁵ Ett EU-rättsligt förtydligande av beviskravet hade enligt mig varit önskvärt. Visserligen så är sanktionsdirektivet enligt artikel 2 ett minimidirektiv vilket skapar utrymme för medlemsstaterna att införa ännu mer skyddsvärda regler för rättighetsinnehavarna. Ledorden i sanktionsdirektivet, och andra direktiv för den delen, är inte att förglömma; olikartade lagar hindrar ett enhetligt sanktionssystem och viljan att investera i innovation. Ytterst får det betydelse för den fria konkurrensen.⁵⁰⁶

Reglerna om informationsföreläggande har som sagt hittills fått en begränsad tillämpning i Sverige. Bortsett från stilleståndet i rättstillämpningen på grund av *ljudboks-fallet* så anser jag det angeläget att informationsföreläggande ska kunna användas som ett effektivt verktyg i ett senare skeende, vad det nu än må vara. Så har hittills inte varit fallet, delvis på grund av de rättsliga hinder som finns vid lagring av information. Internetleverantörer har nämligen ingen skyldighet att lagra information om abonnenternas IP-adresser i enda syfte att lämna ut dem vid ett eventuellt framtida informationsföreläggande. Att utredaren föreslår en polisanmälan som alternativ för att få ut information anser jag inte vara tillräckligt. Det skulle förta syftet med informationsföreläggande som ett, för rättighetsinnehavaren, effektivt förprocessuellt rättsmedel. Enbart förslaget i sig antyder att reglerna inte är effektiva. En annan sak är svårigheten att identifiera en intrångsgörare i öppna nätverk.⁵⁰⁷

Något som varken kommissionen eller den svenska utredaren riktigt har tagit ställning till är anonymiseringstjänsternas framväxt. Det är ett uppenbart faktiskt hinder som enligt mig inte ska tas för lätt på.⁵⁰⁸ Genom regler som begränsar dessa tjänster tror jag att man skulle lyckas komma åt

⁵⁰³ KOM(2010) 779 slutlig, s. 4, SOU 2012:51, s. 28.

⁵⁰⁴ SOU 2012:51, s. 35 f.

⁵⁰⁵ KOM(2010) 779 slutlig, s. 7, Geiger m.fl., 2011, s. 548.

⁵⁰⁶ Se sanktionsdirektivet, skäl 1, skäl 8.

⁵⁰⁷ Jfr SOU 2012:51, s. 37 f.

⁵⁰⁸ Jfr Larsson och Svensson, 2010, s. 77.

de intrångsgörare som ägnar sig åt omfattande upp- och nedladdning. Troligtvis är det just denna grupp personer som i första hand använder sig av sådana tjänster.

6.8.6.2 Allmänhetens rättsmedvetande och regelefterlevnad

Att fildelning är en olaglig företeelse är i sig inget som hindrar själva aktiviteten. Laginsatser mot fildelning är bevisligen inte den enda lösningen på problematiken. Dessa slutsatser grundar jag på resultatet från Larssons och Svenssons undersökning gällande relationen mellan sociala normer och reglerna om informationsföreläggande bland annat.⁵⁰⁹ Det är snarare så att i takt med teknikutvecklingen och utökade sanktionsregler så ifrågasätts reglerna, bland annat med hänvisning till friheten till information på internet.⁵¹⁰ Utöver direkta åtgärder, som till exempel krafttag mot anonymiseringstjänster, behöver man alltså ändra det personliga rättsmedvetandet. Jag tror det kan vara svårt att få till en ändring kortsiktigt, särskilt hos unga som under majoriteten av sitt internetanvändande upplevt att innehållet på internet varit fritt. Jag tror också att det ibland kan vara svårt att begripa värdet i något immateriellt. Det är exempelvis lättare att förstå värdet i en CD-skiva eller DVD-film.

Om EU och svenska myndigheter tar sitt ansvar genom informationsförmedling och stimulerar marknaden för lagliga alternativa tjänster så tror jag att man kan komma relativt långt i bekämpningen av fildelning.⁵¹¹ En framåtskridande digital inre marknad borde för övrigt skapa fler lagliga beställningstjänster på internet.⁵¹² Vidare borde en utvecklad marknad för lagliga tjänster kunna pressa priserna. Priset för sådana tjänster har nämligen visat sig vara en faktor som gjort att fildelare inte betraktat det som ett prisvärt alternativ.⁵¹³ Jag tror det finns goda förutsättningar för tjänster som till exempel *Netflix*, *Itunes* och inte minst *Apple TV:n* som kan koordinera och förbättra kvaliteten hos dessa tjänster.

Med anledning av Högsta domstolens beslut i *ljudboks-fallet* så kommer vi sannolikt att få se en slutlig sakprövning i ett civilrättsligt mål rörande upphovsrättsligt intrång på internet. En sådan dom i kombination med hotet om att få ett informationsföreläggande riktat mot sig kan säkerligen få viss påverkan på unga människors inställning till fildelning. Genom en civilprocess, till skillnad från ett straffrättsligt förfarande, ställs intrångsgöraren direkt mot rättighetsinnehavaren, den som faktiskt lidit skada istället för det statliga etablissemanget.

⁵⁰⁹ Se bilaga A och bilaga B.

⁵¹⁰ Jfr Ds 2007:29, s. 207.

⁵¹¹ Jfr KOM(2011) 287 slutlig, s. 20, Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 386/2012 av den 19 april 2012, artikel 2.1 a, 2.2 g, SOU 2012:51, s. 32, 37.

⁵¹² KOM(2011) 427 slutlig, s. 8.

⁵¹³ Ds 2007:29, s. 166.

7 Avslutande reflektioner

För att återkoppla till det huvudsakliga syftet med denna uppsats så har jag velat redogöra för hur man tolkat allmänhetsbegreppet i svensk rätt respektive EU-rätt samt om det föreligger en diskrepans i tolkningen mellan 2 och 53 c-53 h §§ URL. Den övergripande inställningen till gränsen mellan offentligt och privat korrelerar i svensk och EU-rättslig praxis även om domstolarna tagit hjälp av olika kriterier. För bedömningen av ”allmänheten” i URL respektive EU-rätten har jag vidare kunnat skönja en utveckling mot mer subjektiva ställningstaganden som påminner om straffrätten. Att *överföring till allmänheten* är harmoniserat har först nu genom *ljudboks-fallet* fått betydelse för den svenska tolkningen av begreppet. Jag tycker att EU-domstolen gjorde ett signifikativt uttalande i *tandläkar-fallet* då denna sa att kriterierna samspelar och har olika styrka. Det anser jag vara talande för hur man tolkat allmänhetsbegreppet i EU-rättslig och svensk praxis (se nästa sida). Sammanfattningsvis påverkas bedömningen av allmänhetsbegreppet dels av omständigheterna i det enskilda fallet, dels av syftet med tillämpligt regelverk.

Ny teknik har ställt nya krav på den upphovsrättsliga lagstiftningen. Särskilt tänker jag på bedömningen av allmänhetsbegreppet i fildelnings sammanhang till följd av reglerna om informationsföreläggande (53 c-53 h §§ URL). I besluten om informationsföreläggande har jag kunnat urskilja nya grunder för att bedöma ”allmänheten” i prövningen av huruvida det föreligger *sannolika skäl* för intrång jämfört med ett styrkt intrångsmål. Indirekta (och delvis subjektiva) faktorer har tagits i beaktande för att påvisa att en icke-bestämd krets haft tillgång till verken, till exempel plattformarnas utseende, verkens popularitet och filernas beteckningar. Att man tar hänsyn till nya omständigheter i dessa fall förmodar jag ligger i ambitionen om att kunna tillämpa allmänt hållna regler på nya teknikkonstellationer. Informationsföreläggandets förprocessuella natur och det faktum att ”sannolika skäl” är ett lägre beviskrav tror jag vidare bidrar till att man beaktat sådana indirekta faktorer. I *ljudboks-fallet* konstaterade Högsta domstolen att bevisningen i förhållande till dessa faktorer var tillräcklig trots bristande utredning kring tillgång till inloggningsuppgifter. Framtiden får utvisa huruvida sådan utredning fordras i ett styrkt intrångsmål. Med resultatet i hand så kan det ifrågasättas hur effektiva reglerna om informationsföreläggande egentligen är. Den svenska utredningen har visat att även i fall där informationsförelägganden har beviljats så har rättighetsinnehavarna mött olika hinder, vilket har försvårat tillämpningen. Internetanvändares möjligheter att skydda sin identitet på internet skapar vidare tekniska hinder. Slutligen, ur ett rättssociologiskt perspektiv så finns belägg för att yngre personer, trots strängare sanktionsregler, inte känner sig moraliskt hindrade från att fildela. Den svenska utredaren såväl som kommissionen har insett att det krävs utökade lagliga alternativ och en genomgripande förändring av allmänhetens medvetenhet för att ta itu med den djupt rotade inställningen till fildelning.

Nedan följer en av mig uppställd översiktstabell för hur allmänhetsbegreppet har tolkats i ett antal utvalda rättsfall.

<p>Stala-fallet, Landstings-fallet, Mornington-fallet: 2 § URL</p> <p>Kriterier</p> <ul style="list-style-type: none"> • Inte sluten krets • Medlemskap okej om möjlighet för alla • Inte individualiserad sammanhållande grupp • Ändamål med verksamheten • Vinstsyfte • (Antalet personer) 	<p>Rafael-fallet: Infosocdirektivet, artikel 3.1</p> <p>Kriterier</p> <ul style="list-style-type: none"> • Avsiktligt handlande • Obestämt antal personer • Ganska stort antal personer • Kumulativa effekter • Vinstsyfte 							
<p>Tandläkar-fallet: Uthyrnings- och utlåningsdirektivet, artikel 8.2</p> <p>Kriterier</p> <ul style="list-style-type: none"> • Avsiktligt handlande • Obestämt antal personer - "mottagliga" enligt WIPO:s ordlista* • Ganska stort antal personer - tillgång samtidigt?* • tillgång i följd? - tillgång till olika verk?* • Vinstsyfte* 	<p>Ljudboks-fallet (Högsta domstolen): 53 c § URL</p> <p>Den "möjliga allmänheten" mot bakgrund av EU-rättslig praxis:</p> <table border="1" data-bbox="742 1153 1388 1724"> <thead> <tr> <th data-bbox="742 1153 1129 1227">Kriterier</th> <th data-bbox="1129 1153 1388 1227">Indirekta faktorer</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="742 1227 1129 1355"> <ul style="list-style-type: none"> • Ganska stort antal personer • Icke bestämd krets </td> <td data-bbox="1129 1227 1388 1355"> <ul style="list-style-type: none"> ◇ Antalet verk ◇ Verkens karaktär </td> </tr> <tr> <td data-bbox="742 1355 1129 1724"> <ul style="list-style-type: none"> • Syftet • Sluten krets: utredning om tillgång till inloggningsuppgifter behövdes ej då ovanstående kriterier kunde styrkas </td> <td data-bbox="1129 1355 1388 1724"> <ul style="list-style-type: none"> ◇ Filernas beteckningar </td> </tr> </tbody> </table>		Kriterier	Indirekta faktorer	<ul style="list-style-type: none"> • Ganska stort antal personer • Icke bestämd krets 	<ul style="list-style-type: none"> ◇ Antalet verk ◇ Verkens karaktär 	<ul style="list-style-type: none"> • Syftet • Sluten krets: utredning om tillgång till inloggningsuppgifter behövdes ej då ovanstående kriterier kunde styrkas 	<ul style="list-style-type: none"> ◇ Filernas beteckningar
Kriterier	Indirekta faktorer							
<ul style="list-style-type: none"> • Ganska stort antal personer • Icke bestämd krets 	<ul style="list-style-type: none"> ◇ Antalet verk ◇ Verkens karaktär 							
<ul style="list-style-type: none"> • Syftet • Sluten krets: utredning om tillgång till inloggningsuppgifter behövdes ej då ovanstående kriterier kunde styrkas 	<ul style="list-style-type: none"> ◇ Filernas beteckningar 							

*Uppfylldes ej kravet ifråga.

Bilaga A

Tabell 41. ⁵¹⁴ Om respondenterna anser att de upphovsrättsliga sanktionsreglerna kommer hindra dem eller andra från att fildela.

<i>Fråga: Tror du att nya lagar som ger utökade möjligheter att identifiera och fälla fildelare kommer hindra dig eller andra från att fildela?</i>	Svar	Procent
Ja	286	28 %
Nej	718	72 %
Ingen respons	43	n/a
Totalt (svar)	1004	100

Tabell 42. ⁵¹⁵ Hindrar olagligheten ensamt fildelning av upphovsrättsligt skyddat material.

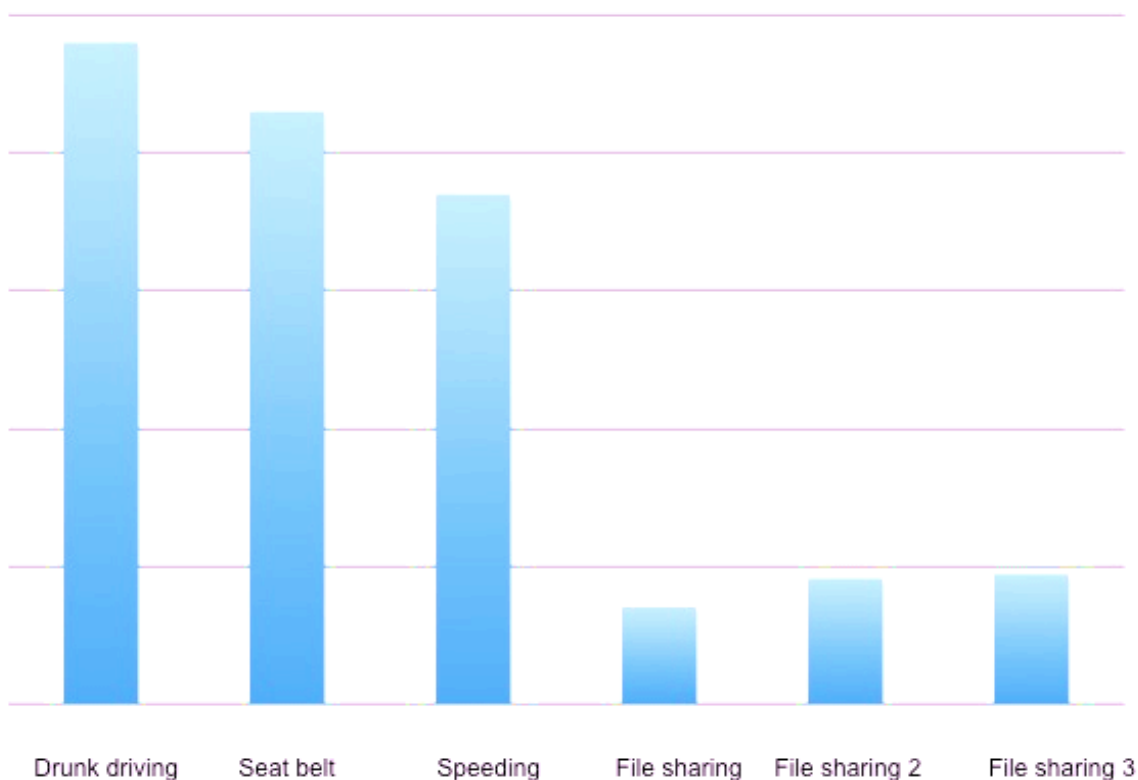
<i>Fråga: Anser du att man aldrig ska ladda upp eller ner upphovsrättsligt material på internet?</i>	Svar	Procent
Ja	240	24 %
Nej	758	76 %
Ingen respons	49	n/a
Totalt (svar)	998	100

⁵¹⁴ Larsson och Svensson, 2009, s. 55. Egen översättning från engelska till svenska.

⁵¹⁵ Larsson och Svensson, 2009, s. 56. Egen översättning från engelska till svenska.

Bilaga B

Nedan följer en figur, skapad av Måns Svensson. Figuren syftar till att illustrera diskrepansen mellan rättsreglernas inställning till upphovsrättsligt intrång på internet och sociala normer. Tre mätningar av normstyrkan gällande fildelning har satts i relation till normstyrkan hos rättsregler på vägtrafikens område. De senare reglerna har uppenbarligen mycket högre normstyrka. Den första och andra stapeln gällande fildelning speglar normstyrkan före respektive efter antagandet av reglerna om informationsföreläggande. Den tredje stapeln motsvarar normstyrkan i en mätning som gjordes 2012. Sammanfattningsvis, trots att tre år gått sedan reglernas ikraftträdande så har reglerna inte lyckats stärka de sociala normerna i någon större utsträckning. Det sociala trycket, som är nödvändigt för att åstadkomma regelefterlevnad när det gäller fildelning, är förhållandevis svagt.⁵¹⁶



517

⁵¹⁶ Cybernormers hemsida: <http://cybern timer.se/2012/11/04/rattens-villradighet-infor-teknisk-utveckling/>, besökt 2013-01-21.

⁵¹⁷ Cybernormers hemsida: <http://cybern timer.se/2012/11/04/rattens-villradighet-infor-teknisk-utveckling/>, besökt 2013-01-21.

Käll- och litteraturförteckning

EU

Fördrag och konventioner

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2007/C 303/01) [Citeras: Rättighetsstadgan].

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna [Citeras: Europakonventionen].

Direktiv och förordningar

Rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området [Citeras: Uthyrnings- och utlåningsdirektivet]. Observera att direktivet är ersatt av: Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter.

Rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändring via kabel [Citeras: Satellit- och kabeldirektivet].

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället [Citeras: Infosocdirektivet].

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter [Citeras: Sanktionsdirektivet].

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation [Citeras: Datakommunikationsdirektivet].

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 [Citeras: Datalagringsdirektivet].

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 om ändring av direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/19/EG om tillträde till samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter och direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 386/2012 av den 19 april 2012 om tilldelning till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) av uppgifter i samband med säkerställande av skydd för immateriella rättigheter, inbegripet sammanförande av företrädare för offentlig och privat sektor i ett europeiskt observatorium avseende intrång i immateriella rättigheter [Citeras: Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 386/2012 av den 19 april 2012].

Offentligt tryck

EU

KOM(88) 172 slutlig av den 7 juni 1988, *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action* [Citeras: KOM(88) 172 slutlig].

KOM(97) 628 slutlig av den 10 december 1997, *Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället* [Citeras: KOM(97) 628 slutlig].

SEK/2000/1734 slutlig - COD 97/0359, *Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet enligt artikel 251.2 andra stycket i EG-fördraget om gemensam ståndpunkt antagen av rådet inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället* [Citeras: SEK/2000/1734 slutlig].

KOM(2003) 46 slutlig av den 30 januari 2003, *Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om åtgärder och förfaranden för skydd avskydd immaterialrätter* [Citeras: KOM(2003) 46 slutlig].

KOM(2003) 46 A5-0468/2003 slutlig av den 5 december 2003, *Europaparlamentets lagstiftningsresolution om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om åtgärder och förfaranden för skydd av immaterialrätter* [Citeras: KOM(2003) 46 A5-0468/2003 slutlig].

KOM(2010) 779 slutlig av den 22 december 2010, *Rapport från kommissionen till Europaparlamentet, rådet Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén tillämpning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter* [Citeras: KOM(2010) 779 slutlig].

KOM(2010) 573 slutlig av den 19 oktober 2010, *Kommissionens meddelande Strategi för Europeiska unionens konkreta tillämpning av stadgan om de grundläggande rättigheterna* [Citeras: KOM(2010) 573 slutlig].

KOM(2011) 287 slutlig av den 24 maj 2011, *Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén: En inre marknad för immateriella rättigheter – Att genom att främja kreativitet och innovation skapa ekonomisk tillväxt, högkvalitativa arbetstillfällen och förstklassiga produkter och tjänster i Europa* [Citeras: KOM(2011) 287 slutlig].

KOM(2011) 427 slutlig av den 13 juli 2011, *GRÖNBOK om distribution av audiovisuella verk i Europeiska unionen: möjligheter och utmaningar med en digital inre marknad* [Citeras: KOM(2011) 427 slutlig].

Sverige

Förslag till Lag om rätt till litterära och musikaliska verk, avgiven den 28 juli 1914 därtill inom Kungl. Justitiedepartementet förordnade sakkunniga.

Första lagutskottets utlåtande nr 41 år 1960.

Kungl. Maj:ts proposition nr 17 år 1960 ”Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.; given Stockholms slott den 27 november 1959”.

Regeringens proposition 1988/89:85 om upphovsrätt och datorer.

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

Proposition 2008/09:67 ” Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG”.

SOU 1956:25 ”Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk”.

Näringsutskottets betänkande 2008/09:NU11 ”Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG”.

SOU 2012:51 ”Utredning av IPRED – lagstiftningen”.

Ds 2007:29 ”Musik och film på Internet – hot eller möjlighet?”.

Litteratur

Bernitz Ulf, Karnell Gunnar, Pehrson Lars, Sandgren Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens - upphovsrätt - patent - mönster - varumärken - namn - firma - otillbörlig konkurrens*, tolfte upplagan, Stockholm, Jure Förlag 2011 [Citeras: Bernitz m.fl. 2011].

Ekelöf Per Olof, Bylund Torleif, Edelstam Henrik, *Rättegång III*, tredje häftet, sjunde upplagan, Stockholm, Nordstedts Juridik AB 2006 [Citeras: Ekelöf m.fl., 2006].

Larsson Stefan, Svensson Måns, *Social norms and intellectual property: online norms and the European legal development*, Lund, Media-Tryck 2009 [Citeras: Larsson och Svensson, 2009]

Lehrberg Bert, *Praktiskt juridisk metod*, sjätte upplagan, Uppsala, Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB 2010 [Citeras: Lehrberg, 2010].

Levin Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt- I Sverige, EU och Internationellt*, tionde upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik 2011 [Citeras: Levin, 2011].

Lindberg Agne, Westman Daniel, *Praktisk IT-rätt*, tredje upplagan, Stockholm, Norstedts juridik 2001 [Citeras: Lindberg och Westman 2001].

Olsson Henry, *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, åttonde upplagan, Stockholm, Nordstedts Juridik 2009 [Citeras: Olsson, 2009 I].

Olsson Henry, *Upphovsrättslagstiftningen, En kommentar*, tredje upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik 2009 [Citeras: Olsson, 2009 II].

Svensson, Måns, *Sociala normer och regelefterlevnad: trafiksäkerhetsfrågor ur ett rättssociologiskt perspektiv*, Lund, Media-Tryck, 2008 [Citeras: Svensson, 2008].

Westberg Peter, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: en funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder*, Bok 4, Lund, Juristförlaget i Lund 2004 [Citeras: Westberg, 2004].

WIPO Glossary of the Law of Copyright and Neighboring Rights, 1979 [Citeras: WIPO:s ordlista, 1979].

Artiklar

Aplin Tanya, *Reproduction and "communication to the public" rights in EU copyright law: FAPL v QC Leisure*, King's Law Journal 2011(22), s. 209-219 [Citeras: Aplin, 2011].

Axhamn Johan, *EG-domstolen tolkar begreppet överföring till allmänheten*, European Intellectual Property Review 2007(2), s. 148-156 [Citeras: Axhamn, 2007].

Bateman Anne, *The use of televisions in hotel rooms*, European Intellectual Property Review 2007, 29(1), s. 22-26 [Citeras: Bateman, 2007].

Bently Lionel, *The return of industrial copyright?*, European Intellectual Property Review 2012, 34(10), s. 654-672 [Citeras Bently, 2012].

Bonadio Enrico, *File sharing, copyright and freedom of speech*, European Intellectual Property Review 2011, 33(10), s. 619-631 [Citeras: Bonadio, 2011].

Geiger Christophe, Raynard Jacques, Roda Caroline, *What developments for the European framework on enforcement of intellectual property rights*, European Intellectual Property Review 2011, 33(9), s. 543-549 [Citeras: Geiger m.fl., 2011].

Hart Michael, *The copyright in the Information Society Directive: An overview*, European Intellectual Property Review 2002, 24(2), s. 58-64 [Citeras: Hart, 2002].

Karnell Gunnar, *Upphovsrättslig offentlighet och framföranderätt*, Nordiskt immateriellt rättsskydd (NIR), 1973(3), s. 267-286 [Citeras: Karnell, 1973].

Larsson Stefan, Svensson Måns, *Compliance or Obscurity? Online Anonymity as a Consequence of Fighting Unauthorised Filesharing*, Policy and Internet 2010, 2(4), article 4, s. 77-105 [Citeras: Larsson och Svensson 2010].

Olsson Henry, *Kabelfrågor och satellitfrågor*, Nordiskt immateriellt rättsskydd (NIR), 1987(4), s. 445-456 [Citeras: Olsson, 1987].

Rosén Jan, *BBS-målet och ansvaret för elektroniska förmedlingstjänster*, Svensk Jurist Tidning (SvJT), 1996 s. 414-425 [Citeras: Rosén, 1996].

Rosén Jan, *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG*, Nordiskt immateriellt rättsskydd (NIR), 2001(4), s. 583-603 [Citeras: Rosén, 2001].

Westman Daniel, *Rättsliga strategier mot upphovsrättsintrång på nätet – en analys*, Ny Juridik, 2:12, s. 33-64 [Citeras: Westman, 2012].

Fritz Maria och Hettne Jörgen, *Rättsfall från EU-domstolen*, Ny Juridik, 2:12, s. 65-90 [Citeras: Fritz och Hettne, 2012].

Övrigt

Internet

STIM:s hemsida: <http://www.stim.se/sv/KUNDER/Arbetsplatser/> [Citeras: STIM:s hemsida, besökt 2012-09-17], senast besökt 2013-01-07.

Rapporten "Svenskarna och Internet 2011" av organisationen .se, Olle Findahl. Hämtad från se:s hemsida: <http://www.internetstatistik.se/rapporter/svenskarna-och-internet-2011/>, senast besökt 2013-01-07.

Cybernormers hemsida: <http://cybernormer.se/2012/11/04/rattens-villradighet-infor-teknisk-utveckling/>, senast besökt 2013-01-21.

Svenska dagbladets hemsida: http://www.svd.se/nyheter/inrikes/avgorande-beslut-om-ipredlag_7068775.svd, senast besökt 2013-01-07.

Computer Sweden's hemsida: <http://www.idg.se/2.1085/1.237920/sa-kom-antipiratbyran-at-servern>, senast besökt 2013-01-07.

Computer Sweden's hemsida: <http://computersweden.idg.se/2.2683/1.484486>, senast besökt 2013-01-07.

Rättsfallsförteckning

Svenska

NJA 1958 s. 80

NJA 1967 s. 150

NJA 1988 s. 715

NJA 1996 s. 79

NJA 2000 s 292

Stockholms tingsrätts dom 2003-02-14 i mål B 6731-00.

Solna tingsrätts beslut 2009-05-25 i mål Ä 2707-09.

Malmö tingsrätts beslut 2009-06-24 i mål Ä 3162-09.

Södertörns tingsrätts beslut 2009-12-04 i mål Ä 9211-09.

Stockholms tingsrätts dom 2010-06-11 i mål T-7263-07.

Stockholms tingsrätts beslut 2010-09-02 i mål Ä 19591-09.

Nacka tingsrätts dom 2012-02-08 i mål B 1950-11.

Svea hovrätts beslut 2009-10-13 i mål ÖÄ 6091-09.

Svea hovrätts beslut 2010-05-04 i mål ÖÄ 10152-09.

Svea hovrättens dom 2011-07-14 i målet B 2330-11.

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

Svea hovrätts beslut 2010-12-07 i mål ÖÄ 7705-10.

Högsta domstolens beslut 2010-06-02 i mål Ö 4817-09.

Högsta domstolens beslut 2010-12-01 i mål Ö 2472-10.

Högsta domstolens beslut 2012-12-21 i mål Ö 4817-09.

Engelska

High Court of Justice den 29 mars 2010, [2010] EWHC 608 (Ch); *Twentieth Century Fox Film Corp v Newzbin Ltd*.

High Court of Justice den 18 juli 2011, [2011] EWHC 1874 (Pat); *ITV Broadcasting Ltd v TV Catchup Ltd*.

High Court of Justice den 14 november 2011, [2011] EWHC 2977 (Pat); *ITV Broadcasting Ltd v TV Catchup Ltd*.

EU-domstolen

EU-domstolens dom i de förenade målen C-283/94, 291/94 och 292/94, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV och Voormeer BV v Bundesamt für Finanzen* från den 17 oktober 1996.

EU-domstolens dom i mål C-293/98, *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) v Hostelería Asturiana SA (Hoasa)* från den 3 februari 2000.

Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston föredraget den 13 juli 2006 i EU-domstolens dom i mål C-293/98, *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) v Hostelería Asturiana SA (Hoasa)* från den 3 februari 2000.

EU-domstolens dom i mål C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier AB v Procordia Food AB* från den 29 april 2004.

EU-domstolens dom i mål C-89/04, *Mediakabel BV v Commissariaat voor de Media* från den 2 juni 2005.

EU-domstolens dom i mål C-192/04, *Lagardè Active Broadcast v Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) och Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)* från den 14 juli 2005.

EU-domstolens dom i mål C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot Rafael Hotels SA* från den 7 december 2006.

EU-domstolens dom i mål C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU* från den 29 januari 2008.

EU-domstolens dom i mål C-456/06, *Peek & Cloppenburg KG v Cassina SpA* från den 17 april 2008.

EU-domstolens dom i mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury* från 22 december 2010.

EU-domstolens dom i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premiere League v QC Leisure* och *Karen Murphy v Media Protection Services Ltd* från den 4 oktober 2011.

Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott föredraget 3 februari 2011 i EU-domstolens dom i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premiere League mot QC Leisure* och *Karen Murphy v Media Protection Services Ltd* från den 4 oktober 2011.

EU-domstolens dom i de förenade målen C-431/09 och C-432/09, *Airfield NV, Canal Digitaal BV mot Sabam and Airfield NV v. Agicoa Belgium BVBA* från den 13 oktober 2011.

EU-domstolens dom i mål C-283/10, *Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) mot Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor – (UCMR – ADA)* från den 24 november 2011.

Mål C-607/11: Begäran om förhandsavgörande framställd av High Court of Justice (Chancery Division) (Förenade kungariket) den 28 november 2011 – *ITV Broadcasting Limited m.fl. mot TV Catch Up Limited*.

EU-domstolens dom i mål C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited mot Ireland, Attorney General* från den 15 mars 2012.

EU-domstolens dom i mål C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) mot Marco Del Corso* från den 15 mars 2012.

EU-domstolens dom i mål C-461/10, *Bonnier Audio m.fl. mot Perfect Communication AB* från den 19 april 2012.