



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Soroosh Parsa

Proportionalitetsprövningen vid
ansökan om
informationsföreläggande

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: HT 2018

Innehåll

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	5
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	9
1.1 Introduktion till institutet informationsföreläggande	9
1.2 Syfte och frågeställning	11
1.3 Metod och material	12
1.4 Avgränsningar	16
1.5 Disposition	17
2 FILDELNING	18
2.1 Allmänt om fildelningsteknik	18
2.2 Trafik- och abonnemangsuppgifter	20
3 RÄTTEN TILL INFORMATION	22
3.1 Bakgrund	22
3.2 Rätten till skydd för egendom och effektiva rättsmedel	24
3.3 Internetleverantörernas tystnadsplikt	26
3.4 Rätten till skydd för personlig integritet	31
3.5 Implementeringen av IPRED i svensk rätt	34
3.5.1 Allmänt	34
3.5.2 Vem har rätt till information?	35
3.5.3 Vem är skyldig att lämna information?	35
3.5.4 Vilken typ av information omfattas?	36
3.5.5 Förutsättningar för att vinna bifall	37

4	PROPORTIONALITETSPRÖVNINGEN	39
4.1	Allmänt	39
4.2	Behörigt utlämnande av information	42
4.2.1	Allmänt	42
4.2.2	Undantag från tystnadsplikten	42
4.2.3	Sammanfattning	49
4.3	Avvägningen mellan de grundläggande rättigheterna	49
4.3.1	Allmänt	49
4.3.2	Proportionalitetsproblematiken	50
4.3.3	Jämförelse med dansk rättspraxis	53
4.3.4	Sammanfattning	55
4.4	Intrångets omfattning	55
4.4.1	Allmänt	55
4.4.2	Olovligt tillgängliggörande	56
4.4.3	Jämförelse med dansk rättspraxis	59
4.4.4	Olovlig kopiering	60
4.4.5	Sammanfattning	63
4.5	Verkets karaktär	64
4.5.1	Allmänt	64
4.5.2	Bästsäljarkaraktär	65
4.5.3	Pornografiska verk	66
4.5.4	Sammanfattning	69
4.6	Sökandens syfte med åtgärden	70
4.6.1	Allmänt	70
4.6.2	Copyright trolling	71
4.6.3	Bevisproblematiken	73
4.6.4	Sammanfattning	75
5	AVSLUTANDE KOMMENTARER	77
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	80
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	86

Summary

Many cases of unlawful file sharing in Sweden has attracted attention. Rightsholders face difficulties identifying alleged infringers when online copyright infringement has been committed since rightsholders typically only have access to the IP address used to commit the infringement. As a result of implementing Article 8 in Directive 2004/48/EC¹, a regulatory framework has been established that allows rightsholders to have suspected infringers identified by their internet service provider (Sw. *informationsföreläggande*).

According to preparatory work to the regulatory framework, unlawful file sharing is typically detrimental for rightsholders. At the same time, the Swedish Supreme Court (Sw. *Högsta domstolen*) has stated that an alleged infringer has an interest in staying anonymous when using the internet. The courts are therefore tasked to conduct a proportionality test in order to weigh the interest of information against the alleged infringers' interest of privacy. The purpose of this thesis is ultimately to examine whether the overall approach to compatibility which the legislation is intended to give regarding the balance of interests is reflected in case law.

The Patent and Market Court (Sw. *Patent- och marknadsdomstolen*) has up until December 21st, 2018, conducted 85 proportionality tests in 85 matters regarding alleged online copyright infringements. The courts have so far considered the rightsholders interest to access information to outweigh the alleged infringers' right to privacy in every one of these matters.

¹ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

Sammanfattning

Det har uppmärksammats många fall av olovliga fildelningar i Sverige. Om ett upphovsrättsligt intrång görs via internet kan det vara svårt för en rättighetsinnehavare att identifiera intrångsgöraren eftersom dessa normalt endast har tillgång till intrångsgörarens IP-adress. Nya bestämmelser trädde i kraft år 2009 som ett resultat av implementering av artikel 8 IPRED. Sedan dess kan upphovsmannen eller dennes rättighetsinnehavare eller den som på grund av upplåtelse har rätt att använda ett upphovsrättsligt skyddat verk enligt 53 b–c §§ URL, ansöka om informationsföreläggande för att låta misstänkta intrångsgörare identifieras genom deras internetleverantörer.

Enligt förarbetena till URL innebär olovlig fildelning typiskt sett stor skada för rättighetsinnehavarna, samtidigt som Högsta domstolen har uttalat att en misstänkt intrångsgörare har ett intresse av att förbli anonym vid internetanvändning. Domstolen ska därför enligt 53 d § i URL göra en proportionalitetsprövning för att väga informationsintresset mot de enskilda misstänkta intrångsgörarnas integritetsintresse. Syftet med examensarbete har varit att undersöka huruvida det synsätt på förenlighet som lagstiftningen är tänkt att ge uttryck för avseende intresseavvägningen avspeglas i rättspraxis.

Patent- och marknadsdomstolen har fram till den 21 december 2018 gjort 85 proportionalitetsprövningar i ärenden som rör påstådda intrång genom olovlig fildelning av upphovsrättsligt skyddade verk. Gemensamt för samtliga av dessa ärenden är att Patent- och marknadsdomstolen har meddelat informationsföreläggande eftersom det har ansetts proportionerligt.

Förord

Jag vill passa på att tacka min familj för det stöd jag har fått under hela studietiden.

Jag vill även rikta ett stort tack till mina vänner; utan er hade studietiden i Lund inte varit så otroligt rolig och givande.

Jag vill slutligen tacka min handledare Peter Westberg för god handledning och för hans värdefulla kommentarer.

Lund, 8 januari 2019

Soroosh Parsa

Förkortningar

EG	Europeiska gemenskapen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)
EU	Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta nationerna
GDPR	Europaparlamentets och rådets förordning 2016/679 av den 27 april 2016 som skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG
IPRED	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter
LEK	Lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation
NJA	Nytt juridiskt arkiv

PMÄ	Patent- och marknadsdomstolens ärenden
RF	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (regeringsformen)
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätten)
URL	Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Introduktion till institutet informationsföreläggande

Ett av nyckelelementen för innovation sägs vara skydd för immateriell egendom.² Det har uppskattats att 5,4 procent av Sveriges bruttonationalprodukt (BNP) kommer från upphovsrättsintensiva industrier.³ I en alltmer digitaliserad vardag är det lättare att göra intrång i upphovsrättsligt skyddade verk såsom filmverk via internet. Nästan en tredjedel av alla ungdomar i Sverige uppskattades år 2016 olovligen ladda ned upphovsrättsligt skyddade verk.⁴

Numera väljer rättighetsinnehavare att i större omfattning tillgängliggöra sina verk via internet samtidigt som olovligen fall av tillgängliggörande äger rum på olika webbsidor. Många kan därför ha svårt för att göra skillnad på original och kopior. Detta kan resultera i att många misstar lovligt tillgängliggjorda verk med olovligen tillgängliggjorda verk och vice versa. Det kan också vara så att internetanvändare engagerar sig inom den olovligen fildelningsverksamheten på grund av bristande förståelse för upphovsrättsindustrins betydelse för tillväxt.⁵

Om ett upphovsrättsligt intrång görs genom fildelning via internet kan det vara svårt för en rättighetsinnehavare att identifiera intrångsgöraren. När ett intrång upptäcks har rättighetsinnehavarna normalt endast tillgång till intrångsgörarens IP-adress.⁶ Det är endast intrångsgörarens

² RFR 2015/16:25, s. 50.

³ RFR 2015/16:25, s. 8 och 44.

⁴ RFR 2015/16:25, s. 8 och 44.

⁵ Jfr RFR 2015/16:25, s. 8 och 44 angående diskussionen om den andel ungdomar som olovligen har uppskattats ladda ned upphovsrättsligt skyddade verk.

⁶ SOU 2012:51, s. 9.

internetleverantör som i sina abonnentförteckningar har tillgång till den information som krävs för att koppla en IP-adress till en viss abonnents identitet.⁷ Det har därmed inte varit möjligt för rättighetsinnehavarna att exempelvis kontakta en abonnent i syfte att förmå denne att upphöra med intrånget. Det har inte heller varit möjligt att inleda ett civilrättsligt förfarande. Det enda alternativet har varit att polisanmäla intrånget och överlämna de insamlade uppgifterna till de brottsutredande myndigheterna.⁸

Betydande sanktioner har dock införts på unionsnivå som ger rättighetsinnehavare möjligheten att via domstol efterfråga information från exempelvis internetleverantörer. Den information som normalt efterfrågas vid påstått upphovsrättsligt intrång via internet är namn på och adress till misstänkta abonnenter. En rättighetsinnehavare kan sedan 1 april 2009 enligt 53 c § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk ("URL") hos domstol ansöka om vad som i svensk rätt kallas för *informationsföreläggande* för att utverka sådan information.

Abonnemangsuppgifter omfattas av internetleverantörernas tystnadsplikt vilken enligt 6 kap. 20 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK) förhindrar leverantörerna från att obehörigen föra vidare sådan information. De enskilda abonnenternas har en grundläggande rättighet till skydd för personuppgifter och privatliv enligt bland annat artiklarna 7 och 8 i EU:s rättighetsstadga⁹. Samtidigt har rättighetsinnehavarna en grundläggande rättighet rätt till skydd för deras immateriella egendom och rätt till effektiva rättsmedel enligt bland annat artiklarna 17 och 47 i EU:s rättighetsstadga. Den rättskipande verksamhetens uppgift är enligt 53 d § URL följaktligen att vid en ansökan om informationsföreläggande göra en proportionalitetsprövning för att pröva om internetleverantörerna

⁷ Ds 2014:23, s. 58.

⁸ SOU 2012:51, s. 9f.

⁹ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).

behörigen får föra vidare begärd information samt att väga de grundläggande rättigheterna mot varandra.¹⁰

Ingen misstänkt intrångsgörare har ännu stämts inför allmän domstol i en skadeståndsrättslig process. Det har påståtts att rättighetsinnehavare missbrukar institutet informationsföreläggande genom att använda utverkad information enbart för att ställa ut kravbrev som inte verkar återspegla en reell skadeståndsrättslig fordran.¹¹ Frågan är om unionslagstiftaren reflekterat över att regelverket beträffande rätten till information riskerats att användas på detta vis.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med examensarbetet är att undersöka hur institutet informationsföreläggande förhåller sig till internetleverantörernas tystnadsplikt och en, å ena sidan, rätt till skydd för immateriell egendom och effektiva rättsmedel samt en, å andra sidan, rätt till skydd för personuppgifter och privatliv. Uppgiften att i varje enskilt fall väga dessa intressen mot varandra har överlämnats till den rättskipande verksamheten.¹² För att uppnå syftet med examensarbetet undersöks därför den intresseavvägning som görs av domstolarna.

Intresseavvägningen ställs på sin spets när en internetleverantör tvångsvis föreläggs att lämna ut abonnemangsuppgifter till rättighetsinnehavare som påstår att en eller flera av internetleverantörens abonnenter har gjort intrång i ett eller flera upphovsrättsligt skyddade verk genom fildelning via internet. Trots de enskilda abonnenternas grundläggande rättigheter kan rätten låta rättighetsinnehavare utverka information som i och för sig

¹⁰ Prop. 2008/09:67, s. 264; NJA 2012 s. 975 (ePhone).

¹¹ Schultz i Bezzazi, SVT, publicerad den 25 maj 2018, <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/expertens-kritik-mitt-intryck-ar-att-det-missbrukas>.

¹² Prop. 2008/09:67, s. 264.

omfattas av internetleverantörernas tystnadsplikt som ett led i att identifiera misstänkta intrångsgörare.

För att uppnå syftet med examensarbetet kommer följande övergripande frågeställning att besvaras.

- Avspeglas det synsätt på förenlighet som lagstiftningen är tänkt att ge uttryck för avseende intresseavvägningen i rättspraxis?

För en lättöverskådlig framställning kommer den övergripande frågeställningen att delas upp i följande särskilda frågor.

- Får internetleverantörernas tystnadsplikt begränsas vid en ansökan om informationsföreläggande?
- Vilka omständigheter ska beaktas vid en proportionalitetsprövning på grund av ett misstänkt intrång i ett upphovsrättsligt verk?
- Tillmäts omfattningen av ett misstänkt intrång i ett upphovsrättsligt verk någon betydelse vid proportionalitetsprövningen?
- Tillmäts det upphovsrättsliga verkets karaktär i vilken ett misstänkt intrång har gjorts någon betydelse vid proportionalitetsprövningen?
- Tillmäts den sökandes syfte med ett informationsföreläggande på grund av ett misstänkt intrång i ett upphovsrättsligt verk någon betydelse vid proportionalitetsprövningen?

1.3 Metod och material

Institutet informationsföreläggande har inte existerat i svensk rätt före Europaparlamentets och rådets antagande av IPRED (även kallad "sanktionsdirektivet"). Direktivet införlivades med svensk rätt år 2009 genom bland annat 53 c–h §§ URL. Eftersom institutet har sitt ursprung i EU-rätten kommer frågeställningen att besvaras genom två olika metoder: den traditionella rättsdogmatiska metoden för svenska rättsnormer och den EU-rättsliga metoden för EU-rättsliga normer.

Genom den rättsdogmatiska metoden beskrivs, tolkas och systematiseras gällande rätt genom användandet av auktoritativa rättskällor.¹³ Metoden förespråkar en hierarki där lag ska följas, rättspraxis bör följas och övriga rättskällor som doktrin och utländsk rätt får följas i den juridiska argumentationen.¹⁴ Doktrin tillmäts större betydelse när rättsläget är oklart eftersom författaren kan bidra med normativa synpunkter för vad som bör gälla.¹⁵ Med denna ordning i beaktande framställs vad som anses vara godkänd juridisk argumentation.¹⁶

Regeringsformen (RF) samt URL och dess förarbeten har därför noggrant beskrivits och analyserats eftersom de beskriver de olika intressen som kan komma i konflikt med varandra. LEK och dess förarbeten har också noggrant beskrivits och analyserats eftersom de datakommunikationstekniskt lägger grund för internetleverantörernas verksamhet. Högsta domstolens och Patent- och marknadsdomstolens beslut om informationsföreläggande har ägnats särskild uppmärksamhet, eftersom det är den rättskipande verksamheten som i varje enskilt fall bedömer hur intresseavvägningen ska göras. Patent- och marknadsdomstolen har fram till den 21 december 2018 gjort 85 proportionalitetsprövningar i ärenden som rör påstådda intrång genom olovlig fildelning av upphovsrättsligt skyddade verk via internet.¹⁷ Alla kommer inte att redogöras eftersom ett stort antal av besluten inte tillför något av substans för att besvara frågeställningen. Doktrin har framförallt beaktats i den mån osäkerhet har kvarstått efter att domstolarnas beslutsskäl har beskrivits. Då utländsk rätt får beaktas inom ramen för den rättsdogmatiska metoden har två beslut meddelade av danska domstolar beskrivits och analyserats i anslutning till svensk rättspraxis för att anlägga ett belysande perspektiv. Nyhetsartiklar har

¹³ Peczenik (1995), s. 214ff.

¹⁴ Bernitz m.fl. (2010), s. 29; Peczenik (1995), s. 214ff.; Sandgren, JT 1999/00, s. 868.

¹⁵ Agell, SvJT 2002, s. 245.

¹⁶ Sandgren, TfR 2005, s. 649.

¹⁷ Ärenden där rätten har meddelat avslag på grund av att beviskravet inte har uppfyllts är inte inkluderade i beräkningen.

använts för att belysa den aktuella debatten rörande kopplingen mellan rättighetsinnehavarnas syfte med en ansökan om informationsföreläggande och det stora antalet kravbrev som påstås ha ställts ut till misstänkta intrångsgörare i Sverige. I den genomgående juridiska argumentationen har rättskällorna systematiserats i enlighet med den rättsdogmatiska metoden och har satts i sina sammanhang för att besvara den övergripande frågeställningen.

Förutom ovanstående rättskällor har EU-rättsligt material undersökts på grund av informationsföreläggandets ursprung. Rätten till information har sedan tidigare reglerats av TRIPS (en. *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Detta avtal har därför i relevanta delar beskrivits i samband med IPRED. Aktuella bestämmelser som ligger till grund för internetleverantörernas verksamhet har sina ursprung i e-Privacy-direktivet¹⁸ (även kallad för "kommunikationsdirektivet"). Internetleverantörernas rättsliga skyldighet att lagra abonnenternas trafik- och abonnemangsuppgifter vid internetanvändning under viss tid har tidigare reglerats av datalagringsdirektivet¹⁹, vilket emellertid ogiltigförklarades av EU-domstolen år 2014.²⁰ Datalagringsdirektivet kan dock fortfarande vara relevant, dels eftersom dess bestämmelser som har införlivats med svensk rätt fortfarande existerar,²¹ dels eftersom datalagringsdirektivet diskuterades vid bedömningen om rätten till information i EU-domstolens praxis före dess ogiltigförklarande.²²

¹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation).

¹⁹ 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.

²⁰ De förenade målen C-293/12 och C-594/12 (DRI), EU:C:2014:238, p. 69–71.

²¹ Se 6 kap. 16 a–f §§ LEK.

²² Se exempelvis C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 40–45.

Den personliga integriteten är ett rättsligt begrepp som bland annat innebär rätt till skydd för personuppgifter och privatliv.²³ Rätten till skydd för privatliv är en grundläggande mänsklig rättighet som regleras i Europakonventionen ("EKMR") och EU:s rättighetsstadga, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt²⁴ ("FEUF"). Skyddet för personuppgifter har sedan 25 maj 2018 fått utökats genom antagandet av dataskyddsförordningen²⁵ ("GDPR"). I ljuset av denna materialsamling har EU-domstolens praxis undersökts eftersom det är domstolens uppgift att slutgiltigt tolka hur olika normer inom ramen för unionsrättsordningen ska tolkas och tillämpas.²⁶ EU-domstolens avgöranden är enligt fast praxis bindande för medlemsstaterna.²⁷

För att rättsläget ska kunna beskrivas på ett adekvat sätt är det därför nödvändigt att den EU-rättsliga metoden används.²⁸ Skillnaden mellan denna metod och den rättsdogmatiska metoden framgår i princip av omfattningen och betydelsen av EU-domstolens praxis.²⁹ EU-domstolen har emellanåt ansetts ägna sig åt en alltför rättsskapande verksamhet som rätteligen borde förbehållas unionslagstiftaren.³⁰ Det kan även uttryckas som att EU-domstolen utvecklar och utnyttjar allmänna principer i syfte att skapa vad som framstår som en legitim rättslig grund för sina avgöranden.³¹ Denna kritik har beaktats när EU-domstolens praxis har studerats. I syfte att nyansera EU-domstolens avgöranden har därför generaladvokatens förslag till avgörande beaktats. Dessa förslag utgör inte en dom och har därför inte

²³ Begreppet beskrivs närmare under rubrik 3.4.

²⁴ Den konsoliderade versionen 2012/C 326/01.

²⁵ Europaparlamentets och rådets förordning 2016/679 av den 27 april 2016 som skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG.

²⁶ Se exempelvis C-99/00 (Lyckeskog), EU:C:2002:329 p. 14–16.

²⁷ Se exempelvis C-173/09 (Elchinov), EU:C:2010:581, p. 29 med hänvisningar.

²⁸ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 34 och 173, jfr Reichel i Korling & Zamboni (2013), s. 109, för liknande uppfattning. Hon anser att den EU-rättsliga metoden är ett sätt att hantera EU-rättsliga källor.

²⁹ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 40ff.

³⁰ Korling & Zamboni (2013), s. 130; Rosén & Granmar, SvJT 2015, s. 347ff.

³¹ Hartley (2007), s. 131.

lika högt rättskällevärde, men kan få betydelse när en rättsfråga diskuteras.³²

1.4 Avgränsningar

Institutet informationsföreläggande består av flera beståndsdelar. Alla delar förutom proportionalitetsprövningen i 53 d § URL kommer därför enbart att beröras översiktligt i sådan grad att proportionalitetsprövningen förstås i sitt sammanhang, eftersom dessa inte är relevanta för den övergripande frågeställningen.

Tings- och hovrätternas beslut om informationsföreläggande före Patent- och marknadsdomstolens inrättande har avgränsats från eftersom domstolarnas beslutsskäl rörande proportionalitetsprövningen är mycket kortfattade och saknar tillräcklig substans för att besvara de särskilda frågeställningarna. Det beror också på att EU-domstolen har meddelat avgöranden av betydelse efter Patent- och marknadsdomstolens inrättande vilka förtjänar särskild uppmärksamhet.

Andra immaterialrättsliga intrång än upphovsrättsliga intrång via internet har avgränsats från på grund av att upphovsrättsliga intrång har legat till grund för en stor del av alla ansökningar om informationsförelägganden hos Patent- och marknadsdomstolen. Intrång genom fildelning via internet har därför till stor del präglat rättsutvecklingen avseende internetleverantörernas tystnadsplikt och avvägningen mellan de grundläggande rättigheterna.

Informationsföreläggande är ett civilrättsligt institut som en rättighetsinnehavare kan använda för att utverka information om ett misstänkt intrång.³³ Informationsförelägganden riktade mot andra än

³² Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 116ff.

³³ Prop. 2008/09:67, s. 1f.

internetleverantörer och eventuella straffrättsliga aspekter har lämnats utanför framställningen.

1.5 Disposition

I andra kapitlet förklaras tekniska begrepp som är nödvändiga för att begripa hur ett upphovsrättsligt intrång görs via internet. Vidare förklaras vissa upphovsrättsligt och datakommunikationstekniska termer som är viktiga att begripa för att den fortsatta framställningen ska förstås på ett meningsfullt sätt.

I tredje kapitlet ges inledningsvis en bakgrund till institutet informationsföreläggande. Därefter beskrivs noggrant normerna som ligger till grund för internetleverantörernas verksamhet i relevanta delar och vilka olika grundläggande rättigheter som kan komma att ställas mot varandra vid en ansökan om informationsföreläggande. Slutligen beskrivs IPRED i relevanta delar och implementeringen av rätten till information i URL.

I fjärde kapitlet beskrivs och analyseras proportionalitetsprövningen noggrant och löpande utefter de särskilda frågeställningarna som har ställts; varje särskild frågeställning besvaras genom varje delkapitel. Domstolarnas beslut kommer att diskuteras för att diskutera om det synsätt på förenlighet som lagstiftningen är tänkt att ge uttryck för avseende intresseavvägningen avspeglas i den rättskipande verksamheten.

I femte kapitlet sammanfattas diskussionen där det även görs några avslutande kommentarer kring rättsläget och den fortsatta rättsutvecklingen.

2 Fildelning

2.1 Allmänt om fildelningsteknik

"Fildelning" är en term som används när någon tillgängliggör datafiler, exempelvis film och musik, som finns på ens egen dator för andra användare via internet samtidigt som denne själv får möjlighet att kopiera datafiler som finns på andra användares datorer. Med användare avses enligt 1 kap. § LEK den som använder en allmänt tillgänglig elektronisk kommunikationstjänst. Fildelning är med andra ord en teknik som innebär *såväl* tillgängliggörande av datafiler *som* kopiering av dessa inom ett och samma datornät.³⁴ Med *tillgängliggörande* avses exempelvis uppladdning av ett verk via internet.³⁵ Med *kopiering* avses exempelvis nedladdning av ett verk via internet.³⁶ Det måste göras skillnad mellan begreppen i upphovsrättsliga sammanhang eftersom proportionalitetsprövningen vid ansökan om informationsföreläggande påverkas av bland annat sättet enligt vilket ett misstänkt intrång har ägt rum.

Ett flertal olika program och tekniker för fildelning har utvecklats för att koppla samman datorerna. Den dominerande tekniken är så kallad *peer-to-peer* (P2P). Denna teknik innebär att det inte finns någon centralt bestämd konfiguration, utan de kommunicerande datorerna är jämbördiga med varandra.³⁷ Numera används ofta programmet och protokollet *BitTorrent* som utgörs av en samling regler för hur två eller flera enheter ska kommunicera med varandra. Programmet delar upp en digital fil i små delar vilka sedermera kan laddas ned från varje dator i nätet som har någon av delarna. Innan nedladdningen inleds laddas en mycket liten datafil ned som

³⁴ Prop. 2008/09:67, s. 138; Ds 2007:29, s. 335.

³⁵ Jfr 2 § tredje stycket URL.

³⁶ Prop. 2008/09:67, s. 138.

³⁷ Ds 2007:29, s. 335.

innehåller information om den fil användaren egentligen är intresserad av (en. *torrent*). En *torrent* innehåller metadata som låter BitTorrent-programvaran veta var datafilerna kan laddas ned ifrån³⁸ En *torrent* kan förenklat beskrivas som ett verktyg för att genomföra en nedladdning.

Så snart en användare har laddat ned en viss mängd av datafilerna till sin hårddisk börjar användaren automatiskt dela med sig av filerna till andra användare inom nätet. En server har till uppgift att sammankoppla alla aktiva användare (en. *tracker*). En *tracker* åsätter ett matematiskt fingeravtryck kopplat till varje användares dator som efterfrågar vissa datafiler (hashvärde). Vid fildelning går det inte att identifiera en viss dator, utan i stället en IP-adress (en. *Internet Protocol Address*).³⁹ En IP-adress är ett unikt nummer som kan användas för att identifiera en användare som är uppkopplad mot internet.⁴⁰ Adressen består av en kombination av siffror som tilldelas en viss användare vid ett visst givet tillfälle och kan med andra ord sägas syfta till att identifiera en användare.⁴¹

Det som ur ett upphovsrättsligt perspektiv är intressant är att P2P- och BitTorrent-teknikerna sammanfattningsvis innebär att varje användare som laddar ned datafiler nästan uteslutande också laddar upp motsvarande datafiler till andra användare som efterfrågar filerna som är sammankopplade genom samma *tracker*.⁴² Man skulle kunna tänka sig ett typfall då en användare enbart kopierar ett verk utan att för den skull ha tillgängliggjort någon del av det via internet, nämligen det fall då inga andra aktiva användare som efterfrågar datafilerna är kopplade genom samma *tracker*. BitTorrent-programvaror är dock normalt konfigurerade på ett sätt

³⁸ Ds 2007:29, s. 336.

³⁹ Ds 2007:29, s. 336.

⁴⁰ Prop. 2008/09:67, s. 124; SOU 2012:51, s. 15.

⁴¹ Ds 2014:23, s. 59; prop. 2011/12:55, s. 101.

⁴² Jfr prop. 2008/09:67, s. 138.

som motverkar användare från att ta del av datafiler utan att samtidigt göra motsvarande filer tillgängliga för andra.⁴³

Om datafiler har laddats ned utan att för den skull också laddas upp, har det i upphovsrättsliga termer enligt 12 § URL skett en *exemplarframställning* på den egna datorn. En sådan kopiering behöver nödvändigtvis inte vara olovlig om den har laddats ned för privat bruk. Det förutsätter dock att rättighetsinnehavaren har samtyckt till kopieringen, exempelvis genom att denne själv har tillgängliggjort verket via internet för att kopieras av gemene internetanvändare. Fildelning är med andra ord inte synonymt med olaglig eller olovlig nedladdning, oaktat att det många gånger kan utgöra olovligt tillgängliggörande eller olovlig kopiering.

2.2 Trafik- och abonnemangsuppgifter

När en enskild person ingår ett avtal med en internetleverantör rörande elektroniska kommunikationstjänster (exempelvis bredband) framgår det regelmässigt av avtalsvillkoren att bolaget samlar *trafikuppgifter* för olika ändamål,⁴⁴ exempelvis för att sköta fakturering, trafikstyrning, kundförfrågningar och tillhandahållande av andra tjänster där uppgifterna behövs. Behandling av trafikuppgifter ska enligt 6 kap. 7 § LEK begränsas till vad som är nödvändigt för verksamheten.

Med trafikuppgift avses enligt artikel 2 (b) e-Privacy-direktivet alla uppgifter som behandlas i syfte att överföra en kommunikation via ett elektroniskt kommunikationsnät eller för att fakturera den. Med *kommunikation* avses enligt artikel 2 (d) i samma direktiv all information som utbyts eller överförs mellan ett begränsat antal parter genom en allmänt tillgänglig elektronisk kommunikationstjänst. Bestämmelserna har införlivats med svensk rätt genom 6 kap. 1 § LEK. Den svenska lagstiftaren har dock valt att behålla den

⁴³ Westman, Ny Juridik, 2:12, 2012, s. 40.

⁴⁴ Se exempelvis Telia Sverige AB:s integritetspolicy, <https://www.telia.se/privat/om/integritetspolicy/>.

tidigare termen *elektroniskt meddelande* i stället för den i e-Privacy-direktivet använda termen kommunikation. Dessa termer ska dock enligt förarbetena till LEK tolkas likadant.⁴⁵ I den fortsatta framställningen kommer termen kommunikation att användas.

Enligt 6 kap. 15 § LEK förs en abonnent in i en abonnentförteckning efter det att avtal om en elektronisk kommunikationstjänst har slutits. Med *abbonent* avses enligt 1 kap. 7 § LEK den som har ingått avtal med en leverantör av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster om tillhandahållande av sådana tjänster. Skillnaden mellan en abonnent och användare är alltså att en abonnent har ingått avtal med leverantören medan en användare blott använder tjänsten. Såväl namn på och adress till abonnenten som dennes IP-adress utgör *abonnemangsuppgifter*.⁴⁶ Enligt 6 kap. 20 § LEK omfattas trafik- och abonnemangsuppgifter av internetleverantörernas tystnadsplikt.⁴⁷

Förenklat uttryckt innehåller en trafikuppgift information om internetanvändning i termer av vad, när och mellan vilka IP-adresser, medan en abonnemangsuppgift innehåller information om identiteten kopplad till en IP-adressen vid ett visst givet tillfälle. För att en abonnemangsuppgift ska vara av värde för sökanden vid ansökan om informationsföreläggande är det nödvändigt att det finns trafikuppgifter som kartlägger hur IP-adressen har använts.⁴⁸ Sedan datalagringsdirektivet har ogiltigförklarats år 2014 ska dessa uppgifter enligt 6 kap. 5 § LEK utplånas eller aidentifieras när uppgifterna inte längre behövs för att överföra en kommunikation. Detta är något som kan försvåra rättighetsinnehavarnas möjligheter att utverka information.⁴⁹

⁴⁵ Prop. 2002/03:110, s. 389.

⁴⁶ Prop. 2008/09:67, s. 124; SOU 2012:51, s. 15; Ds 2014:23, s. 36.

⁴⁷ Internetleverantörernas tystnadsplikt beskrivs närmare under rubrik 3.3

⁴⁸ Trafik- och abonnemangsuppgifter beskrivs närmare under rubrik 3.3.

⁴⁹ Se närmare under rubrik 3.3

3 Rätten till information

3.1 Bakgrund

Rätten till information har sin grund i TRIPS som började gälla den 1 januari 1995. Avtalet är multilateralt och är bindande för alla länder som är medlemmar i världshandelsorganisationen World Trade Organization (WTO), vilket omfattar alla EU-länder. Artikel 41 i avtalet föreskriver bland annat att staterna ska ha regler som gör det möjligt att vidta effektiva åtgärder mot immaterialrättsliga intrång. Enligt artikel 47 i avtalet får staterna ge rättsliga myndigheter behörigheten att förelägga en intrångsgörare att förse rättighetsinnehavaren med information om ett intrångs omfattning. Den rätt till information som TRIPS stadgar förutsätter alltså att den intrångsgöraren är identifierad redan vid begäran om information. Innan, och vid tiden för TRIPS-avtalets ratifikation, fanns det i svensk rätt inga specifika och heltäckande bestämmelser som gav rättighetsinnehavare rätt till information. Information kunde fås genom bevisupptagning för framtida säkerhet, intrångsundersökning, edition, vittnesförhör och partsförhör. Den information som en rättighetsinnehavare kunde få var alltså i princip åtkomlig endast mot en redan *utpekad* intrångsgörare.

År 1998 presenterade EU-kommissionen grönboken om att bekämpa pirattillverkning och varumärkesförfalskning på den inre marknaden i syfte att bedöma den befintliga lagstiftningen och huruvida det krävs insatser på unionsnivå.⁵⁰ I grönboken konstaterades att intrångsgörande verksamhet förekommer i stor omfattning. Kommissionen ansåg därför att det immaterialrättsliga skyddet behövde stärkas eftersom TRIPS inte ansågs

⁵⁰ KOM (1998) 569 slutlig, s. 7.

tillförsäkra ett tillräckligt skydd.⁵¹ Trots TRIPS, förelåg det stora skillnader i hur medlemsstaterna säkerställde skyddet för immateriella rättigheter. Av skäl 8 i ingressen till IPRED framgår att denna diskrepans motverkade den effektiva inre marknaden som eftersträvades genom införandet av IPRED.

Av skälen 1,2 och 15 i ingressen till IPRED framgår att en framgångsrik marknad där innovation och kreativitet främjas förutsätter immaterialrättsligt skydd utan att yttrandefrihet, ett fritt informationsbyte eller skydd för personuppgifter äventyras. Utan harmoniseringsåtgärder ansågs det enligt skäl 9 i ingressen till direktivet att näringslivet skulle kunna komma att förlora förtroendet för den inre marknaden; något som på sikt skulle kunna leda till sjunkande investeringar i innovation och nyskapande.

Enligt skälen 3 och 10 i ingressen till IPRED syftar direktivet till att säkerställa att medlemsstaterna tillämpar effektivt immaterialrättsligt skydd för att uppnå en hög, likvärdig och enhetlig skyddsnivå på den inre marknaden. Av artikel 2.1 i direktivet framgår att en minimireglering är föreskriven, vilket innebär att gemenskapslagstiftaren har överlåtit möjligheten, att införa mer gynnsamma regler än vad som föreskrivs för rättighetsinnehavare, till medlemsstaterna.

Vid misstanke om att ett intrång har begåtts i ett upphovsrättsligt skyddat verk, kan enligt artikel 8.1 IPRED den som äger rättigheterna till ett upphovsrättsligt verk under vissa förutsättningar utverka information från intrångsgörare och/eller andra som på visst sätt har befattat sig med ett intrång. Det kan exempelvis röra sig om olovlig fildelning via internet. Under dessa förhållanden är internetleverantören den som enligt artikel 8.1 (c) befattat sig med intrånget genom att tillhandahålla tjänsten (tillgång till internet) som använts i den intrångsgörande verksamheten.

⁵¹ KOM (2003) 46 slutlig, s. 1ff.

Den 1 april 2009 infördes institutet informationsföreläggande i all immaterialrättslig lagstiftning som en självständig civilrättslig sanktion, exempelvis genom 53 c–h §§ URL. Enligt 53 c § URL får domstol vid vite besluta att exempelvis den som har tillhandahållit en elektronisk kommunikationstjänst ska ge sökanden information om en misstänkt intrångsgörare. Det som utmärker informationsföreläggande från tidigare ordning i svensk rätt är att sökanden kan ansöka om att få information om en för denne misstänkt *oidentifierad* intrångsgörare.

När informationsföreläggande infördes i svensk rätt var de allmänna domstolarna behöriga domstolar. Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt inrättades den 1 september 2016. Enligt 1 kap. 4 § lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar och 58 § URL är det Patent- och marknadsdomstolen som är behörig domstol vid ansökan om informationsföreläggande. Enligt 53 e § andra stycket URL handläggs en ansökan om informationsföreläggande som ett ärende enligt lag (1996:242) om domstolsärenden om det inte redan pågår en rättegång om intrånget mellan samma parter. Eftersom ansökan handläggs som ett ärende, och inte ett mål, meddelar rätten ett *beslut*, och alltså inte en dom.⁵²

3.2 Rätten till skydd för egendom och effektiva rättsmedel

För att Patent- och marknadsdomstolen ska kunna meddela ett informationsföreläggande måste sökanden enligt 53 c § första stycket URL visa *sannolika skäl* för att tre omständigheter föreligger; dels för att en rättighet har immaterialrättsligt skydd, dels för att sökanden är rättighetsinnehavare, dels för att intrång har skett i denna rättighet. Dessa tre beståndsdelar benämns gemensamt för *beviskrav*. Beslutet ska vidare enligt samma bestämmelse kunna antas underlätta utredningen av

⁵² Jfr 27 § lagen (1996:242) om domstolsärenden.

intrånget. I artikel 8.1 IPRED föreskrivs det att ansökan ska vara *berättigad*. Uttrycket preciseras varken i direktivet eller EU-domstolens praxis, men det har i förarbetena till URL tolkats dels som att sökanden ska ha ett befogat intresse av att få tillgång till information dels att sökanden åberopar tillräcklig bevisning för att ett intrång har ägt rum.⁵³

EU-domstolen uttalade i Coty-målet att artikel 8.1 IPRED utgör en *konkretisering* av den grundläggande rätten till *effektiva rättsmedel*, som garanteras i artikel 47 i EU:s rättighetsstadga. Enligt bestämmelsen har var och en rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, om unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts. I bestämmelsens andra artikel förtydligas att detta innebär att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag. Rätten till effektivt rättsmedel förutsätter alltså att en annan fri- eller rättighet enligt stadgan har kränkts. Vid misstänkt intrång i en upphovsrätt aktualiseras den grundläggande rättigheten till *skydd för egendom*. Var och en har enligt artikel 17 i EU:s rättighetsstadga bland annat rätt att förfoga över sina immateriella rättigheter. Vidare anges det att ingen får berövas sin immateriella rättighet utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag. Motsvarande rättighet tillförsäkras enligt artikel 1 i tilläggsprotokollet till EKMR där var och ens rätt till sin egendom ska lämnas okränkt. Ingen får enligt bestämmelsen berövas sin egendom annat i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och av folkrättens allmänna grundsatser. I den fortsatta framställningen benämns de grundläggande rättigheterna till skydd för egendom och effektiva rättsmedel som *effektivt immaterialrättsligt skydd* när båda rättigheterna åsyftas.

EU-domstolen uttalade i NEW WAVE CZ-målet att rätten till effektivt rättsmedel är ett instrument som är nödvändigt för att kunna skydda rätten

⁵³ Prop. 2008/09:67, s. 160f.

till egendom.⁵⁴ Rätten till information är enligt EU-domstolen ett instrument för rättighetsinnehavare ska kunna låta identifiera den som har gjort intrång i en immateriell rättighet. Rätten till information är därför en förutsättning för att rättighetsinnehavare i ett senare skede ska kunna vidta nödvändiga åtgärder, för att exempelvis ansöka om andra interimistiska åtgärder eller för att begära skadestånd.⁵⁵ EU-domstolen ansåg att en rättighetsinnehavare inte kan fastställa eller närmare beräkna det skadestånd som han eller hon har rätt till på grund av ett påstått intrång, om vederbörande inte har full kännedom om omfattningen av intrånget i rättigheten.⁵⁶

EU-domstolens uttalanden i NEW WAVE CZ-målet får anses utgöra ett förtydligande av de uttalanden som gjordes i Coty-målet, det vill säga att det kan vara nödvändigt för rättighetsinnehavare att utverka information för att utreda och beivra misstänkta intrång. För att en sådan ordning ska vara möjlig vid upphovsrättsintrång via internet förutsätter det att internetleverantörernas tystnadsplikt kan begränsas i den mån rättighetsinnehavare ansöker om att utverka uppgifter som omfattas av tystnadsplikt.

3.3 Internetleverantörernas tystnadsplikt

I artikel 5 e-Privacy-direktivet fastslås *principen om konfidentialitet*. Enligt denna ska internetleverantörer i princip säkerställa konfidentialitet rörande användarnas kommunikation och därmed förbundna trafikuppgifter. Förbudet syftar enligt skäl 21 i ingressen till direktivet till att förhindra obehörig åtkomst till uppgifterna. Artikel 5 i direktivet har införlivats med svensk rätt genom 6 kap. 20 § LEK. Bestämmelsen föreskriver en tystnadsplikt för internetleverantörer beträffande såväl trafik- som

⁵⁴ C-580/13 (Coty), EU:C:2015:485, p. 29.

⁵⁵ C-427/15 (NEW WAVE CZ), EU:C:2017:18, p. 25.

⁵⁶ C-427/15 (NEW WAVE CZ), EU:C:2017:18, p. 25.

abonnemangsuppgifter, vilket förhindrar bolagen från att obehörigen föra vidare sådan information.

Enligt artikel 6.1 e-Privacy-direktivet och 6 kap. 5 § LEK ska internetleverantörer utplåna eller avidentifiera lagrade eller på annat sätt behandlade trafikuppgifter som avser abonnenter, när uppgifterna inte längre behövs för att överföra en kommunikation. När en kommunikation är avslutad får trafikuppgifter som huvudregel inte längre lagras. Det exakta ögonblick när överföringen av en kommunikation avslutas kan bero på vilken typ av tjänst som tillhandahålls. Vid olovlig fildelning via internet avslutas kommunikationen vid det ögonblick abonnenten upphör med upp- eller nedladdningen.⁵⁷

Trafikuppgifter som krävs för att fakturera för den elektroniska kommunikationstjänsten får dock enligt artikel 6.2 e-Privacy-direktivet behandlas fram till dess att fordran är betald eller preskription inträtt. Bestämmelsens motsvarighet återfinns i princip 6 kap. 6 § första stycket LEK. Enligt 6 kap. 8 § tredje punkten gäller emellertid inte huvudregeln i 5 och 6 §§ i den utsträckning uppgifterna är nödvändiga för att förhindra och avslöja obehörig användning av en elektronisk kommunikationstjänst. Bestämmelsen stöder sig på artikel 6.5 e-Privacy-direktivet. Det har ansetts kunna vara nödvändigt att lagra trafikuppgifter för att exempelvis utreda tekniska brister, bedrägerier, eller för att säkerställa straff- eller civilrättslig lagföring.⁵⁸ Detta innefattar enligt förarbetena till LEK en tidsmässig begränsning varvid längre tid än ett års lagring inte bör godtas om inte särskilda skäl föreligger, exempelvis att en tvist har uppkommit.⁵⁹

Telia Sverige AB (Telias) och Rätt Internet Kapacitet i Sverige AB (Riksnet) sparar sina abonnenters trafik- och abonnemangsuppgifter i sex månader

⁵⁷ Jfr skäl 27 i ingressen till e-Privacy-direktivet.

⁵⁸ Prop. 2002/03:110, s. 392 jämförd med skäl 29 i ingressen till e-Privacy-direktivet.

⁵⁹ Prop. 2002/03:110, s. 392.

för att skydda kunderna mot internetbedrägerier.⁶⁰ Com Hem AB (Com Hem), Telenor Sverige AB (Telenor) och Ownit Broadband AB (Ownit) sparar motsvarande uppgifter i 21 dagar dels för att skydda abonnenterna mot internetbedrägerier, dels för att öka tjänstens kapacitet, dels för att utveckla tjänsten.⁶¹ Bahnhof AB (Bahnhof) sparar motsvarande uppgifter i 24 timmar för att känsliga uppgifter inte ska vara åtkomliga för exempelvis rättighetsinnehavare vid ansökan om informationsföreläggande, men bolaget har uttalat att det strävar efter att åtminstone halvera denna period.⁶² Samtliga perioder börjar från och med dagen då kommunikationen avslutades och utgör den period under vilken rättighetsinnehavare måste ansöka om informationsföreläggande för att utverka uppgifterna innan de har utplånats.

År 2006 antog Europaparlamentet och rådet datalagringsdirektivet som enligt artikel 1 syftar till att internetleverantörer ska lagra trafik- och abonnemangsuppgifter under minst sex månader för att säkerställa dess tillgänglighet för utredning, avslöjande och åtal av allvarliga brott. Medan e-Privacy-direktivet syftar till att minimera lagring av förevarande uppgifter, syftar datalagringsdirektivet enligt artikel 4 till att lagra dessa under en förhållandevis lång period, dock endast för behöriga myndigheters brottsbekämpande syfte. Datalagringsdirektivet införlivades med svensk rätt genom 6 kap. 16 a–f §§ LEK. Enligt 6 kap. 16 a § har internetleverantörer en rättslig skyldighet att lagra trafik- och abonnemangsuppgifter bland annat för att kunna spåra och identifiera kommunikationskällan samt datum, tidpunkt och varaktigheten för kommunikationen. Uppgifterna får enligt 6 kap. 16 c § endast föras vidare under vissa förutsättningar och till en

⁶⁰ Telia, integritetspolicy, <https://www.telia.se/privat/om/integritetspolicy/data>; Riksnet, integritetspolicy, <https://www.riksnet.se/integritetspolicy/>.

⁶¹ Com Hem, integritetspolicy, <https://www.comhem.se/kundservice/information/integritetspolicy-och-cookies#hurlangesparasuppgifterna>; Telenor, integritetspolicy, <https://www.telenor.se/kundservice/integritet/din-trygghet/behandling-av-person--och-trafikuppgifter/>; Ownit, integritetspolicy, <https://www.ownit.se/integritet>.

⁶²Karlung, Bahnhof, den 24 februari 2017.

myndighet som ska ingripa mot brott. Om en uppgift finns lagrad endast för brottsbekämpande syften får den inte användas för andra syften.⁶³

Samma dag som bestämmelserna om informationsföreläggande trädde i kraft, ansökte Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB och Storyside AB ("Ljudboks-förlagen") om informationsföreläggande mot internetleverantören Perfect Communication Sweden AB ("ePhone") för att utverka namn på och adress till en abonnent med en viss IP-adress.⁶⁴ Beträffande proportionaliteten anförde Ljudboks-förlagen att skälen för ett informationsföreläggande uppvägs eventuella olägenheter eller men som det hade kunnat innebära för internetleverantören eller abonnenten eftersom verken hade tillgängliggjorts via internet, intrången hade skett i stor skala via en enda IP-adress och informationen var nödvändig för att intrången skulle kunna beivras. ePhone bestred yrkandet och anförde att en tillämpning av 53 c § URL strider mot den grundläggande rätten till skydd för privatlivet eftersom det innebär en allvarlig integritetskränkning för abonnenten. Även om ett informationsföreläggande inte skulle vara lagstridigt så menade ePhone att åtgärden inte uppväger den olägenhet eller de men i övrigt som det innebär för abonnenten. ePhone anförde att begärda uppgifter omfattas av datalagringsdirektivet och att höga krav därför måste ställas på proportionalitetsbedömningen. Internetleverantören menade även att bolaget omfattas av tystnadsplikt och att det har en skyldighet att tillvarata sina kunders integritet.

Högsta domstolen beslutade att inhämta ett förhandsavgörande rörande huruvida datalagringsdirektivet hindrar en tillämpning av institutet informationsföreläggande, såsom det har implementerats i svensk rätt. EU-domstolen uttalade att IPRED rör utlämnande av uppgifter inom ramen för en civilprocess i syfte att kunna fastställa immaterialrättrinrång, medan

⁶³ Prop. 2010/11:46, s. 48.

⁶⁴ NJA 2012 s. 975 (ePhone).

datalagringsdirektivet rör lagring för ändamålen utredning, avslöjande och åtal av allvarliga brott.⁶⁵ Bestämmelsen om informationsföreläggande omfattas därför inte av datalagringsdirektivets materiella tillämpningsområde, varför direktivet inte utgör något hinder för att meddela ett informationsföreläggande.⁶⁶

EU-domstolen ogiltigförklarade datalagringsdirektivet i en senare dom år 2014 då unionslagstiftaren ansågs ha överskridit de gränser som proportionalitetsprincipen uppställer mot bakgrund av rättighetsstadgan.⁶⁷ Med anledning av ogiltigförklarandet av datalagringsdirektiv tillsattes en utredning för att konsekvenserna för svensk lagstiftning. Utredningen mynnade ut i att internetleverantörer visserligen inte längre är rättsligt skyldiga att lagra data, men att bolagen fortfarande får lagra data under den period och under de förutsättningar som anges i e-Privacy-direktivet.⁶⁸

Efter det att utredningen publicerats meddelade Tele2 Sverige AB (Tele2) Post- och telestyrelsen (PTS) att bolaget skulle upphöra att lagra uppgifter och radera de uppgifter som tidigare lagrats enligt 6 kap. 16 a–f §§ LEK. PTS beslutade att förelägga Tele2 att lagra uppgifterna för brottsbekämpande ändamål eftersom EU-domstolens ogiltigförklarande av direktivet inte per automatik ansågs medföra att den svenska regleringen som genomför direktivet blir ogiltig. Tele2 överklagade beslutet till förvaltningsrätten.⁶⁹ Rätten resonerade som PTS gjorde rörande direktivets ogiltigförklarande med motiveringen att brottsbekämpning är ett mycket angeläget behov och att den svenska regleringen uppfyller kravet på proportionalitet.

Tele2 överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten.⁷⁰ Rätten beslutade att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen rörande

⁶⁵ C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 40-44.

⁶⁶ C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 45.

⁶⁷ De förenade målen C-293/12 och C-594/12 (DRI), EU:C:2014:238, p. 69–71.

⁶⁸ Ds 2014:23, s. 46.

⁶⁹ Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 14891–14 den 13 oktober 2014.

⁷⁰ RK 2017:1 (Tele2).

huruvida 6 kap. 16 a–f §§ LEK är förenliga med EU-rätten. EU-domstolen slog fast att den svenska lagstiftningen rörande lagring av trafikuppgifter överskrider gränserna för vad som är strängt nödvändigt och kan inte anses motiverad i ett demokratiskt samhälle, såsom det krävs enligt artikel 15.1 e-Privacy-direktivet.⁷¹ Kammarrätten konstaterade att det är klarlagt att 6 kap. 16 a–f §§ LEK står i strid med unionsrätten och att bestämmelserna följaktligen inte kan tillämpas längre.

Numera är uppfattningen att endast de grundläggande bestämmelserna om behandling av trafikuppgifter i 6 kap. 5–8 §§ LEK kan anses gälla.⁷² Trafikuppgifter är alltså tillgängliga hos internetleverantörerna under en viss period, men dessa omfattas som sagt av tystnadsplikt. Av artikel 15.1 e-Privacy-direktivet framgår dock att denna tystnadsplikt inte är absolut, utan att den får begränsas om det med hänsyn till olika intressen är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.⁷³

3.4 Rätten till skydd för personlig integritet

Det finns ingen närmare precisering om vad skyddet för den *personliga integriteten* innebär.⁷⁴ Det beror sannolikt på att det vore opassande att precisera ett begrepp som över tid riskerar att variera.⁷⁵ I förarbetena till RF kom lagstiftaren fram till att det ändå skulle vara möjligt att bedöma vilka intressen som vid ett visst givet tillfälle förtjänar sådant skyddsintresse, att det borde omfattas av ett särskilt starkt skydd mot omotiverade ingrepp.⁷⁶

Det allmänna ska enligt 1 kap. 2 § fjärde stycket RF verka för att värna den enskildes privatliv. Vidare är var och en enligt 2 kap. 6 § andra stycket RF

⁷¹ De förenade målen C-203/15 och C-698/15 (Tele2), EU:C:2016:970, p. 107.

⁷² Andersson, Lag (2003:389) om elektronisk kommunikation 6 kap. 16 a-f §§.

⁷³ Undantagen i anslutning till en ansökan om informationsföreläggande diskuteras närmare under rubrik 4.2.

⁷⁴ SOU 2008:3, s. 72.

⁷⁵ Bernal (2014), s. 33.

⁷⁶ Prop. 2009/10:80, s. 175.

gentemot det allmänna skyddet mot betydande intrång i den personliga integriteten. Enligt artikel 7 i EU:s rättighetsstadga och artikel 8.1 EKMR har var och en grundläggande rättighet till skydd för sitt *privatliv*.⁷⁷ Rätten till skydd för privatliv har ansetts omfatta vem som har haft en IP-adress vid ett visst tillfälle.⁷⁸ Enligt artikel 52.3 i EU:s rättighetsstadga ska rätten till skydd för privatliv i stadgan ges samma innebörd och räckvidd som i EKMR. Var och en har enligt artikel 8 i EU:s rättighetsstadga och artikel 16.1 FEUF en grundläggande rättighet till skydd för sina *personuppgifter*.

En enskild persons rätt till skydd för sitt privatliv får dock enligt artikel 8.2 EKMR inskränkas om det sker genom lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till bland annat landets ekonomiska välbefinnande, till förebyggande av brott eller för andra personers fri- och rättigheter. Enligt EU-domstolens fasta praxis kräver skyddet av den grundläggande rätten till skydd för privatlivet under alla omständigheter, att undantag från och begränsningar av skyddet för personuppgifter ska inskränkas till vad som är strängt nödvändigt. Skyddet för personuppgifter har ansetts vara av särskild betydelse för rätten till skydd för privatlivet.⁷⁹ I doktrin har det uttryckts att begränsningar endast får göras om de är proportionerliga, eller med andra ord, nödvändiga och reflekterar allmänt samhällsintresse eller för att skydda andra människors fri- och rättigheter.⁸⁰ I den fortsatta framställningen benämns de grundläggande rättigheterna till skydd för privatliv och till skydd för personuppgifter som *rätt till skydd för personlig integritet* när båda rättigheterna åsyftas.

Bestämmelser om behandling av personuppgifter införlivades med svensk rätt genom personuppgiftslagen (1998:204) sedan Europaparlamentet och

⁷⁷ Jfr artikel 12 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna som stadgar att ingen får utsättas för godtyckliga ingripanden i sina privatliv.

⁷⁸ NJA 2012 s. 975 (ePhone), p. 10, jfr Copland mot Förenade Konungariket, ansökningsnummer 62617/00, p. 43–44, där rätten uttalar att internetanvändning omfattas av skyddet för privatlivet.

⁷⁹ De förenade målen C-293/12 och C-594/12 (DRI), EU:C:2014:238, p. 52–53.

⁸⁰ Vested-Hansen (2014), s. 179.

rådet antog dataskyddsdirektivet.⁸¹ Personuppgiftslagen och dataskyddsdirektivet upphörde att gälla den 25 maj 2018 då GDPR antogs. Av artikel 4.1 GDPR framgår att en personuppgift utgörs av varje upplysning som avser en identifierad eller identifierbar fysisk person. En identifierbar fysisk person är exempelvis en person som direkt eller indirekt kan identifieras särskilt med hänvisning till en identifierare som ett namn, ett identifikationsnummer, en lokaliseringssuppgift eller online-identifikatorer. Detta innebär enligt EU-domstolen att namn på och adress till abonnenter utgör personuppgifter.⁸²

Det har i utländsk doktrin påståtts att IP-adresser inte bör utgöra personuppgifter eftersom en IP-adress kopplas till den som är registrerad abonnent hos internetleverantören och följaktligen inte nödvändigtvis samma person som exempelvis olovligen har engagerat sig i fildelningsverksamhet via internet.⁸³ EU-domstolen har dock konstaterat att en IP-adress utgör en personuppgift eftersom en IP-adress indirekt identifierar en person genom abonnentförteckningarna som är tillgängliga för abonnentens internetleverantör.⁸⁴ Rättens bedömning grundades på dåvarande artikel 2 (a) i dataskyddsdirektivet. Bedömningen bör dock anses vara lika aktuell nu eftersom definitionen av en personuppgift i direktivet och förordningen skiljer sig i den meningen att förordningen har ett större skyddsomfång, det vill säga att fler uppgifter numera kan utgöra en personuppgift.⁸⁵ Namn på och adress till abonnenter samt vilken IP-adress de har vid ett visst givet tillfälle utgör såväl abonnemangsuppgifter som personuppgifter.

⁸¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter.

⁸² C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, p. 45; C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 52.

⁸³ Edwards (2008), s. 458.

⁸⁴ C-582/14 (Breyer), EU:C:2016:779, p. 49.

⁸⁵ Jfr skäl 9 och 10 i ingressen till GDPR där det förtydligas att målet och principerna med dataskyddsdirektivet fortfarande är giltiga.

Enligt artikel 4.7 GDPR är en internetleverantör i förhållande till dess abonnenter *personuppgiftsansvarig* eftersom bolaget bestämmer ändamålen med behandlingen av på grund av en rättslig skyldighet som föreskrivs i 6 kap. 3 § LEK. I egenskap av personuppgiftsansvarig får en internetleverantör enligt artikel 6.1 GDPR normalt inte föra vidare abonnenternas personuppgifter utan abonnentens samtycke. En personuppgiftsansvarig får dock enligt artikel 6.1 (c) föra vidare sådan information som ett led i att fullgöra en rättslig förpliktelse. Undantaget omfattar exempelvis situationen när Patent- och marknadsdomstolen förelägger en internetleverantör att lämna ut namn på och adress till leverantörens abonnenter till en rättighetsinnehavare vid en ansökan om informationsföreläggande.

3.5 Implementeringen av IPRED i svensk rätt

3.5.1 Allmänt

Enligt EU-domstolens fasta praxis innebär unionsrätten ett krav på att medlemsstaterna, när de införlivar direktiven med nationell rätt, ska utgå från en tolkning av direktiven som gör det möjligt att säkerställa en korrekt balans mellan de olika grundläggande rättigheter som är skyddade enligt unionens rättsordning. Vid genomförandet av införlivandeåtgärderna av dessa direktiv, ankommer det på medlemsstaternas myndigheter och domstolar att inte bara tolka sin nationella rätt på ett sätt som står i överensstämmelse med dessa direktiv, utan även att se till att de inte grundar sig på en tolkning av dem som skulle kunna stå i strid med dessa grundläggande rättigheter eller med andra allmänna principer för unionsrätten.⁸⁶

⁸⁶ C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, p. 70; C-557/07 (LSG), EU:C:2009:107, p. 28; C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 56; C-580/13 (Coty), EU:C:2015:485, p. 33.

3.5.2 Vem har rätt till information?

Enligt artikel 4 IPRED ska rätten att få information tillkomma endast den som äger rättigheterna till ett upphovsrättsligt verk. Medlemsstaterna får dock föreskriva att även andra ska ges rätt till motsvarande information. Såsom IPRED har implementerats i svensk rätt, är upphovsmannen eller dennes rättighetsinnehavare eller den som på grund av upplåtelse har rätt att använda verket (fortsättningsvis "rättighetsinnehavare") enligt 53 b § URL taleberättigade vid en ansökan om informationsföreläggande. Personkretsen utvidgades till att omfatta nyttjare av en rättighet eftersom även dessa kan drabbas hårt av ett intrång och anses därför ha ett lika starkt behov som en rättighetsinnehavare.⁸⁷ Genom den svenska implementeringen av artikel 8 IPRED får rättighetsinnehavare alltså ansöka om att få information i civilrättslig ordning utan att en rättegång pågår och utan avsikten att inleda en rättegång efter att informationen har utverkats.

3.5.3 Vem är skyldig att lämna information?

Enligt 53 c § andra stycket URL omfattar skyldigheten att lämna information den som

1. har gjort eller medverkat till intrånget eller gjort sig skyldig till eller medverkat till överträdelsen,
2. i kommersiell skala har förfogat över en vara som intrånget eller överträdelsen gäller,
3. i kommersiell skala har använt en tjänst som intrånget eller överträdelsen gäller,
4. i kommersiell skala har tillhandahållit en elektronisk kommunikationstjänst eller en annan tjänst som har använts vid intrånget eller överträdelsen, eller

⁸⁷ Prop. 2008/09:67, s. 129f.

5. har identifierats av någon som anges i 2–4 såsom delaktig i tillverkningen eller distributionen av en vara eller tillhandahållandet av en tjänst som intrånget eller överträdelsen gäller.

Personkretsen som information kan utverkas från är utformad i nära anslutning till IPRED, se artikel 8.1 punkterna (a)-(d). Handlingar som utförs i *kommersiell skala* är enligt skäl 14 i ingressen till IPRED sådana som utförs för att uppnå en direkt eller indirekt kommersiell eller ekonomisk fördel. Uttrycket kommersiell skala antyder att det ska handla om en viss omfattning innan en sådan fördel uppnås, men den mer exakta tillämpningen anses ha överlämnats till rättstillämpningen.⁸⁸ Uttrycket infördes i svensk rätt utan ändring eftersom det annars kunde orsaka problem om EU-domstolen skulle förtydliga innebörden av det.⁸⁹

En internetleverantör tillhandahåller sina abonnenter en elektronisk kommunikationstjänst vilken kan användas av abonnenter för att göra intrång i en upphovsrätt via internet. Uttrycket kommersiell skala har ännu inte prövats av rätten, men det får stå klart att en internetleverantör tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster i sådan skala eftersom syftet är att uppnå ekonomisk fördel. Denna situation faller under punkt 4 ovan, vilket innebär att internetleverantörer kan bli skyldiga att lämna information om förutsättningarna i övrigt är för handen.

3.5.4 Vilken typ av information omfattas?

Internetleverantörer kan enligt 53 c § tredje stycket URL föreläggas att ge sökanden information om ett misstänkt intrång. Information får särskilt avse namn på och adress till misstänkta intrångsgörare. Vid misstänkt intrång på grund av olovlig fildelning via internet begärs ofta namn på och adress till en abonnent som hade en viss IP-adress när det misstänkta intrånget ägde

⁸⁸ Levin (2017), s. 595.

⁸⁹ Prop. 2008/09:67, s. 132f.

rum.⁹⁰ Uppräkningen i 53 c § tredje stycket motsvarar i princip den som föreskrivs i IPRED, se artikel 8.2 (a)-(b). Listan är dock inte uttömmande vilket understryks med ordvalen "får särskilt avse".

Patent- och marknadsdomstolen har ännu inte förelagt internetleverantörer att utge annan information än namn på och adress till misstänka intrångsgörare. M.I.C.M. MIRCOM International Content Management & Consulting LTD (MIRCOM) ansökte om informationsföreläggande mot Telia för att utverka information om 295 abonnenter med vissa IP-adresser på grund av olovlig fildelning av hundratals pornografiska filmer.⁹¹ MIRCOM begärde att få namn och personnummer på samt adress till samtliga 295 abonnenter. Telia bestred yrkandet om informationsföreläggande beträffande utverkande av personnummer eftersom uppgiften typiskt sett är mer integritetskänslig än uppgifter om namn och adress. Bolaget anförde att namn på och adress till abonnenterna är tillräckligt för att identifiera dem. Patent- och marknadsdomstolen delade Telias mening, att personnummer är en integritetskänslig uppgift som inte ska behandlas i vidare mån än vad som är nödvändigt i förhållande till ändamålen bakom varför det ska överlämnas till en annan part. Informationsföreläggandet omfattade därför inga personnummer.⁹²

3.5.5 Förutsättningar för att vinna bifall

Skälen för att meddela ett informationsföreläggande ska enligt 53 d § URL uppväga den olägenhet eller det men i övrigt som det innebär för den som drabbas av det eller för något annat motstående intresse (proportionalitetsprövning). Enligt artikel 8.1 IPRED ska en ansökan förutom att vara berättigad, även vara *proportionell* för att vinna bifall. Uttrycket har inte preciserats i direktivet, men det har tolkats som att eventuella

⁹⁰ Prop. 2008/09:67, s. 263.

⁹¹ PMÄ 9758–17 den 27 september 2017.

⁹² Beslutet diskuteras mer ingående under rubrik 4.2 rörande proportionalitetsprövningen.

olägenheter för innehavaren av informationen och för den som informationen avser ska beaktas när beslutet fattas.⁹³

Ett ärende om informationsföreläggande är av indispositiv karaktär; domstolen kan inte bifalla talan enbart på grund av att den mot vilken talan är riktad medger att lämna ut informationen. Det innebär att domstolen alltid ska göra en självständig prövning av om beviskravet och kravet på proportionalitet är uppfyllt.⁹⁴ Den fakultativa utformningen av 53 d § URL (domstolen *får* besluta) innebär att sökanden inte har någon ovillkorlig rätt att få ett sådant föreläggande meddelat, även om kriterierna i och för sig är uppfyllda.

⁹³ Prop. 2008/09:67, s. 160f.

⁹⁴ Prop. 2008/09:67, s. 259.

4 Proportionalitetsprövningen

4.1 Allmänt

Innan en proportionalitetsprövning görs, måste sökanden ha uppfyllt beviskravet, det vill säga visat sannolika skäl för att en rättighet har upphovsrättsligt skydd, att sökanden är talerätsberättigad och att intrång har skett i denna rättighet. Sedan beviskravet är uppfyllt, ska rättsens bedömning ta sikte på sökandens behov av den information som begärs för angivet syfte med informationsföreläggandet. Om sökanden anses ha ett befogat intresse av all eller del av den begärda informationen, ska rätten därefter göra en proportionalitetsprövning. Rättighetsinnehavare har som utgångspunkt ett befogat intresse av att få information för att utreda omfattningen av intrånget och att identifiera de som har varit delaktiga i detta.⁹⁵

Proportionalitetsprövningen omfattar inte bara ett hänsynstagande till rättighetsinnehavaren och internetleverantören (parterna); den omfattar enligt 53 d § URL även den som i övrigt drabbas av informationsföreläggandet eller för något annat motstående intresse. Inom ramen för denna framställning avses med övriga personer abonnenterna vars personuppgifter är föremål för utlämnande. Behovet av ett informationsföreläggande ska alltså vägas mot effekterna för internetleverantörerna och abonnenternas rätt till skydd för personlig integritet. I varje enskilt fall ska domstolen pröva om ett informationsföreläggande över huvud taget behöver meddelas med hänsyn till omständigheterna eller om syftet kan tillgodoses genom någon mindre ingripande åtgärd.⁹⁶ Annorlunda uttryckt så innebär proportionaliteten att

⁹⁵ C-427/15 (NEW WAVE CZ), EU:C:2017:18, p. 25.

⁹⁶ Prop. 2008/09:67, s. 264.

ett informationsföreläggande ska vara ändamålsenligt, nödvändigt och icke-excessivt.⁹⁷

Nästan alla ansökningar om informationsföreläggande görs av rättighetsinnehavare till filmverk. Rättighetsinnehavare låter i regel särskild mjukvara användas för insamling av IP-adresser som har använts för olovlig fildelning via internet, filens identitet samt datum och klockslag för det påstådda intrånget.⁹⁸ Insamlade uppgifter åberopas därefter som bevisning vid en ansökan om informationsföreläggande till stöd för att upphovsrättsintrång har ägt rum via internet. Den information som normalt begärs av sökanden är namn på och adress till de abonnenter vars IP-adresser påstås ha använts för att göra upphovsrättsintrång.⁹⁹ Patent- och marknadsdomstolen har som sagt fram till den 21 december 2018 gjort 85 proportionalitetsprövningar i ärenden som rör påstådda intrång genom olovlig fildelning av upphovsrättsligt skyddade verk via internet. Gemensamt för samtliga av dessa ärenden är att Patent- och marknadsdomstolen har meddelat informationsföreläggande eftersom det har ansetts proportionerligt.

Kommissionen har enligt skälen i ingressen till 15,17 och 32 till IPRED insett och reflekterat över den omständigheten, att rätten till information riskerar att ge upphov till intressekonflikter. I artikel 8.3 IPRED klargörs att rätten till information inte ska påverka tillämpningen av andra lagbestämmelser som bland annat reglerar ansvar för missbruk av rätten till information (8.3 (c)) samt sekretesskydd för informationskällor eller behandling av personuppgifter (8.3 (e)). EU-domstolen har konstaterat att såväl ett starkt skydd för immateriella rättigheter som ett starkt skydd för den personliga

⁹⁷ Jfr Westberg (2004), s. 204.

⁹⁸ Se exempelvis PMÄ 13753–16 den 28 december 2016.

⁹⁹ Prop. 2008/09:67, s. 162.

integriteten är viktiga och att dessa måste balanseras mot varandra i händelse av konflikt.¹⁰⁰

Enligt artikel 8.1 jämförd med artikel 8.3 (e) IPRED ska skyddet av olika rättigheter säkerställas. I bestämmelserna anges bland annat rätten till information och rätten till skydd för personuppgifter. Av skäl 32 i ingressen till IPRED framgår att direktivet särskilt syftar till att säkerställa att immateriella rättigheter respekteras full ut i enlighet med de grundläggande rättigheterna och principer som framgår av EU:s rättighetsstadga. Samtidigt framgår det av skälen 2 och 15 i ingressen till IPRED, och artikel 2.3 (a) i direktivet, att skyddet för immateriell egendom inte ska utgöra hinder för bland annat skyddet för personuppgifter. EU-domstolen har tolkat detta som att IPRED i synnerhet inte får påverka dataskyddsdirektivet (numera GDPR).¹⁰¹

Av förarbetena till URL framgår att avvägningen mellan informationsbehovet och integritetsintresset gör sig särskilt gällande när ett informationsföreläggande omfattar abonnemangsuppgifter. Det innebär enligt Högsta domstolen att rätten till skydd för privatliv såväl som rätten till skydd för immateriella rättigheter måste respekteras och att det i lagstiftningen ska göras en avvägning mellan dessa.¹⁰² Proportionalitetsprövningen vid ansökan om informationsföreläggande handlar följaktligen om hur skyddet för olika grundläggande rättigheter kan förenas med varandra.

Proportionalitetsprövningen kan delas upp i olika moment. Först och främst ska Patent- och marknadsdomstolen säkerställa att internetleverantörernas tystnadsplikt får begränsas. Därefter följer problematiken kring hur de grundläggande rättigheterna ska balanseras mot varandra vid en

¹⁰⁰ Se exempelvis C-275/06 (*Promusicae*), EU:C:2008:54 och C-461/10 (*ePhone*), EU:C:2012:219; jfr prop. 2008/09:67, s. 141 för liknande resonemang.

¹⁰¹ C-580/13 (*Coty*), EU:C:2015:485, p. 32.

¹⁰² NJA 2012 s. 975 (*ePhone*), p. 10.

intresseavvägning. Patent- och marknadsdomstolen har hittills beaktat intrångets omfattning och till viss del verkets karaktär utöver en allmän intresseavvägning. Rätten har även haft möjlighet att beakta sökandens syfte med begärd information. Dessa moment diskuteras var för sig nedan.

4.2 Behörigt utlämnande av information

4.2.1 Allmänt

Ett informationsföreläggande som omfattar namn på och adress till en internetleverantörs abonnenter avser sådan information som omfattas av tystnadsplikt enligt 6 kap. 20 § LEK. För att internetleverantörerna ska få föra vidare sådan information krävs det att det sker behörigen. Ett riktat informationsföreläggande från Patent- och marknadsdomstolen är ett exempel på en omständighet som ger internetleverantörerna behörighet att föra vidare abonnemangsuppgifter. Enligt e-Privacy-direktivet och GDPR utgör abonnemangsuppgifter skyddade personuppgifter. För att rätten ska kunna meddela ett informationsföreläggande som omfattar sådana uppgifter måste personuppgiftsskyddet få begränsas så att undantag kan göras från tystnadsplikten. Det råder dock delade meningar huruvida en sådan begränsning får göras.

4.2.2 Undantag från tystnadsplikten

Högsta domstolen uttalade i ePhone-ärendet att tystnadsplikten är underordnad andra bestämmelser som innebär att information får lämnas ut eftersom tystnadsplikten är utformad som ett förbud mot *obehöriga* utlämnanden. Ett utlämnande är alltså *behörigt* om ett informationsmeddelande lagligen kan meddelas av rätten.¹⁰³ Uttalandet har stöd i förarbeten där det understryks att denna typ av tystnadsplikt per definition är underordnad andra bestämmelser som innebär att information

¹⁰³ NJA 2012 s. 975 (ePhone), p. 20 och 29.

ska lämnas ut, eftersom utlämnandet i sådana fall inte är obehörigt.¹⁰⁴ EU-domstolen konstaterade i ePhone-målet att namn på och adress till misstänkta intrångsgörare utgör personuppgifter enligt artikel 2 första stycket e-Privacy-direktivet jämförd med artikel 2 (b) dataskyddsdirektivet (numera motsvarande artikel 4.1 GDPR).¹⁰⁵ Eftersom ett informationsföreläggande omfattar skyddade personuppgifter krävs det att utlämnande av sådana uppgifter sker i enlighet med såväl e-Privacy-direktivet som GDPR. För att undantag från principen om konfidentialitet ska kunna göras krävs det att artikel 15 e-Privacy-direktivet är tillämpligt som i sin tur hänvisar till undantagsituationer i GDPR. EU-domstolen hänvisar i denna bedömning till det tidigare Promusicae-målet.

Den huvudsakliga frågan i Promusicae-målet var hur skyddet för olika grundläggande rättigheter kan förenas med varandra, något som ansågs vara nödvändigt.¹⁰⁶ I målet rörde det sig om rätten till ett å ena sidan effektivt immaterialrättsligt skydd och ett å andra sidan skydd för den personliga integriteten. EU-domstolen konstaterade att Internetleverantörernas tystnadsplikt inte är absolut. Enligt artikel 15.1 e-Privacy-direktivet får medlemsstaterna genom lagstiftning begränsa omfattningen av bland annat skyldigheten att garantera konfidentialitet enligt artikel 5 och 6 i direktivet. Det förutsätter dock att en sådan begränsning är nödvändig, lämplig och proportionell i ett demokratiskt samhälle för att skydda nationell säkerhet, försvaret och allmän säkerhet samt för förebyggande, undersökning, avslöjande av och åtal för brott eller vid obehörig användning av ett elektroniskt kommunikationssystem enligt artikel 13.1 dataskyddsdirektivet. (nuvarande motsvarande artikel 23.1 GDPR).¹⁰⁷ Enligt såväl artikel 13.1 dataskyddsdirektivet som artikel 23.1 GDPR får personuppgiftsskyddet begränsas på de grunder som räknas upp i

¹⁰⁴ Ds 2007:19, s. 182.

¹⁰⁵ C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 52, jfr C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, p. 45 och C-582/14 (Breyer), EU:C:2016:779, p. 49 för liknande resonemang.

¹⁰⁶ C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, p. 65.

¹⁰⁷ C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, p. 50.

artikel 15.1 e-Privacy-direktivet. Det får dock även begränsas med hänsyn till den registrerades eller andras fri- och rättigheter, något som inte räknas upp i artikel 15.1 e-Privacy-direktivet. Dessa fri- och rättigheter beskrivs inte närmare varken i dataskyddsdirektivet eller GDPR.

Generaladvokaten har i sitt förslag till avgörande i Promusicae-målet konstaterat att de grunder som räknas upp i artikel 15.1 e-Privacy-direktivet visserligen framgår av artikel 13.1 dataskyddsdirektivet.¹⁰⁸ Hon uppmärksammade att viss diskrepans råder mellan bestämmelserna eftersom det i dataskyddsdirektivet stadgas ytterligare en grund för begränsning av personuppgiftsskyddet som inte framgår av e-Privacy-direktivet.¹⁰⁹ Generaladvokaten anförde att hänvisningen till artikel 13.1 dataskyddsdirektivet kan uppfattas som en hänvisning till samtliga grunder som anges där. Mot en sådan tolkning talar dock att alla undantagsgrunder i artikel 13.1 dataskyddsdirektivet förutom ett uttryckligen anges i artikel 15.1 e-Privacy-direktivet.¹¹⁰ Generaladvokaten hänvisade till lagstiftningsförfarandet där kommissionen uttryckte att den medvetet valde att inte räkna upp alla undantagsgrunder som anges i artikel 13.1 dataskyddsdirektivet.¹¹¹ Hon påpekade också att artikel 15.1 e-Privacy-direktivet utgör en specifik bestämmelse i förhållande till artikel 13.1 dataskyddsdirektivet som har ett brett tillämpningsområde.¹¹² Under dessa förhållanden, kan skyddet för andras fri- och rättigheter enligt artikel 13.1 dataskyddsförordningen inte motivera att personrelaterade trafikuppgifter lämnas ut eftersom detta inte uttryckligen anges bland undantagen i e-Privacy-direktivet.¹¹³

¹⁰⁸ Generaladvokatens förslag till avgörande, C-275/06 (Promusicae), EU:C:2007:454, p. 84.

¹⁰⁹ Generaladvokatens förslag till avgörande, C-275/06 (Promusicae), EU:C:2007:454, p. 85.

¹¹⁰ Generaladvokatens förslag till avgörande, C-275/06 (Promusicae), EU:C:2007:454, p. 86.

¹¹¹ Generaladvokatens förslag till avgörande, C-275/06 (Promusicae), EU:C:2007:454, p. 87.

¹¹² Generaladvokatens förslag till avgörande, C-275/06 (Promusicae), EU:C:2007:454, p. 88.

¹¹³ Generaladvokatens förslag till avgörande, C-275/06 (Promusicae), EU:C:2007:454, p. 89.

Det är viktigt att påpeka att generaladvokatens förslag till avgörande inte är bindande eftersom det inte omfattas av EU-domstolens dom. Precis som doktrin, kan det dock vara viktigt att beakta förslagen eftersom dessa belyser den osäkerhet som kan råda i rättsläget, även om det är EU-domstolens avgörande som får bindande verkan.¹¹⁴

EU-domstolen uttalade i *Promusicae*-målet att inget av undantagen i artikel 15.1 e-Privacy-direktivet i och för sig berör tvistemål, utan sådan verksamhet som endast kan bedrivas av staten eller statliga myndigheter. Undantaget för obehörig användning av ett elektroniskt kommunikationssystem bedömdes omfatta användning som påverkar systemets funktion och säkerhet, vilket också ansågs falla under statlig verksamhet.¹¹⁵ Tvärtemot generaladvokatens tolkning av hänvisningen till dataskyddsdirektivet, konstaterade EU-domstolen att *unionslagstiftarens avsikt*, genom hänvisningen till artikel 13.1 dataskyddsdirektivet, måste förstås så, att situationer då rättighetsinnehavare försöker skydda sina rättigheter i ett tvistemål inte ska falla utanför bestämmelsens tillämpningsområde.¹¹⁶ Principen om konfidentialitet som följer av e-Privacy-direktivet hindrar alltså enligt domstolen inte att ett informationsföreläggande meddelas avseende namn på och adress till abonnenter.¹¹⁷ EU-domstolen har i senare avgöranden, exempelvis *ePhone*-målet, hållit fast vid att artikel 15.1 e-Privacy-direktivet är tillämpligt vid civilrättsligt informationsutverkande.¹¹⁸

I doktrin har det påståtts att *Promusicae*-målet tydligt lyfter fram immaterialrättens skyddsbehov på ett sätt som tillåter medlemsstaterna att föreskriva att personuppgifter civilrättsligt får lämnas ut till sökanden vid exempelvis en ansökan om informationsföreläggande.¹¹⁹ EU-domstolens tolkning av artikel 15.1 e-Privacy-direktivet kan tyckas vara opåkallat

¹¹⁴ Jfr Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 116ff.

¹¹⁵ C-275/06 (*Promusicae*), EU:C:2008:54, p. 51–52.

¹¹⁶ C-275/06 (*Promusicae*), EU:C:2008:54, p. 53.

¹¹⁷ C-275/06 (*Promusicae*), EU:C:2008:54, p. 54; C-557/07 (*LSG*), EU:C:2009:107, p. 29.

¹¹⁸ C-461/10 (*ePhone*), EU:C:2012:219, p. 55.

¹¹⁹ Rosén, JT 2008/09, s. 370.

extensivt. Hänvisningen från e-Privacy-direktivet till dataskyddsdirektivet bör rent språkligt sett antas omfatta alla undantag som räknas upp i artikel 13.1 dataskyddsdirektivet, men endast och under förutsättning att dessa även räknas upp i artikel 15.1 e-Privacy-direktivet, i enlighet med generaladvokatens uppfattning. EU-domstolen har nämligen tolkat bestämmelsen på ett sätt som får det att framstå som lönlöst att över huvud taget räkna upp några undantag i artikel 15.1 e-Privacy-direktivet om *samtliga* undantag i artikel 13.1 dataskyddsdirektivet ändå ska vara tillämpliga vid civilrättsligt informationsutverkande. Andra uttrycker det som att EU-domstolen tolkar undantaget i dataskyddsdirektivet på ett sätt som understryker domstolens intresse av att framhäva immaterialrättens skyddsbehov och att det inte alls väger lättare än integritetsintresset vid en proportionalitetsprövning.¹²⁰ Det kan även uttryckas som att EU-domstolen har tolkat direktiven på ett sätt i syfte att skapa vad som framstår som en legitim rättslig grund för sitt avgörande.¹²¹ Trots den kritik som kan riktas mot EU-domstolen, är medlemsstaternas domstolar enligt artikel 267 FEUF skyldiga att inhämta förhandsavgörande när det är oklart hur EU-rätten ska tolkas för att undvika att divergerande tolkningar av unionsrätten får fäste i medlemsstaterna.¹²²

Eftersom EU-domstolens praxis är bindande för medlemsstaternas domstolar ska medlemsstaternas behöriga myndigheter följa EU-domstolens tolkning av direktiven i *Promusicae*-målet, oaktat att det kan verka som att EU-domstolen tänjde på gränserna för att göra undantaget till sekretesskyddet tillämpligt. Om artikel 15.1 e-Privacy-direktivet inte skulle vara tillämpligt för att civilrättsligt lämna ut personuppgifter, skulle det inte heller vara möjligt för Patent- och marknadsdomstolen att lagligen meddela ett informationsföreläggande som omfattar abonnemangsuppgifter, eftersom ärendets indispositiva karaktär innebär att rätten alltid ska göra en

¹²⁰ Rosén, JT 2008/09, s. 370.

¹²¹ Jfr Hartley (2007), s. 131.

¹²² C-99/00 (*Lyckeskog*), EU:C:2002:329, p. 14–16.

individuell prövning av om bland annat ett utlämnande av information enligt 6 kap. 20 § LEK är behörigt eller inte. Om EU-domstolen hade följt generaladvokatens förslag till avgörande, hade rätten till information med andra ord riskerat att äventyras. Det hade i sin tur riskerat att motverka det unionslagstiftarens arbete med att bekämpa olovlig fildelning via internet. Utifrån en strikt och extensiv ändamålstolkning av direktiven i förening med den kritik som har riktats mot EU-domstolen, är avgörandet emellertid inte särskilt märkligt.

Sedan EU-domstolen konstaterat att dataskyddsdirektivet, och numera GDPR, inte utgör något hinder mot att civilrättsligt utverka information, är det ovanligt att internetleverantörer bestrider en sökandes yrkande om att utverka information vid ansökan om informationsföreläggande; internetleverantörerna överlåter normalt bedömningen till Patent- och marknadsdomstolen. Telenor och Com Hem har dock invänt mot yrkanden om informationsutverkande på grund av bolagens tystnadsplikt enligt 6 kap. 20 § LEK.

Copyright Management Services Ltd (CMS) ansökte hos Patent- och marknadsdomstolen om informationsföreläggande mot Telenor för att utverka namn på och adress till 107 abonnenter med vissa IP-adresser på grund av olovlig fildelning via internet.¹²³ Telenor anförde att bolaget har tystnadsplikt i egenskap av internetleverantör, vilket innebär att abonnemangsuppgifter inte obehörigen får lämnas vidare. Telenor anförde också att deras roll som internetleverantör är att ge sina abonnenter tillgång till internet och att det inte är bolagets uppgift att övervaka kundernas trafik eller ta ställning till den information som utbyts i nätet. Rätten tog inte uttryckligen ställning till invändning rörande tystnadsplikt. Patent- och marknadsdomstolen uttalade att det i ärendet förekommer uppgifter som

¹²³ PMÅ 13753–16 den 28 december 2016.

omfattas av sekretessreglering men att ett informationsföreläggande ändå vore proportionerligt.

I ett annat ärende ansökte Video Art Holland B.V. (Video Art) om informationsföreläggande mot Com Hem för att utverka namn på och adress till 55 abonnenter med vissa IP-adresser.¹²⁴ Com Hem anförde, i likhet med Telenor, att abonnemangsuppgifter omfattas av bolagets tystnadsplikt. Patent- och marknadsdomstolen tog i detta ärende uttryckligen ställning till invändningen och anförde att en internetleverantör visserligen inte obehörigen får föra vidare begärd information enligt 6 kap. 20 § LEK. För att ett civilrättsligt utlämnande av information ska vara förenligt med EU-rätten, menade rätten, krävs det att det sker för något ändamål som omfattas av artikel 15.1 e-Privacy-direktivet. I enlighet med Promusicae-målet, ansåg Patent- och marknadsdomstolen att undantag fick göras från tystnadsplikten rörande abonnemangsuppgifter efter det att en proportionalitetsprövning har gjorts.

Anledningen till att internetleverantörer numera aldrig eller väldigt sällan bestrider yrkanden om att utverka information beror sannolikt på att det är tydligt att Patent- och marknadsdomstolen fattar beslut om informationsföreläggande i enlighet med de uttalanden som gjordes i Promusicae-målet och ePhone-ärendet. Eftersom Patent- och marknadsdomstolen normalt låter parterna stå för sina egna rättegångskostnader, vore det ingen överdrift att påstå att internetleverantörer underlåter att bestrida yrkanden om att utverka abonnemangsuppgifter eftersom rättegångskostnaderna inte motiverar chanserna för ett framgångsrikt bestridande.

¹²⁴ PMÄ 9261–16 den 20 mars 2017.

4.2.3 Sammanfattning

Enligt EU-domstolen får undantag från tystnadsplikten göras så att utlämnande av abonnemangsuppgifter behörigen får göras av internetleverantörerna. I generaladvokatens förslag till avgörande i Promusicae-målet redogörs för en motsatt uppfattning. I doktrin kritiseras EU-domstolens avgörande till viss del eftersom bestämmelserna rörande undantag till tystnadsplikten har tolkats extensivt. Med anledning att EU-domstolens avgöranden är bindande har domstolens tolkning företräde framför generaladvokatens förslag till avgörande och uttalanden i doktrin. EU-domstolens avgörande har medfört att Patent- och marknadsdomstolen kategoriskt tillämpar undantaget till tystnadsplikten i ärenden om informationsföreläggande; numera överlåter dock internetleverantörerna bedömningen åt rätten, troligtvis på grund av att eventuella invändningar anses vara lönlöst på grund av uttalandena i bland annat Promusicae-målet.

4.3 Avvägningen mellan de grundläggande rättigheterna

4.3.1 Allmänt

EU-domstolen har uttalat sig om andra aspekter av civilrättsligt informationsutverkande än undantagen till tystnadsplikten. Beträffande eventuella intressekonflikter mellan de grundläggande rättigheterna har EU-domstolen i Promusicae-målet uttalat att medlemsstaterna ska utgå från en tolkning av direktiven som gör det möjligt att *säkerställa en korrekt balans* mellan de olika grundläggande rättigheter som är skyddade enligt unionens rättsordning när direktiven införlivas med nationell rätt.¹²⁵ Enligt ePhone-målet ska medlemsstaterna göra en *rimlig avvägning* mellan aktuella

¹²⁵ C-275/06 (Promusicae), EU:C:2008:54, p. 70.

grundläggande rättigheter.¹²⁶ Rätten till ett effektivt immaterialrättsligt skydd måste alltså förenas med rätten till personlig integritet.¹²⁷ Den svenska implementeringen av artikel 8 IPRED kan enligt EU-domstolen antas säkerställa en sådan rimlig avvägning vid upphovsrättsintrång via internet.¹²⁸

4.3.2 Proportionalitetsproblematiken

Den vägledning som har getts av EU-domstolen är att en rimlig avvägning ska göras så att en korrekt balans kan säkerställas mellan de grundläggande rättigheterna. Högsta domstolen fann under dessa omständigheter att varken datalagringsdirektivet eller e-Privacy-direktivet hindrade en tillämpning av bestämmelsen om informationsföreläggande i ePhone-ärendet. Högsta domstolen ansåg att institutet informationsföreläggande inte är oförenligt med det skydd för grundläggande fri- och rättigheter som stadgas i EU:s rättighetsstadga och i EKMR eftersom bestämmelserna har utformats så att de tillgodoser kravet på en sådan avvägning.¹²⁹ Med hänvisning till förarbetena till URL, där det uttalas att olovlig fildelning via internet typiskt sett innebär stor skada för rättighetsinnehavarna,¹³⁰ ansågs ljudboksförlagens intresse av att kunna fortsätta att utreda och eventuellt beivra det påstådda intrånget väga tyngre än den enskilde användarens intresse av integritet.¹³¹

EU-domstolen konstaterade att den svenska implementeringen av artikel 8 IPRED i princip kan antas säkerställa en rimlig avvägning av intressena mellan rättighetsinnehavarna och de enskilda abonnenterna.¹³² I doktrin har dock ePhone-ärendet kritiserats därför att Högsta domstolen inte utvecklade diskussionen om hur proportionaliteten ska prövas, mer än vad som framgår

¹²⁶ C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 56.

¹²⁷ Prop. 2008/09:67, s. 137.

¹²⁸ C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 60.

¹²⁹ NJA 2012 s. 975 (ePhone), p. 11.

¹³⁰ Prop. 2008/09:67, s. 162 och 264.

¹³¹ NJA 2012 s. 975 (ePhone), p. 49–51.

¹³² C-461/10 (ePhone), EU:C:2012:219, p. 60.

av förarbetena.¹³³ Vissa har kritiserat Promusicae-målet därför att domstolen blott konstaterar att en proportionalitetsprövning ska göras, utan att närmare ge vägledning för hur avvägningen mellan grundläggande rättigheter ska göras.¹³⁴ Andra har noterat domen i Promusicae-målet som ett "västgötaklimax" eller ett ganska substanslöst överlämnande till medlemsstaterna att försöka hantera proportionalitetsproblematiken.¹³⁵

ePhone-ärendet är det enda prejudicerande beslutet från Högsta domstolen beträffande proportionalitetsprövningen vid ansökan om informationsföreläggande på grund av påstått upphovsrättsintrång via internet. Dess prejudikatvärde har dock ifrågasatts; i doktrin har det ansetts att datalagringsdirektivets ogiltigförklarande rimligen får till följd att ePhone-ärendet måste ses i nytt ljus.¹³⁶ Det framgår emellertid av datalagringsdirektivet, förarbetena och EU-domstolens praxis, att datalagringsdirektivet inte är tillämpligt i vid informationsutverkande i civilrättsliga tvister. Av den anledningen ansågs datalagringsdirektivet inte hindra en tillämpning av bestämmelsen om informationsföreläggande i ePhone-målet. Rimligtvis påverkas därför inte informationsföreläggandets tillämpning av ogiltigförklarandet av datalagringsdirektivet. Uttalandet, att ePhone-målet rimligen måste ses i ny belysning, skulle under dessa omständigheter kunna uppfattas som överdrivet.

De uttalanden som EU-domstolen gjorde i ePhone-målet rörande avvägningen mellan de grundläggande rättigheterna och e-Privacy-direktivets tillämpning är dock fortsatt relevant även om datalagringsdirektivet inte längre är giltigt. Dessa uttalanden har även gjorts i exempelvis Promusicae-målet, isolerat från bedömningen om datalagringsdirektivets tillämplighet. Jag instämmer därför i att förhandsavgörandet i ePhone-målet delvis har förlorat sitt värde eftersom

¹³³ Maunsbach & Wennersten (2018), s. 257.

¹³⁴ Stamatoudi (2010), s. 231.

¹³⁵ Rosén, JT 2008/09, s. 370.

¹³⁶ Maunsbach & Wennersten (2018), s. 257.

det vägledande uttalanden rörande proportionalitetsbedömningen till stor del bygger Promusicae-målet.¹³⁷ Detta innebär dock inte nödvändigtvis att ePhone-ärendet måste ses i nytt ljus. Följaktligen tar jag avstånd från att Högsta domstolens beslut i ePhone-ärendet ska ha förlorat sitt prejudikatvärde helt.

Patent- och marknadsdomstolen har kategoriskt, med hänvisning till förarbetena, uttalat att olovlig fildelning via internet typiskt sett innebär stor skada för rättighetsinnehavaren och att syftet med en ansökan om informationsföreläggande inte kan tillgodoses genom någon mindre ingripande åtgärd.¹³⁸ Rättighetsinnehavarnas begäran har regelmässigt bedömts som berättigat, på senare tid med hänvisning till NEW WAVE CZ-målet som i princip erinrar om det starka informationsintresset.¹³⁹ I tre ärenden har rätten dessutom ansett detta intresse vara "starkt och berättigat".¹⁴⁰ Graden av berättigande verkar inte ha påverkat proportionalitetsprövningen eftersom ett *enbart* berättigat intresse, utan angivelse av dess styrka, aldrig har påverkat proportionalitetsprövningen i sådan grad att ett avslag har meddelats på ansökan. Det finns dessutom inget i dessa tre beslut som talar för att sökandens intresse skulle vara starkare än i andra ärenden. Rätten har troligtvis inte avsett att fästa någon vikt vid gradskillnaden.

Patent- och marknadsdomstolens proportionalitetsprövning avviker inte från vare sig Högsta domstolens eller EU-domstolens praxis. Med anledning av att både unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren betonar de grundläggande rättigheterna till såväl ett effektivt immaterialrättsligt skydd som skydd för personlig integritet, kan det tyckas något anmärkningsvärt att rätten inte utvecklar diskussionen kring intresseavvägningen i vidare mån,

¹³⁷ Jfr Levin (2017), s. 596, som menar att EU-domstolens tolkning av Högsta domstolens tolkningsfråga har blivit obsolet sedan datalagringsdirektivet ogiltigförklarats.

¹³⁸ Se exempelvis PMÅ 16735–18 den 12 december 2018.

¹³⁹ Se exempelvis PMÅ 16735–18 den 12 december 2018.

¹⁴⁰ PMÅ 15307–16 den 13 januari 2017; PMÅ 15240–16 den 28 december 2016; PMÅ 13691–16 den 28 december 2016.

trots att EU-domstolen har slagit fast att det rör sig om två grundläggande rättigheter som erkänns av både EU:s rättighetsstadga och EKMR.

4.3.3 Jämförelse med dansk rättspraxis

För att belysa rättsläget ytterligare finns det anledning att i detta hänseende göra en jämförelse med hur dansk rätt har utvecklats rörande avvägningen mellan de grundläggande rättigheterna. Danmark har utformat sina generella bestämmelser om bevisupptagning på ett sätt som ger rättighetsinnehavarna stora möjligheter att få tillgång till information om tredje man som misstänks ha begått ett intrång.¹⁴¹ Av 299 § i den danska civilprocesslagen (*dan. Retsplejeloven*) framgår att domstol på begäran av en part får besluta att en annan part ska tillhandahålla eller lämna ut handlingar som är relevanta för ärendet. Enligt bestämmelsen är det ett slags editionsyrkande, som även tillåter informationsutverkande från exempelvis internetleverantörer.

En av landets distriktsdomstolar (*dan. byretten*) meddelade nyligen ett beslut efter en ansökan om att utverka information. CMS ansökte om att få tillgång till information från Telenor Danmark A/S (Telenor Danmark) och TeliaSonera Danmark A/S (Telia Danmark) hos distriktsdomstolen i första instans (*dan. byretten*).¹⁴² CMS yrkade att få tillgång till namn på, och adress till, 4 000 användare med vissa IP-adresser på grund av olovlig fildelning via internet. Vid proportionalitetsprövningen anförde *byretten* att en proportionalitetsprövning måste göras, vilken innefattar en avvägning av parternas intressen. Rätten ansåg, med hänvisning till dansk personuppgiftslagstiftning, att personuppgifter får behandlas utan abonnentens samtycke om det är nödvändigt och görs på grund av ett berättigat intresse som överväger abonnentens anonymitetsintresse. *Byretten* uttalade att sökanden har visat på betydande beräknade

¹⁴¹ Prop. 2008/09:67, s. 128.

¹⁴² Retten på Frederiksbergs beslut i mål nr BS A-678/2017 och A-711/2017 den 24 oktober 2017.

ekonomiska förluster till följd av de misstänkta intrången. Sökandens intresse av att undersöka påstådda intrången vägde därför tyngre än den enskilde abonnentens intresse av att skydda sin identitet. Båda internetleverantörerna förelades att överlämna begärd information till CMS.

Telenor Danmark och Telia Danmark överklagade beslutet till appellationsdomstolen i andra instans (*dan. Østre Landsret*).¹⁴³ Rätten anförde att begärd information i och för sig får utverkas genom 299 § civilprocesslagen, men att bestämmelsen bör ses i ljuset av e-Privacy-direktivet, rätten till skydd för privatliv och personuppgifter och proportionalitet enligt EU:s rättighetsstadga och EKMR samt EU-domstolens tolkning av dessa bestämmelser. *Østre Landsret* konstaterade att en proportionalitetsprövning måste göras för att balansera intressena, enligt *Promusicae*- och *ePhone*-målen. Med hänvisning till den sekretess som råder över begärd information enligt dansk telekommunikationslagstiftning, uttryckte rätten att det finns allvarliga skäl för att sådan information inte bör utlämnas till en privat aktör. Rätten vägde den enskilde abonnentens rätt till skydd för personlig integritet mot CMS intresse till ett effektivt immaterialrättsligt skydd och kom fram till att internetleverantörerna inte fick utlämna begärd information, trots att begärd information enligt rättens mening var nödvändig för att CMS skulle kunna tillvarata sina rättigheter.

Byrettens diskussion i intresseavvägningen påminner väldigt mycket om Patent- och marknadsdomstolens proportionalitetsprövning. *Østre Landsret* verkar däremot ha markerat att denna typ av informationsutverkande är alldeles för integritetskränkande om sökanden inte åberopar bevisning som visar att var och en av IP-adresserna har använts för olovlig fildelning i tillräcklig utsträckning, och inte bara att ett stort antal IP-adresser har använts för att göra separata intrång. Att integritetsintresset skulle överväga

¹⁴³ Østre Landsrettens beslut i mål nr B-2451–17 och 2458–17 den 7 maj 2018.

vid en ansökan om informationsföreläggande är hittills främmande för svensk rätts del.

4.3.4 Sammanfattning

Vid proportionalitetsprövningen ska en rimlig avvägning göras så att en korrekt balans kan säkerställas mellan ett effektivt immaterialrättsligt skydd och rätten till skydd för personlig integritet. Proportionalitetsprövningen i praxis speglar visserligen de avvägningar som har redovisats i förarbetena och unionsrätten, men för att prövningen ska vara av substans bör man rimligtvis kräva att domstolarna mer ingående redovisar skälen till att ett effektivt immaterialrättsligt skydd regelmässigt ska väga tyngre än rätten till skydd för personlig integritet, något som verkar ha skett i Danmark.

4.4 Intrångets omfattning

4.4.1 Allmänt

Enligt förarbetena till URL bör det krävas att det rör sig om intrång av en *viss omfattning* för att sökandens informationsintresse ska överväga den enskilde abonnentens integritetsintresse. Vidare framgår det av förarbetena att olovligt tillgängliggörande *eller* omfattande olovlig kopiering via internet i princip uppfyller kravet på viss omfattning eftersom det typiskt sett medför stor skada för rättighetsinnehavare.¹⁴⁴ Lagstiftaren ger inte något närmare besked om kravet på viss omfattning vid olovligt tillgängliggörande. Omfattande kopiering har dock definierats negativt; om en IP-adress har använts för kopiering av *några få verk* leder avvägningen i normalfallet till att integritetsintresset överväger informationsintresset, varpå ansökan om informationsföreläggande enligt förarbetena inte ska bifallas.¹⁴⁵ Lagstiftaren

¹⁴⁴ Prop. 2008/09:67, s. 162 och 264.

¹⁴⁵ Prop. 2008/09:67, s. 162 och 264.

har alltså lämnat visst utrymme för tolkning avseende omfattningen av såväl olovligt tillgängliggörande som olovlig kopiering.

4.4.2 Olovligt tillgängliggörande

Högsta domstolen uttalade i ePhone-ärendet att det sannolikt hade skett intrång i 27 upphovsrättsligt skyddade ljudböcker genom olovlig fildelning via internet, vilket typiskt sett ansågs innebära stor skada för Ljudboksförlagen. Rätten ansåg därför att omfattningen av det påstådda intrånget uppfyllde kravet på viss omfattning.¹⁴⁶ Eftersom proportionalitetsprövningen grundades på 27 olika upphovsrättsligt skyddade verk, har det i doktrin föranlett en diskussion om hur proportionalitetsprövningen ska hanteras i mer tveksamma fall, i samband med mindre uppenbara intrång.¹⁴⁷ Med anledning av att Högsta domstolen inte meddelat andra informationsförelägganden rörande upphovsrättsliga intrång genom fildelning via internet, får vägledning hämtas från Patent- och marknadsdomstolens praxis.

CMS ansökte hos Patent- och marknadsdomstolen om informationsföreläggande mot Riksnet för att utverka namn på och adress till 16 abonnenter med vissa IP-adresser på grund av olovlig fildelning av ett nio filmverk.¹⁴⁸ Varje IP-adress hade enligt sökandens bevisning använts för upp- och nedladdning av ett filmverk. Frågan om kravet på viss omfattning ställdes med andra ord på sin spets då varje filmverk, i kontrast mot ePhone-ärendet, endast hade fildelats en gång per IP-adress. Patent- och marknadsdomstolen uttalade att det misstänkta intrånget omfattade ett *flertal filmverk* vilka olovligen fildelats *vid ett antal tillfällen*. CMS intresse av att kunna fortsätta att utreda de påstådda intrången ansågs därför väga tyngre än den enskilde abonnentens integritetsintresse.

¹⁴⁶ NJA 2012 s. 975 (ePhone), p. 50.

¹⁴⁷ Maunsbach & Wennersten (2018), s. 257.

¹⁴⁸ PMÅ 995–18 den 27 februari 2018.

I ett annat ärende ansökte Crystalis Entertainment UG (Crystalis) om informationsföreläggande mot Telia för att utverka namn på och adress till 3 633 abonnenter på grund av olovlig fildelning av hundratals olika filmverk via internet. Varje IP-adress hade enligt sökandens bevisning använts för upp- och nedladdning av ett filmverk. Patent- och marknadsdomstolen uttalade att det misstänkta intrånget omfattade ett *flertal filmverk* vilka olovligen fildelats vid ett *stort antal tillfällen*. Crystalis intresse av att kunna fortsätta att utreda de påstådda intrången ansågs därför väga tyngre än den enskilde abonnentens integritetsintresse. Patent- och marknadsdomstolen gjorde likadana uttalanden och bedömningar i fyra andra ärenden där antalet IP-adresser var mellan 106 och 512.¹⁴⁹

Patent- och marknadsdomstolen har i ärendena ovan, beroende på antalet IP-adresser, ansett att olovlig fildelning av flera filmverk sannolikt har skett vid antingen ett antal tillfällen eller ett stort antal tillfällen. Det Patent- och marknadsdomstolen egentligen ger besked om är att kravet på viss omfattning inte innebär att varje enskild abonnent måste tillgängliggöra ett visst antal verk för att skyddet för den personliga integriteten ska ge vika för ett effektivt immaterialrättsligt skydd; det räcker med ett verk per IP-adress.

I ärendet CMS mot Riksnet ovan uttalade rätten att det rörde sig om ett *antal* fildelningar, medan rätten i ärendet Crystalis mot Telia ovan uttalade att det rörde sig om ett *stort antal* fildelningar. Rättens uttalanden får tolkas som att det inte har någon avgörande betydelse huruvida ett filmverk olovligen har fildelats vid bara ett antal tillfällen eller om det har skett vid ett stort antal tillfällen. Dessa gradskillnader indikerar att kravet på viss omfattning inte innebär att särskilt många användare måste göra intrång för att integritetsintresset ska ge vika för ett effektivt immaterialrättsligt skydd eftersom såväl 16 som 3 633 IP-adresser och allt däremellan har ansetts vara tillräckligt många. Dessa beslut har delvis belyst rättsläget ytterligare

¹⁴⁹ PMÅ 997–18 den 5 mars 2018; PMÅ 996–18 den 2 mars 2018; PMÅ 994–18 den 2 mars 2018; PMÅ 993–18 den 2 mars 2018; PMÅ 976–18 den 2 mars 2018.

beträffande oklarheterna som lyfts i doktrin. Oklarheten som har lyfts fram i doktrin kan emellertid syfta på bristen av prejudicerande praxis avseende kravet på viss omfattning. Patent- och marknadsdomstolens beslut får dock med anledning av brist på beslut från Högsta domstolen ses som någorlunda vägledande.

Förarbeten är visserligen inte bindande för rätten, men de uttalanden som har gjorts avseende fildelning, särskilt beträffande tillgängliggörande, har i stort sett speglats i såväl Patent- och marknadsdomstolens som Högsta domstolens proportionalitetsprövningar. En viss diskrepans mellan de uttalanden som har gjort i förarbetena och av Patent- och marknadsdomstolen förtjänar dock uppmärksamhet avseende kravet på viss omfattning. Av förarbetena till URL framgår att en ansökan om informationsföreläggande bör bifallas om abonnemanget (ibland används termen IP-adressen) har använts för olovligt tillgängliggörande eller olovlig omfattande kopiering via internet.¹⁵⁰ Lagstiftaren diskuterar alltså kravet på viss omfattning i termer av abonnemang och IP-adresser i singular och bestämd form. Det kan tala för att varje fall av fildelning ska bedömas som ett separat intrång per abonnemang.

Patent- och marknadsdomstolen har i ärendena ovan uttryckt sig i termer av *flertal verk* och *fildelning vid ett (stort) antal tillfällen*, även när varje abonnemang har använts för ett enda fall av fildelning av ett enda verk. Varje fall av fildelning verkar alltså ha "bakats ihop" till ett enda intrång med flertal misstänka intrångsgörare. En sådan tolkning är i och för sig inte oförenlig med uttalandena i förarbetena, men det är något anmärkningsvärt att Patent- och marknadsdomstolen inte har lyft oklarheten i hur varje fall av fildelning ska bedömas när en ansökan om informationsföreläggande avser många misstänka intrångsgörare; varje misstänkt intrångsgörare har trots allt enligt EU:s rättighetsstadga, EKMR och RF en enskild rätt till skydd för

¹⁵⁰ Prop. 2008/09:67, s. 162 och 264.

den personliga integriteten. En anledning till att denna diskrepans inte har diskuterats i anslutning till olovligt tillgängliggörande kan vara att det rent integritetsmässigt i princip inte får någon betydelse för proportionalitetsprövningen eftersom kravet på viss omfattning är uppfyllt redan vid tillgängliggörande av ett enda verk. Utfallet blir med andra ord likadant om varje intrång bedöms i förhållande till varje abonnemang för sig eller om dessa bedöms i kombination med varandra. Frågan är om utfallet blir likadant vid fall av olovlig kopiering av några få verk.¹⁵¹

4.4.3 Jämförelse med dansk rättspraxis

För att belysa rättsläget ytterligare rörande olovligt tillgängliggörande finns det anledning att i detta hänseende göra en jämförelse med det danska beslutet mellan CMS och Telenor Danmark samt Telia Danmark rörande betydelsen av intrångets omfattning. Vid proportionalitetsprövningen anförde *byretten* att hänsyn måste tas till *omfattningen av intrånget*, vilket bedömdes vara betydande då det rörde sig om *många IP-adresser* och intrång i *många olika skyddade verk*. Internetleverantörerna förelades därför att lämna ut begärd information. I likhet med Patent- och marknadsdomstolen menade *byretten* alltså att såväl antalet IP-adresser som antal fildelade verk kan påverka intrångets omfattning, utan närmare beakta effekterna i relation till varje enskilt abonnemang.

Sedan Telenor Danmark och Telia Danmark överklagat beslutet till *Østre Landsret*, anförde rätten att de påstådda intrången i och för sig måste betraktas som omfattande. Däremot konstaterade rätten att intrångets omfattning, sett till varje IP-adress för sig, inte var närmare dokumenterat. Detta uttalande får antas innebära att sökanden inte hade visat hur intrånget var fördelat mellan IP-adresserna. *Østre Landsret* måste åtminstone ha utgått från att minst ett verk sannolikt har fildelats per IP-adress. Rätten förtydligade inte uttalandet, men det kan rimligtvis tolkas

¹⁵¹ Olovlig kopiering diskuteras närmare under rubrik 4.4.4.

som att ett fall av fildelning per IP-adress inte nödvändigtvis uppfyller kravet på omfattningen enligt artikel 8 IPRED och den danska implementeringen av bestämmelsen. *Østre Landsret* meddelade avslag på CMS ansökan om att utverka information, något som för svensk rätts del får ses som ett från integritetssynpunkt banbrytande beslut.

Byrettens proportionalitetsprövning liknar till stor del Patent- och marknadsdomstolens. Det effektiva immaterialrättsliga skyddet får fullt genomslag utan att rätten till skydd för personlig integritet diskuteras i någon vidare mån. *Østre Landsrets* beslut är däremot mycket mer omfattande och noggrann beträffande intresseavvägningen mellan ett effektivt immaterialrättsligt skydd och rätten till skydd för personuppgifter. Att rätten krävde att sökanden med större omsorg dokumenterar intrånget per IP-adress får ses som en markering för att rätten till information inte är obegränsad. Det kan också ses som en påminnelse om att integritetsskyddet faktiskt är starkt och att det kanske har stärkts i förhållande till tidigare uppfattning i praxis.

4.4.4 Olovlig kopiering

Enligt förarbetena bör det krävas åtminstone att *några få verk* olovligt har kopierats för att rätten till skydd för den personliga integriteten ska ge vika för ett effektivt immaterialrättsligt skydd. En språklig tolkning av uttrycket *några få verk* tyder på att kopiering av två eller flera verk skulle kunna innefattas, men ordet *få* i omedelbar anslutning till *några* får tolkas som en begränsande markering. Rimligtvis bör uttalandet *några få verk* omfatta två eller möjligtvis tre verk. Patent- och marknadsdomstolen skulle exempelvis kunna diskutera under vilka förhållanden som olovlig kopiering via internet skulle kunna medföra att skyddet för den personliga integriteten överväger ett effektivt immaterialrättsligt skydd. Detta förutsätter bland annat att rätten utvecklar uttalandet rörande "några få verk" i förarbetena.

Dassault Systèmes SE och Dassault Systèmes SolidWorks Corporation ("Dassault Systèmes") ansökte om informationsföreläggande mot Com Hem för att utverka namn på och adress till 245 abonnenter på grund av olovlig fildelning av programvarorna CATIA och SOLIDWORKS (3D-teknik).¹⁵² Flertal IP-adresser hade enligt sökandens bevisning använts för flera fall av fildelning av programvarorna. Patent- och marknadsdomstolen ansåg dock att sökanden endast hade gjort sannolikt att programvarorna olovligen kopierats, och inte tillgängliggjorts. De aktuella verken ansågs vara framtagna framförallt för kommersiella aktörer. Priset för ett exemplar av någon av programvarorna uppgick till 200 000 SEK. Patent- och marknadsdomstolen konstaterade att sökanden lider skada i form av utebliven vinst och att nedlagda investeringar i programvarorna inte återbetalas. Verk av dessa slag ansågs ha ett *betydande värde* för rättighetsinnehavarna. Rätten ansåg inte att några starka integritetsintressen gjorde sig gällande i ärendet varför ett informationsföreläggande bedömdes vara proportionerligt.

Knappt två månader senare ansökte Dassault Systèmes om informationsföreläggande mot Com Hem igen för att utverka namn på och adress till elva abonnenter på grund av olovlig fildelning av programvarorna CATIA och SOLIDWORKS.¹⁵³ Varje IP-adress hade enligt sökandens bevisning använts för ett fall av fildelning av en av programvarorna. Patent- och marknadsdomstolen ansåg dock återigen att sökanden endast hade gjort sannolikt att programvarorna olovligen kopierats, och inte tillgängliggjorts. Rätten konstaterade i detta ärende, till skillnad från det förra, att det rör sig om kopiering av *begränsat slag* eftersom endast ett verk hade kopierats per IP-adress. I övrigt upprepades argumenten rörande den skada som rättighetsinnehavarna lider på grund av intrånget samt att inga starka

¹⁵² PMÅ 4245–18 den 16 maj 2018.

¹⁵³ PMÅ 10838–17 den 26 mars 2018.

integritetsintressen gjorde sig gällande i ärendet. Ett informationsföreläggande bedömdes därför återigen vara proportionerligt.

Elva fall av olovlig kopiering i två olika verk, varav endast ett intrång dokumenterades per IP-adress, är hittills det minsta intrånget som har legat till grund för en ansökan om informationsföreläggande. Olovlig kopiering av något enstaka verk är något som enligt förarbetena till URL i regel bör leda till att en ansökan avslås.¹⁵⁴ Detta är något som Patent- och marknadsdomstolen troligtvis hade i åtanke när den uttalade att den olovliga kopieringen i det senare ärendet var av *begränsat slag*. I det senare ärendet framstår det som att Patent- och marknadsdomstolen anser att det immaterialrättsliga skyddet förtjänar starkare skydd än den personliga integriteten. Det kan bero på de skäl som kommissionen diskuterade vid antagandet av IPRED och dess implementering i svensk rätt angående olovliga fildelningsverksamhetens skadeeffekter,¹⁵⁵ eller EU-domstolens särskilt framhävande av informationsintresset på senare tid, exempelvis i NEW WAVE CZ-målet.¹⁵⁶ Det kan också vara så att det upphovsrättsliga skyddet anses förtjäna ett utökat skydd i Sverige, kanske därför att immateriell egendom anses vara ett av nyckelelementen för innovation eller att en inte obetydlig del av Sveriges BNP kommer från upphovsrättsintensiva industrier.¹⁵⁷

Dassault Systèmes angav i båda ärenden ovan att rättighetsinnehavarna har investerat betydande summor för att uppnå verkshöjd på sina mjukvaror. Patent- och marknadsdomstolen proportionalitetsprövning speglar i stora delar de skäl som har angetts till IPRED och som till viss del uttalas i förarbetena till URL. Rättens argumentation bygger sannolikt på idén att ett starkt immaterialrättsligt skydd är nödvändigt för att uppmuntra innovation och kreativitet. Något som dock är anmärkningsvärt är att Patent- och

¹⁵⁴ Prop. 2008/09:67, s. 162 och 264.

¹⁵⁵ Skälen 1,2 och 15 i ingressen till IPRED; prop. 2008/09:67, s. 71

¹⁵⁶ C-427/15 (NEW WAVE CZ), EU:C:2017:18, p. 25.

¹⁵⁷ RFR 2015/16:25, s. 8 och 50.

marknadsdomstolen i båda ärendena uttalat att inga starka integritetsintressen gör sig gällande. Där är oklart om Patent- och marknadsdomstolen har kombinerat effekterna av samtliga elva fall av olovlig kopiering eller om effekterna har bedömts i relation till varje enskilda abonnemang när den ansåg att inga starka integritetsintressen gjorde sig gällande. Sett till de avvägningar som har gjorts i förarbetena kan det tyckas vara så att skyddet för den personliga integriteten relativt lätt gav vika för ett effektivt immaterialrättsligt skydd, trots att rätten mycket väl i enlighet med förarbetena kunde ha meddelat avslag eftersom det rörde sig om ett begränsat intrång. Mot en sådan tolkning talar emellertid att det rörde sig om ett upphovsrättsligt skyddat verk som i jämförelse med exempelvis filmverk åsattes ett mycket högt pris. Om Patent- och marknadsdomstolen inte hade meddelat ett informationsföreläggande hade möjligtvis vissa ansett det vara alldeles för riskabelt att investera i dyra idéer, vilket på sikt motverkar nytänkande inom unionen. Det hade med andra ord inte speglat de skäl som framgår i ingressen till IPRED. Sammantaget får Patent- och marknadsdomstolens beslut anses spegla de intresseavvägningar som har gjorts i direktiven och förarbetena samt uppfylla de krav som ställs på en rimlig och korrekt balans mellan olika grundläggande rättigheter enligt EU-domstolen.

4.4.5 Sammanfattning

Ett informationsföreläggande bör alltså enligt förarbetena i regel meddelas alldeles oavsett hur många verk som har tillgängliggjorts via internet eftersom det typiskt sett medför stor skada för rättighetsinnehavare. Denna huvudregel har bekräftats i samtliga beslut meddelade av Högsta domstolen och Patent- och marknadsdomstolen. En sådan bedömning är i linje med EU-domstolens uttalanden, vilka betonar vikten av att rätten till effektivt rättsmedel får stort genomslag eftersom rättighetsinnehavare behöver få

full kännedom om ett intrång för att kunna fastställa skadan.¹⁵⁸ Det får också ses som en ändamålsinriktad tolkning av IPRED där kommissionen gett uttryck för faran i att piratkopior kan spridas över hela världen på bara ett ögonblick, vilket motverkar innovation inom gemenskapen.¹⁵⁹ En viss diskrepans kan dock noteras mellan förarbetena till URL och *Østre Landsrets* beslut, å ena sidan, och Patent- och marknadsdomstolens beslut, å andra sidan. Enligt förarbetena bör ett informationsföreläggande i normalfallet inte meddelas på grund av olovlig kopiering av något enstaka verk. *Østre Landsrets* verkar ha förstärkt det personliga integritetsskyddet genom att ställa högre krav på intrångets omfattning per dokumenterad IP-adress. Patent- och marknadsdomstolen har däremot regelmässigt hållit fast vid ett förhållandevis starkt immaterialrättsligt skydd som verkar upprätthållas oavsett intrångets omfattning. Det skulle kunna tolkas som att Patent- och marknadsdomstolens proportionalitetsprövningar vid några tillfällen har lutat mot att skydda immateriell egendom till en inte obetydlig integritetsmässig kostnad. Sammantaget talar mycket för att Patent- och marknadsdomstolens samt Högsta domstolens proportionalitetsprövningar speglar den intresseavvägning som framgår av skälen i ingressen till IPRED, förarbetena till URL och EU-domstolens praxis.

4.5 Verkets karaktär

4.5.1 Allmänt

I förarbetena råder det tystnad rörande huruvida ett verks karaktär bör påverka proportionalitetsprövningen. Det konstaterades ovan att tillgängliggörande av ett enda verk i princip uppfyller kravet på viss omfattning. Verkets karaktär får under sådana förhållanden i princip ingen avgörande betydelse i proportionalitetsprövningen. Verkets karaktär får

¹⁵⁸ C-427/15 (NEW WAVE CZ), EU:C:2017:18, p. 25.

¹⁵⁹ Skäl 9 i ingressen till IPRED.

alltså främst betydelse vid olovlig kopiering av några få verk. Domstolarna har dock ännu inte tagit ställning till detta. Hovrätten har indirekt antytt att verk av *bästsäljarkaraktär* (en. *best-seller*) kan vara en relevant omständighet att beakta. Patent- och marknadsdomstolen har uttalat att verk med anledning av *moraliska aspekter*, såsom pornografi, inte ska tillmätas någon betydelse vid proportionalitetsprövningen.

4.5.2 Bästsäljarkaraktär

Hovrätten ansåg i ePhone-ärendet, vilket Högsta domstolen bekräftade i sitt beslut, att flera av de 27 ljudböcker som hade tillgängliggjorts var av bästsäljarkaraktär. Uttalandet gjordes som ett led i att bedöma om ljudböckerna hade överförts till allmänheten, det vill säga om sannolika skäl för att intrång hade ägt rum förelåg enligt 2 § tredje och fjärde styckena URL.¹⁶⁰ Högsta domstolen kommenterade inte detta i proportionalitetsprövningen. I doktrin har det antagits att fildelning av en enda film eller en ljudbok, särskilt av bästsäljarkaraktär, sannolikt hade varit tillräckligt "för tal om stor skada" i ePhone-ärendet.¹⁶¹ Uttalandet gjordes när Högsta domstolens beslut var det enda i sitt slag. Varken Högsta domstolen eller Patent- och marknadsdomstolen har dock gett besked om huruvida bedömningen bör påverkas av om ett verk är av bästsäljarkaraktär.

Ett verk av bästsäljarkaraktär får typiskt sett antas sälja mer än andra typer av verk och skulle även kunna åsättas ett högre pris. Det spelar emellertid i princip ingen roll vid olovligt tillgängliggörande via internet eftersom det oavsett omfattning och karaktär regelmässigt typiskt sett innebär stor skada för rättighetsinnehavare. Det skulle däremot kunna vara en omständighet av avgörande betydelse vid olovlig kopiering. Patent- och marknadsdomstolen ansåg i ärendet Dassault Systèmes mot Com Hem ovan att olovlig kopiering av en enda programvara på grund av dess pris och avsedd mottagarkrets

¹⁶⁰ NJA 2012 s. 975 (ePhone), p. 45.

¹⁶¹ Rosén, NiR 3/2013, s. 347.

uppfyllde kravet på viss omfattning.¹⁶² Det vore därför ingen överdrift att anta att olovlig kopiering av ett enda verk av bästsäljarkaraktär skulle kunna vara tillräckligt för att rättighetsinnehavarna ska lida skada i sådan skala att ett informationsföreläggande vore proportionerligt. Det råder däremot oklarhet huruvida ett verk av bästsäljarkaraktär skulle kunna åsättas ett tillräckligt högt pris för att motivera ett informationsföreläggande; det bör i så fall röra sig om annat än exempelvis filmverk som troligtvis inte åsätts pris i närheten av 200 000 SEK. I förarbetena till URL diskuteras förutsättningarna för att bifalla en ansökan om informationsföreläggande bland annat i termer av skada för rättighetsinnehavarna.¹⁶³ En bedömning där ett verk av exempelvis bästsäljarkaraktär får avgörande betydelse i en proportionalitetsprövning hade därför, i likhet med dyr programvara, kunnat spegla den intresseavvägning som förespråkas i förarbetena.

4.5.3 Pornografiska verk

Patent- och marknadsdomstolen har dock prövat ansökan om informationsföreläggande på grund av olovlig fildelning av upphovsrättsligt skyddade pornografiska verk via internet. Video Art Holland B.V. (Video Art) ansökte om informationsföreläggande mot Com Hem för att utverka namn på och adress till 55 abonnenter med vissa IP-adresser.¹⁶⁴ Varje IP-adress hade enligt sökandens bevisning använts för både upp- och nedladdning av ett av de åberopade 38 pornografiska filmverken. Com Hem bestred yrkandet med invändningen att utlämnande av begärd information inte skulle vara förenligt med kravet på proportionalitet. Com Hem anförde dels att det inte kunde råda något större tvivel om att den information som har begärts är sådan privat kommunikation som omfattas av den grundläggande rättigheten till respekt för privatliv. Com Hem anförde även att det kunde förmodas, om rätten hade meddelat informationsföreläggande, att Video

¹⁶² PMÅ 10838–17 den 28 december 2016.

¹⁶³ Prop. 2008/09:67, s. 162 och 264.

¹⁶⁴ PMÅ 9261–16 den 20 mars 2017.

Art skulle skicka ut kravbrev till Com Hems kunder med anledning av det påstådda intrånget. Proportionalitetsprövningen, menade Com Hem, bör ske med extra noggrannhet då påstått intrång avser "grovt pornografiskt material" eftersom sådana kravbrev kan tänkas få en *skandaliserande och integritetskränkande karaktär*. Om ett informationsföreläggande skulle avse fel abonnent riskerar denne att få kravbrev eller en stämningsansökan avseende upphovsrättsintrång i grovt pornografiskt material, vilket också skulle innebära en tydlig goodwillrisk för och förlorad tillit till Com Hem. Med hänsyn till att enbart ett filmverk hade fildelats per IP-adress, och på grund av det utpressningsliknande förfarandet, ansåg Com Hem att proportionalitetsprövningen skulle utfalla till de enskilda abonnenternas fördel.

Patent- och marknadsdomstolen har handlagt fler ärenden där pornografiska filmverk har legat till grund för en ansökan om informationsföreläggande. Eftersom internetleverantörerna inte bestred yrkandena på grund av verkens karaktär har rätten inte heller beaktat denna omständighet. I förevarande ärende uttalade Patent- och marknadsdomstolen att konsekvensen av att särbehandla fildelning av pornografiska verk vore att misstänkta intrångsgörare skulle bedömas på ett sätt som är mer fördelaktigt ur integritetssynpunkt än vid olovlig fildelning i allmänhet. Abonnenter bör med andra ord inte tillåtas undgå *civilrättsligt ansvar* genom att välja att olovligen tillgängliggöra eller kopiera endast pornografiska verk via internet. Det saknas enligt rätten skäl att särbehandla fildelning av pornografiska verk på detta sätt eftersom upphovsrättslagstiftningen inte gör någon skillnad på olika slags verk med avseende på *moraliska aspekter*. Proportionalitetsprövningen ska därför göras som om det vore vilket annat verk som helst där sannolika skäl för intrång föreligger. Beslutsskäl får anses vara en av de mest utvecklade hittills i Patent- och marknadsdomstolen, troligtvis eftersom Com Hem inkom med många i och för sig relevanta invändningar, vilket är ovanligt i dessa ärenden.

I ett annat ärende, som påminner väldigt mycket om Video Art mot Com Hem, ansökte CMS om informationsföreläggande mot Com Hem för att utverka namn på och adress till 330 abonnenter med vissa IP-adresser.¹⁶⁵ Återigen hade varje IP-adress enligt sökandens bevisning använts för både upp- och nedladdning av ett av de åberopade. 97 pornografiska filmverken. Com Hem invände av samma skäl som mot Video Art, det vill säga med hänvisning till att begärd information utgör skyddad privat kommunikation. Beträffande proportionalitetsprövningen var Com Hems argumentation väldigt lik den mot Video Art; det rör sig om ett företag som avser bedriva en utpressningsliknande verksamhet mot Com Hems kunder och som riskerar att skada Com Hems goodwill. Den enda skillnaden i ärendet, i förhållande till det mot Video Art, är att det i förevarande ärende rör sig om många fler IP-adresser och filmverk. Rätten tog inte upp Com Hems argument i sitt beslutsskäl, möjligtvis därför att rätten redan i det tidigare ärendet hade beaktat dessa. Patent- och marknadsdomstolen förelade Com Hem att lämna över begärd information.

Patent- och marknadsdomstolen kan ha ställts inför en svår avvägning när Com Hem gjorde invändningen med hänvisning till verkens pornografiska karaktär. De integritetsmässiga effekterna av att meddela ett informationsföreläggande på grund av upphovsrättsintrång kan variera stort beroende på vilken typ av filmverk det rör sig om. En IP-adress kan som sagt inte visa vilken fysisk person som rent faktiskt har tillgängliggjort eller kopierat ett verk, utan den visar vem som abonnerar på den elektroniska kommunikationstjänsten. Det tillkommer hela tiden fler sätt att olovligen använda andras trådlösa nätverk, dela nätverk inom hushållet eller byggnaden och att använda VPN-tjänster (en. *virtual private network*) vilka möjliggör uppvisande av falska IP-nummer i syfte att säkerställa anonymitet.¹⁶⁶ Bahnhof är en av internetleverantörerna som erbjuder en

¹⁶⁵ PMÅ 111–18 den 26 februari 2018.

¹⁶⁶ Sag & Haskell, 103 ILR 571/18, s. 590.

gratis VPN-tjänst för detta syfte.¹⁶⁷ Det kan tänkas få stora integritetsmässiga effekter om ett kravbrev skulle hamna i en abonnents brevlåda med ett pornografiskt verk angivet som grund för kravet till skillnad från en annan typ av filmverk. Det kan även som Com Hem har påstått uppstå en utpressningsliknande situation där misstänkta intrångsgörare kan känna sig tvingade till att betala obefogade eller oriktiga krav på grund av verkets karaktär.

Patent- och marknadsdomstolen koncentrerade dock proportionalitetsprövningen på *ett för alla likställt civilrättsligt ansvar*. Det kan tyckas vara ett klokt uttalande som i och för sig inte speglar något särskilt uttalande i förarbetena rörande proportionalitetsprövningen vid ansökan om informationsföreläggande. Det speglar däremot ändamålen med IPRED eftersom särbehandling av pornografiska verk hade inneburit att rätten till information enligt artikel 8 i direktivet hade urholkats till viss del; rättighetsinnehavare hade inte längre kunnat utverka information rörande användare som enbart olovligen har engagerat sig i fildelning av pornografiska verk. Det hade på sikt kunnat uppmuntra fildelare att hålla sin olovliga verksamhet inom ramen för pornografiskt upphovsrättsligt skyddade verk. De avvägningar som Patent- och marknadsdomstolen gjorde i proportionalitetsprövning innebär alltså att ett effektivt immaterialrättsligt skydd överväger eventuella integritetsmässiga effekter vid fildelning av pornografiska verk, även om effekterna när det rör sig om denna typ av verk skulle kunna vara mycket större.

4.5.4 Sammanfattning

Varken EU-domstolen eller Högsta domstolen har prövat på vilket sätt ett verks karaktär eventuellt kan eller bör påverka proportionalitetsprövningen.

¹⁶⁷ Jordås, Bahnhof, publicerad den 21 april 2016, <https://www.bahnhof.se/press/press-releases/2016/04/21/bahnhof-varnar-fildelare-kan-hamna-i-domstol-stamda-av-mystiskt-foretag>.

En tolkning av Patent- och marknadsdomstolens beslut, förarbetena och kommentarer i doktrin talar med visst mått av styrka för att bästsäljarkaraktär är en relevant omständighet att beakta på grund av dess starka koppling till ekonomisk skada för rättighetsinnehavare. En sådan tolkning speglar idén om att varje fall av fildelning typiskt sett är skadligt för rättighetsinnehavarna som tydligt framgår av förarbetena och EU-domstolens praxis. Patent- och marknadsdomstolen har uttalat att hänsyn inte ska tas till ett verk med avseende på moraliska aspekter eftersom det hade underminerat det civilrättsliga ansvaret vid olovlig fildelning. Att ett verk är av pornografisk karaktär är därför troligtvis inte en omständighet som bör beaktas i en proportionalitetsprövning, även om de integritetsmässiga effekterna kan tyckas vara större.

4.6 Sökandens syfte med åtgärden

4.6.1 Allmänt

Enligt artikel 8.1 IPRED ska en ansökan vara berättigad och proportionell. Detta har tolkats som att sökanden ska ha ett befogat intresse av att få tillgång till information och att tillräcklig bevisning för ett intrång presenteras.¹⁶⁸ Det kan även tolkas som att de grundläggande rättigheterna till skydd för egendom och effektiva rättsmedel ska beaktas inom ramen för de berättigade ändamålen, det vill säga om dessa är tillämpliga.¹⁶⁹ Skälen för att meddela ett informationsföreläggande ska enligt 53 d § URL beaktas i proportionalitetsprövningen. Detta har i förarbetena inte kommenterats i vidare mån än att en avvägning ska göras mellan sökandens skäl för åtgärden och olägenheterna det medför internetleverantörerna och den enskilde

¹⁶⁸ Prop. 2008/09:67, s. 160f.

¹⁶⁹ Jfr generaladvokatens förslag till avgörande, C-275/06 (Promusicae), EU:C:2007:454, p. 55.

abbonnten.¹⁷⁰ Rent språkligt sett verkar förarbetena tillåta större utrymme för att beakta sökandens syfte med åtgärden.

4.6.2 Copyright trolling

Termen *copyright trolling* har växt fram i USA och beskriver förfarandet när en rättighetsinnehavare gör gällande sin upphovsrätt enbart i syftet att driva in monetära medel på ett sätt som betraktas som *aggressivt* eller *opportunistiskt*. Kritik har riktats mot detta sorts beteende då det uppmuntrar rättighetsinnehavare eller investerare att tjäna pengar på immaterialrättslig lagstiftning vars syfte är att uppmuntra kreativitet.¹⁷¹ En *copyright trollers* affärsidé är alltså att omvandla eventuella immaterialrättsliga anspråk på grund av intrång till likvida medel. Kärnan i ordet *trolling* ligger i att kravbrev, grundade på tvivelaktigt bevismaterial, skickas ut i stor omfattning till personer som misstänkts för upphovsrättsintrång. Domstolsprocesser undviks eftersom rättighetsinnehavarna inte vill riskera att deras bevisning är otillräcklig.¹⁷² Com Hem påstod i ärendet mot Video Art att denna typ av beteende även har nått Sverige.¹⁷³

Många kravbrev har skickats ut av advokatbyråer i syfte att få till stånd förlikningar med misstänkta intrångsgörare efter det att informationsförelägganden har meddelats.¹⁷⁴ Detta förfarande, när förlikningserbjudanden med hot om rättsliga åtgärder utan avsikt att ansöka om stämning i allmän domstol, är vad som skulle kunna likställas med *copyright trolling*. I ärendena mellan Video Art och Com Hem samt CMS mot Com Hem anförde internetleverantören att rättighetsinnehavarnas affärsidé verkar vara att samla in bevisning om upphovsrättsintrång genom

¹⁷⁰ Prop. 2008/09:67, s. 160f.

¹⁷¹ Rangath, Public Knowledge, 29 januari 2008.

¹⁷² Sag & Haskell, 103 ILR 571/18, s. 573.

¹⁷³ PMÅ 9261–16 den 20 mars 2017.

¹⁷⁴ Bezzazi, SVT, publicerad den 25 maj 2018, <https://www.svt.se/special/kravbrev/>.

informationsförelägganden för att sedan överlämna detta till samarbetande advokatbyråer för vidtagande av rättsliga åtgärder, företrädesvis genom "hotfulla förlikningserbjudanden".¹⁷⁵

Com Hem anförde i ärendet mot Video Art att rättsens beslut kan komma att få principiell betydelse eftersom det kan verka handlingsdirigerande för framtida ärenden rörande informationsförelägganden som drivs av producenter eller för rättighetsinnehavare med affärsidén att "copyright-trolla". Rätten beaktade inte uttryckligen invändningen om *copyright trolling*, utan biföll ansökan om informationsföreläggande då Video Art ansågs ha ett berättigat intresse av begärd information. Det får tyckas vara anmärkningsvärt att Patent- och marknadsdomstolen inte uttalade sig om *copyright trolling* eller generellt sett om syftet med begärd information när möjligheten gavs genom Com Hems invändningar. Domstolens restriktivitet i att bringa klarhet i rättsläget är något som bidrar till osäkerheten kring proportionalitetsprövningen, nämligen hur avvägningen mellan olika intressen egentligen ska göras.

Proportionalitetsprövningen innebär bland annat att skälen för ett informationsföreläggande ska vägas. Inom ramen för denna bedömning bör Patent- och marknadsdomstolen kunna beakta en invändning om *copyright trolling* eftersom en sådan invändning bör kunna hänföras till det som i artikel 8.1 IPRED kallas för *berättigande* av en ansökan såväl som det i 53 d § kallas för *skälen för åtgärden*. För att rätten ska meddela ett avslag på grund av att ansökan inte är tillräckligt berättigad eller för att åtgärden vore oproportionerlig krävs det rimligtvis att sökandens intresse kan klarläggas som *otillbörligt* eller *klandervärt*. Detta är dock hittills inget som har beaktats av Patent- och marknadsdomstolen, trots att Com Hem har gjort flertal *copyright trolling*-invändningar.

¹⁷⁵ PMÅ 9261–16 den 20 mars 2017; PMÅ 111–18 den 26 februari 2018.

Förfarandet som kan likställas med *copyright trolling* har kallats för *juridisk utpressning* (en. *legal blackmailing*) eftersom institutet informationsföreläggande uppenbart missbrukas.¹⁷⁶ Det beror dels på att en del misstänka intrångsgörare *de facto* inte har engagerat sig i fildelningsverksamhet, dels på att många rättighetsinnehavare skrämmer enskilda abonnenter till att betala för något de rent rättsligt inte behöver betala. Tillvägagångssättet har även ansetts vara oetiskt eftersom det saknas ett led i bevisningen, nämligen vem som har använt abonnemanget den påstådda tiden för upp- eller nedladdningen.¹⁷⁷

De IP-adresser som läggs fram som bevisning för att utverka information kan alltså resultera i att kravbrev skickas till personer som inte alls har befattat sig med påstådda intrång. *Copyright trolling* bör därför kunna betraktas som en *strategi* som framkallar osäkerhet hos många enskilda abonnenter, framförallt när abonnenter som inte alls har befattat sig med ett misstänkt intrång mottar kravbrev på grund av att deras IP-adress har pekats ut av sökandens bevisning. Samtidigt är det i regel rättighetsinnehavarnas ensak huruvida de vill bedriva *copyright trolling*-verksamhet på grund av deras grundläggande rättighet till skydd för immateriell egendom. Det har ännu inte varit aktuellt för Patent- och marknadsdomstolen att beakta syftet med begärd information, vilket troligtvis beror att rättighetsinnehavarnas syfte med en ansökan om informationsföreläggande ännu inte har ansetts vara till men för varken internetleverantörerna eller abonnenterna.

4.6.3 Bevisproblematiken

I Sverige har ingen ännu blivit stämd i domstol för upphovsrättsintrång på grund av olovlig fildelning av upphovsrättsligt skyddade verk via internet.

¹⁷⁶ Schultz i Bezzazi, SVT, publicerad den 25 maj 2018, <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/expertens-kritik-mitt-intryck-ar-att-det-missbrukas>.

¹⁷⁷ Levin i Bezzazi, SVT, publicerad den 25 maj 2018, <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/expertens-kritik-mitt-intryck-ar-att-det-missbrukas>.

Anledningen till att misstänkta intrångsgörare inte blir stämnda i domstol beror sannolikt på det oklara rättsläget kring fildelning via internet. Ett omdebatterat ämne har handlat om bevisningen, nämligen vilket bevisvärde en IP-adress ska åsättas när domstolen ska avgöra om en påstådd intrångsgörare har gjort intrång i en skyddad upphovsrättsligt skyddad rättighet via internet. Det tillkommer som sagt hela tiden fler sätt för enskilda personer att använda trådlösa nätverk på ett sätt som innebär ett undvikande av civilrättsligt ansvar, exempelvis genom att hacka in sig på någon annans nätverk eller att använda en VPN-tjänst.¹⁷⁸

CMS har hittills ansökt om 60 av totalt 85 informationsförelägganden som Patent- och marknadsdomstolen har handlagt fram till den och har i samtliga ärenden biträts av *Njord Law Firm*. Advokatbyrån menar att det i svensk rätt saknas praxis som pekar på att man inte är ansvarig för sin IP-adress.¹⁷⁹ Redan i maj 2018 uttalade advokatbyrån att den hade för avsikt att under året ställa misstänkta fildelare som inte accepterar förlikningserbjudanden inför rätta.¹⁸⁰ Andra menar att det troligtvis inte finns någon sådan ambition hos advokatbyrån.¹⁸¹ Anledningen till att advokatbyrån och övriga privata aktörer som har ansökt om informationsföreläggande inte fullföljer deras civilrättsliga förfarande med skadeståndsrättsliga anspråk hos i allmän domstol beror sannolikt på tveksamheterna kring rättsläget.

Bevisproblematiken rörande kopplingen mellan en IP-adress och den som har gjort det påstådda intrånget lyftes fram i ärendet mellan CMS mot Telenor Danmark och Telia Danmark hos *byretten*, men denna osäkerhet i sig ansågs inte kunna medföra att sökanden förhindras att ta emot

¹⁷⁸ Sag & Haskell, 103 ILR 571/18, s. 590.

¹⁷⁹ Svensson i Bezzazi, SVT, publicerad den 25 maj 2018, <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/expertens-kritik-mitt-intryck-ar-att-det-missbrukas>.

¹⁸⁰ Svensson i Bezzazi, SVT, publicerad den 25 maj 2018, <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/expertens-kritik-mitt-intryck-ar-att-det-missbrukas>.

¹⁸¹ Maunsbach i Bezzazi, SVT, publicerad den 25 maj 2018, <https://www.svt.se/special/kravbrevnen/>.

information om abonnentens identitet för att skydda sina intressen.¹⁸² Att rätten inte utvecklade diskussionen beror troligtvis på att beviskravet inte är lika högt ställt i dessa ärenden som i ett civilrättsligt mål. Uttalandet bekräftar dock rättighetsinnehavarnas starka informationsintresse på grund av deras grundläggande rätt till skydd för immateriell egendom.

4.6.4 Sammanfattning

Patent- och marknadsdomstolen har ännu inte tagit ställning till om sökandens syfte med ett informationsföreläggande ska tillmätas någon betydelse vid proportionalitetsprövningen. Det kan tyckas finnas utrymme för att beakta en sökandes syfte med begärd information enligt IPRED, men framförallt enligt förarbetena till URL. Det verkar emellertid som att domstolarna enbart fäster vikt vid de grundläggande rättigheternas tillämplighet och åberopad bevisning vid bedömningen av huruvida sökandens ansökan är berättigad eller om skälen för åtgärden är tillräckliga. Det bör dock vara möjligt att beakta en *copyright trolling*-invändning inom ramen för berättigade ändamål och skälen för åtgärden. Det förutsätter troligtvis ett ändrat synsätt gentemot institutet informationsföreläggande för att Patent- och marknadsdomstolen ska meddela ett avslag på grund av sökandens syfte med åtgärden, något som sett till hittills gjorda proportionalitetsprövningar verkar mindre troligt. Det faktum att ingen sökande ännu ställt misstänkta intrångsgörare inför rätta skulle strikt sett kunna tala för att ändamålet med åtgärden inte framstår som lika berättigad, framförallt när det i media har uttalats att rättsliga åtgärder kommer att vidtas inom kort. Att det anses råda stor osäkerhet kring bevisläget borde naturligtvis vara oroväckande för rättighetsinnehavare i de fallen misstänka intrångsgörare inte accepterar eventuella förlikningserbjudanden. Det kan samtidigt tyckas märkligt att så många

¹⁸² Retten på Frederiksbergs beslut i mål nr BS A-678/2017 och A-711/2017 den 24 oktober 2017.

namn ska tillåtas utverkas om sökandens bevisning ändå inte kommer vara tillräckligt i en framtida civilrättslig tvist i allmän domstol.

5 Avslutande kommentarer

EU-domstolen har i egenskap av tolkare av unionsrättsordningen gett ett otydligt besked rörande hur proportionalitetsprövningen närmare ska göras. Högsta domstolens och Patent- och marknadsdomstolens proportionalitetsprövningar får tolkas som att rättighetsinnehavarnas intresse av att få information om en påstådd intrångsgörare regelmässigt väger tyngre än den enskilda abonnentens intresse av att förbli anonym. Högsta domstolen utvecklar i princip inte diskussionen mer än vad som framgår av förarbetena, men Patent- och marknadsdomstolen ger viss ytterligare vägledning beträffande bedömningen av intrångets omfattning och verkets karaktär.

Vid en jämförelse mellan Patent- och marknadsdomstolens olika beslut, står det tämligen klart att antalet verk eller IP-adresser som misstänks för upphovsrättsintrång inte har någon vidare betydelse för rättens proportionalitetsprövning. Det speglar visserligen uttalandena i förarbetena, att fildelning typiskt sett innebär stor skada för rättighetsinnehavarna och att ett informationsföreläggande i regel bör meddelas om beviskravet är uppfyllt. Däremot kan det tyckas att domstolarna väljer ett effektivt immaterialrättsligt skydd framför skydd för personlig integritet i de fall då en intresseavvägning i princip kan vikta åt bägge sidorna.

Det råder brist på prejudicerande praxis, men Patent- och marknadsdomstolens beslut, trots dess ställning som underinstans, får anses ha ett visst värde för utvecklingen av rättsläget avseende proportionalitetsprövningen vid ansökan om informationsföreläggande. Högsta domstolen grundade bedömningen i ePhone-ärendet på dels uttalanden som återges i Promusicae-målet, dels på uttalanden i förarbetena. Eftersom dessa fortfarande gäller, saknas det anledning att

anta att Högsta domstolen hade gjort en annorlunda bedömning i dag, framförallt sedan EU-domstolen i NEW WAVE CZ-målet bekräftat och ytterligare markerat rättighetsinnehavarnas informationsintresse.

Det får anses stå klart att Högsta domstolens och Patent- och marknadsdomstolens beslut i kombination med uttalanden i förarbetena stöder uppfattningen, att varje fall av olovligt tillgängliggörande via internet i princip föranleder att proportionalitetsprövningen bör utfalla till rättighetsinnehavarnas fördel. Viss försiktighet är dock påkallad vid olovlig kopiering av några få verk. Patent- och marknadsdomstolen har endast tagit ställning till ett fall av olovlig kopiering av några få verk där ifrågavarande verk dock uppgick till ett mycket högt värde på den legala marknaden.

Att domstolarna inte har utvecklat diskussionen ytterligare har varit föremål för kritik. Kritiken är inte obefogad; Högsta domstolen hade möjlighet att kommentera intrångets omfattning och verkets karaktär närmare samtidigt som Patent- och marknadsdomstolen har gjort 85 proportionalitetsprövningar utan att ge tydliga och närmare besked om proportionalitetsprövningen. Man skulle kunna argumentera för att ett visst ansvar kan läggas på internetleverantörerna som inte en enda gång har överklagat ett meddelat informationsföreläggande på grund av att det skulle vara oproportionerligt. Ett överklagande hade kunnat mynna ut i ett nytt prejudicerande beslut från Patent- och marknadsöverdomstolen.

Bristen på diskussion i den rättskipande verksamheten ger upphov till osäkerhet kring vilka faktorer som bör tillmätas betydelse i en proportionalitetsprövning. Det medför också viss oförutsebarhet kring hur en ansökan om informationsföreläggande kan komma att bedömas i takt med att allt fler abonnenter mottar det som har kallats för kravbrev eller hotfulla förlikningserbjudanden. Kommer exempelvis rättighetsinnehavare som fått ryktet att "copyright trolla" fortsatt att tillåtas utverka

abonnemangsuppgifter eller kommer rättsläget ändras så att syftet med begärda uppgifter tas i beaktning proportionalitetsprövningen?

Enligt min mening kommer *copyright trolling*-verksamhet troligtvis att diskuteras i större omfattning inom ramen för institutet informationsföreläggande. Det blir mer intressant i takt med att fler informationsförelägganden meddelas eftersom många misstänkta intrångsgörare påstås göra intrång i upphovsrättsligt skyddade verk via internet, trots att ingen blir stämd i allmän domstol. Frågan är om detta sorts beteende var förutsett vid antagandet av IPRED. Alldeles oavsett om *copyright trolling* kommer att beaktas i framtiden, så får IPRED det tilltänkta genomslaget om den olovliga fildelningsverksamheten minskar i Sverige.

För att regelverket ska bli mer förutsebart är det nödvändigt att EU-domstolen förtydligar hur proportionalitetsprövningen ska göras av medlemsstaternas domstolar. För att det ska ske på svenska domstolars initiativ förutsätter det att ett förhandsavgörande begärs. Med anledning av internetleverantörernas bristande vilja att överklaga Patent- och marknadsdomstolens beslut, finns det för närvarande inget skäl för rätten att begära ett förhandsavgörande eftersom EU-domstolen har ansett att proportionalitetsprövningen enligt 53 § d URL uppfyller kraven som ställs på en rimlig intresseavvägning.

Svaret på den övergripande frågeställningen är följaktligen att det synsätt på förenlighet som lagstiftningen är tänkt att ge uttryck för avseende intresseavvägningen avspeglas i rättspraxis.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2011/12:55	De brottsbekämpande myndigheternas tillgång till uppgifter om elektronisk kommunikation
Prop. 2010/11:46	Lagring av trafikuppgifter för brottsbekämpande ändamål
Prop. 2009/10:80	En reformerad grundlag
Prop. 2008/09:67	Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG
Prop. 2002/03:110	Lag om elektronisk kommunikation, m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 2012:51	Utvärderingen av IPRED-lagstiftningen
SOU 2008:3	Skyddet för den personliga integriteten – Bedömningar och förslag

Departementsserier

Ds 2014:23	Datalagring, EU-rätten och svensk rätt
Ds 2007:29	Musik och film på Internet – hot eller möjlighet?
Ds 2007:19	Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG

Rapporter från riksdagen

RFR 2015/16:25 Näringsutskottets offentliga utfrågning om piratkopiering och andra rättighetsintrång på den digitala marknaden

Europeiska kommissionen

KOM (2003) 46 slutlig Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om åtgärder och förfaranden för skydd av immaterialrätter

KOM (1998) 569 slutlig Att bekämpa varumärkesförfalskning och pirattillverkning på den inre marknaden

Litteratur

Agell, Anders, "Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen". I: Svensk juristtidning 2002, s. 243–260 [Cit. Agell]

Andersson, Per G., Lag (2003:389) om elektronisk kommunikation 6 kap. 16 a-f §§, Karnov 1 juli 2018 [Cit. Andersson]

Bernal, Paul, *Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014 [Cit. Bernal (2014)]

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka, Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt*, 11:e uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2010 [Cit. Bernitz m.fl. (2010)]

Edwards, Lilian, "Privacy and Data Protection Online: the Laws Don't Work". I: Edwards, Lilian & Waelde, Charlotte (red.), *Law and the Internet: a Foundation for Electronic Commerce*, 3:e uppl., Hart, Oxford, 2008 [Cit. Edwards (2008)]

Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Community Law*, 6:e uppl., Oxford University Press, 2007 [Cit. Hartley (2007)]

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a omarb. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011 [Cit. Hettne & Otken Eriksson (2011)]

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013 [Cit. Korling (2013)]

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 11:e uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017 [Cit. Levin (2017)]

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, 4:e uppl., Gleerups, 2018 [Cit. Maunsbach & Wennersten (2018)]

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1995 [Cit. Peczenik (1995)]

Reichel, Jane, "EU-rättslig metod". I: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013 [Cit. Reichel i Korling & Zamboni]

Rangath, Rashmi, "What a Copyright Troll Looks Like". I: Public Knowledge, 29 januari 2008 [Cit. Rangath]

Rosén, Jan, "Immaterialrätten vägd mot personuppgiftsskyddet". I: Juridisk Tidskrift 2008/09 s. 367–372 [Cit. Rosén]

Rosén, Jan, "IPRED, proportionalitet, beviskrav och begreppet överföring till allmänheten – mycket ryms i Högsta domstolens beslut den 21/12 2012 (NJA 2012 s- 975) Bonnier Audio m.fl.". I: Nordiskt immateriellt rättsskydd 3/2013, s. 343–349 [Cit. Rosén]

Rosén, Jan & Granmar, Claes, "Länkning på internet – EU-domstolen i konflikt med internationell rätt". I: Svensk juristtidning 2015, s. 347-365 [Cit. Rosén & Granmar]

Sag, Matthew & Haskell, Jake, "Defense Against the Dark Arts of Copyright Trolling". I: 103 Iowa Law Review 571/2018, reviderad 9 mars 2018, s. 571–661 [Cit. Sag & Haskell]

Sandgren, Claes, "Är rättsdogmatiken dogmatisk?". I: Tidskrift for Rettsvitenskap, Vol. 118, nr 4–5, 2005, s. 648–656 [Cit. Sandgren]

Sandgren, Claes, "Vad gör juristen? Och hur? – del II". I: Juridisk Tidskrift 1990/00, s. 867–893 [Cit. Sandgren]

Stamatoudi, Irini A. (red.), *Copyright Enforcement and the Internet*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010 [Cit. Stamatoudi (2010)]

Vested-Hansen, Jens, "Article 7 – Respect for Private and Family Life (Private Life, Home and Communications)". I: Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff, Ward, Angela (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Hart Pub Ltd, Oxford, 2014 [Cit. Vested-Hansen (2014)]

Westberg, Peter, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, bok 4*, Juristförlaget i Lund, 2004 [Cit. Westberg (2004)]

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

Elektroniska källor

Bezzazi, Samir, "Kravbrevet", Sveriges Television, publicerad den 25 maj 2018, hämtad den 18 december 2018, <https://www.svt.se/special/kravbrevet/> [Cit. Bezzazi]

Com Hem AB, integritetspolicy, hämtad den 21 december 2018, <https://www.comhem.se/kundservice/information/integritetspolicy-och-cookies#hurlangesparasuppgifterna> [Cit. Com Hem]

Jordås, Jon, "Bahnhof varnar: Fildelare kan hamna i domstol – stämda av mystiskt företag", publicerad den 21 april 2016, hämtad den 14 december 2018, <https://www.bahnhof.se/press/press-releases/2016/04/21/bahnhof-varnar-fildelare-kan-hamna-i-domstol-stamda-av-mystiskt-foretag> [Cit. Jordås]

Karlung, Jon, "Bahnhof minskar lagringstiden för IP-adresser ännu mer", publicerad den 24 februari 2017, hämtad den 21 december 2018, <https://www.bahnhof.se/press/press-releases/2017/02/24/bahnhof-minskar-lagringstiden-for-ip-adresser-annu-mer> [Cit. Karlung]

Levin, Marianne. I: Bezzazi, Samir, "Expertens kritik: Risk för legal blackmailing", Sveriges Television, publicerad den 25 maj 2018, hämtad den 18 december 2018, <https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/expertens-kritik-mitt-intryck-ar-att-det-missbrukas> [Cit. Levin i Bezzazi]

Maunsbach, Ulf. I: Bezzazi, Samir, "Kravbrevet", Sveriges Television, publicerad den 25 maj 2018, hämtad den 18 december 2018, <https://www.svt.se/special/kravbrevet/> [Cit. Maunsbach i Bezzazi]

Ownit Broadband AB, information om personuppgiftsbehandling, hämtad den 21 december 2018, <https://www.ownit.se/integritet> [Cit. Ownit]

Rätt Internet Kapacitet i Sverige AB, integritetspolicy, hämtad den 1 januari 2019, <https://www.riksnet.se/integritetspolicy/> [Cit. Riksnet]

Schultz, Mårten. I: Bezzazi, Samir, "Expertens kritik: Risk för legal blackmailing", Sveriges Television, publicerad den 25 maj 2018, hämtad den 18 december 2018,

<https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/expertens-kritik-mitt-intryck-ar-att-det-missbrukas> [Cit. Schultz i Bezzazi]

Svensson, Emelie. I: Bezzazi, Samir, "Expertens kritik: Risk för legal blackmailing", Sveriges Television, publicerad den 25 maj 2018, hämtad den 18 december 2018,

<https://www.svt.se/nyheter/granskning/ug/expertens-kritik-mitt-intryck-ar-att-det-missbrukas> [Cit. Svensson i Bezzazi]

Telenor Sverige AB, integritetspolicy, hämtad den 21 december 2018,

<https://www.telenor.se/kundservice/integritet/din-trygghet/behandling-av-person--och-trafikuppgifter/> [Cit. Telenor]

Telia Sverige AB, integritetspolicy, hämtad den 21 december 2018,

<https://www.telia.se/privat/om/integritetspolicy/data> [Cit. Telia]

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionens domstol

C-427/15 (NEW WAVE CZ),

EU:C:2017:18, dom den 18

januari 2017

De förenade målen C-203/15 och

C-698/15 (Tele2), EU:C:2016:970,

dom den 21 december 2016

C-582/14 (Breyer),

EU:C:2016:779, dom den 19

oktober 2016

C-580/13 (Coty), EU:C:2015:485,

dom den 16 juli 2015

De förenade målen C-293/12 och

C-594/12 (DRI), EU:C:2014:238,

dom den 8 april 2014

C-461/10 (ePhone),

EU:C:2012:219, dom den 19 april

2012

C-173/09 (Elchinov),

EU:C:2010:581, dom den 5

oktober 2010

C-557/07 (LSG), EU:C:2009:107,

beslut den 19 februari 2009

C-275/06 (Promusicae),

EU:C:2008:54, dom den 29

januari 2008

C-275/06 (Promusicae),

EU:C:2007:454, förslag till

avgörande föredraget den 18 juli

2007

C-99/00 (Lyckeskog),

EU:C:2002:329, dom den 4 juni

2002

Europadomstolen

Copland mot Förenade

Konungariket, Europadomstolens

ansökningsnummer 62617/00,

dom den 3 april 2007

Högsta domstolen

NJA 2012 s. 975 (ePhone)

Förvaltningsrätten

Förvaltningsrätten i Stockholm i

mål nr 14891–14, dom den 13

oktober 2014

Kammarrätten

RK 2017:1 (Tele2)

Patent- och marknadsdomstolen

PMÄ 16735–18, beslut den 12 december 2018

PMÄ 4245–18, beslut den 16 maj 2018

PMÄ 10838–17, beslut den 26 mars 2018

PMÄ 997–18, beslut den 5 mars 2018

PMÄ 996–18, beslut den 2 mars 2018

PMÄ 994–18, beslut den 2 mars 2018

PMÄ 993–18, beslut den 2 mars 2018

PMÄ 976–18, beslut den 2 mars 2018

PMÄ 995–18, beslut den 27 februari 2018

PMÄ 111–18, beslut den 26 februari 2018

PMÄ 9758–17, beslut den 27 september 2017

PMÄ 9261–16, beslut den 20 mars 2017

PMÄ 15307–16, beslut den 13 januari 2017

PMÄ 15240–16, beslut den 28 december 2016

PMÄ 13753–16, beslut den 28 december 2016

PMÄ 13691–16, beslut den 28 december 2016

Landsretten, Danmark

Østre Landsrettens beslut i mål nr 2451–17 och 2458–17 den 7 maj 2018

Byretten, Danmark

Retten på Frederiksbergs beslut i mål nr BS A-678/2017 och A-711/2017 den 24 oktober 2017