

Något om ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång – särskilt i onlinemiljö*

*Av jur. kand., civ. ek, Johan Axhamn***

En fråga som får allt mer uppmärksamhet är förutsättningarna och gränserna för straffrättsligt ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång, särskilt i onlinemiljö där förekomsten av intrång är omfattande.¹ Frågan har nyligen aktualiserats i samband med att Högsta domstolen (HD) beslutat att inte meddela prövnings-tillstånd i det s.k. the Pirate Bay-målet (TPB-målet), vilket innebär att hovrät-tens dom står fast.²

Mot bakgrund av hovrättens bedömningar i TPB-målet och allmänna princi-per för straffrättsligt medhjälpsansvar beskrivs i den här artikeln översiktligt för-utsättningar och gränser för straffrättsligt medhjälpsansvar för upphovsrättsin-trång i onlinemiljö. Avslutningsvis följer en diskussion och slutsatser.

* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review). Artikeln är en uppdaterad version av författarens IRI-promemoria 1/2012 och artikel i Lov&Data (nr. 109, mars 2012).

** Doktorand i immaterialrätt vid Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet.

¹ Det finns mycket litteratur på området. Se t.ex. Schlüter & Mathiasen i Festskrift til Kocktvedgaard (ed. Andersen et al., 2003), s. 517 ff.; Frabboni i Copyright Enforcement and the Internet (ed. Stamatoudi, 2010), s. 119 ff.; Koelman & Hugenholtz, Online Service Provider Liability for Copyright Infringement (WIPO dokument OSP/LIA/1 Rev.1, 1999); Lindberg & Westman, Praktisk IT-rätt (2001), s. 145 ff.; Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law (red. Strowel, 2009); The New Legal Framework for E-Commerce in Europe (red. Edwards, 2005), s. 93 ff. och 105 ff.; Schollin i Swedish Studies in European Law, National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law (ed. Lidgard, 2011), s. 219 ff.; Ledendal i Swe-dish Studies in European Law, National Developments in the Intersection of IPR and Competi-tion Law (ed. Lidgard, 2011), s. 205 ff.; Rosén i NIR 2008 s. 95 ff., Axhamn i NIR 2008 s. 39 ff.; Salung Petersen i NIR 2009 s. 21 ff. och Andreasson & Schollin i SvJT 2011 s. 534 ff. Det finns ännu inte någon internationell harmonisering om ansvar för medhjälp/medverkan till upp-hovsrättsintrång. Se härom t.ex. Ficsor, The Law of Copyright and the Internet (2002), s. 509. Det pågår dock diskussioner inom såväl WIPO som EU. Se härom t.ex. http://www.wipo.int/copyright/en/internet_intermediaries/index.html och http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communication2012/COM2011_942_en.pdf.

² Högsta domstolens beslut av den 1 februari 2012 i mål nr B 5880-10 och Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay). Hovrättens dom avser tre av de fyra perso-ner som dömdes för medhjälp till upphovsrättsintrång av Stockholms tingsrätt i mål nr B 13301-06 den 17 april 2009. Eftersom den fjärde personen på grund av sjukdom inte kunde närvara vid huvudförhandlingen i hovrätten, prövades inte hovrätten hans straffansvar i sin dom av den 26 no-venber 2010. När den fjärde personens överklagande skulle behandlas av hovrätten i september 2011 kom han inte till huvudförhandlingen, varför tingsrättens dom mot honom står fast.

1. Allmänna utgångspunkter

I 53 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) föreskrivs att den som *uppsåtligen* eller av *grov oaktsamhet* gör intrång i upphovsrätten straffas med böter eller fängelse i högst två år. Enligt 57 § URL gäller straffbestämmelserna i 53 § URL också i fråga om intrång i upphovsrätten närstående rättigheter, såsom artisters, ljudproducenters och framställares av rörliga bilder (filmproducenter) rättigheter enligt 45 och 46 §§ URL. Eftersom fängelse är föreskrivet för brott mot 53 § URL är även medverkan till sådant brott straffbart enligt brottsbalken (BrB) 23:4 första stycket.³

Begreppet ”medverkande” enligt BrB 23:4 innefattar såväl den egentlige gärningsmannen som anstiftare och medhjälpare.⁴ *Gärningsman* är den som utfört gärningen (*medverkansobjektet*) och uppfyller brottsrekvisiten. Utöver gärningsmannen ska ansvar dessutom ådömas annan som *främjat* gärningen med *råd* eller *dåd*, dvs. med psykiska eller fysiska medel. Med *anstiftan* avses att främja en brottslig gärning genom att *förmå* – dvs. att genom psykisk påverkan orsaka – någon annan att utföra den, om det så endast handlar om att förstärka eller vidmakthålla hans eller hennes beslut att företa gärningen.⁵ *Medhjälp* till en brottslig gärning består i ett främjande som inte uppfyller kraven för anstiftan.⁶

Varje medverkande är självständigt ansvarig, dvs. oberoende av om annan medverkande kan straffas. Var och en som har medverkat kan således hållas ansvarig efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last. Att gärningsmannen inte kan straffas, t.ex. på grund av bristande personligt ansvar – såsom avsaknad av nödvändigt uppsåt eller oaktsamhet, innebär dock inte att ansvar utesluts för annan medverkande. Med andra ord förutsätts för ansvar för anstiftan eller medhjälp således inte att gärningsmannen (eller annan medverkande) har gjort sig skyldig till *brott*.⁷ För ansvar som anstiftare eller medhjälpare förut-

³ Efter lagändring 1994 följer det direkt av ordalydelsen av BrB 23:4 att medverkansbestämmelserna ska tillämpas direkt även på specialstraffrättens område, t.ex. vid upphovsrättsintrång. Skälet till att göra brottsbalkens bestämmelser direkt tillämpliga även på specialstraffrättens område var att värna legalitetsprincipen. Se härom prop. 1993/94:130 och Zila, Specialstraffrätten. En introduktion (2006), s. 13. Även före lagändringen ansågs brottsbalkens principer om medverkan kunna tillämpas analogt på upphovsrättens område, se härom t.ex. Ds Ju 1981:7, s. 17 f. och 58 f. och prop. 1981/82:152 s. 13 ff.

⁴ Det finns inte någon gemensam beteckning för anstiftan och medhjälp. Att även inkludera den egentlige gärningsmannen i medverkansbegreppet har kritiserats i doktrinen, se t.ex. Herlitz, Parties to a crime and the notion of a complicity object (1992), s. 166 ff. och 183 ff.; Herlitz i JT 1996–97 s. 283; Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 460 och Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 252 ff.

⁵ Därmed är inte sagt att anstiftan förutsätter vare sig övertalning eller vilseledande, men anstiftan måste på något sätt innebära att gärningsmannen får ”tillräckliga skäl” för sitt handlande. Se härom SOU 1996:185 s. 192; Lernestedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 71; Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 256; Holmqvist m.fl., Brottsbalken. En kommentar (2009), s. 23:51; Jareborg, Allmän kriminalrätt (2005), s. 409 och Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 472.

⁶ Holmqvist m.fl., Brottsbalken. En kommentar (2009), s. 23:49.

⁷ Enligt äldre lagstiftning (före 1949) krävdes för ansvar för medverkan att gärningsmannen hade förövat visst brott, dvs. ansvaret för (andra) medverkande – eller mer korrekt: delaktiga – var

sätts däremot att ett medverkansobjekt (straffbar gärning) har utförts (av en gärningsman).⁸ Ansvar för anstiftan och medhjälp är således självständigt på det sättet att någon kan dömas för sådant ansvar, trots att ingen kan dömas som gärningsman.⁹ Det kriminalpolitiska syftet bakom denna ordning är att effektivare förebygga de brott som anges i brottsbeskrivningarna. Utgångspunkten för medverkansbestämmelsen är därför att alla medverkande ska straffas.¹⁰ I BrB 23:5 finns dock en undantagsbestämmelse som anger att om någon medverkat endast i mindre mån så kan straffet för honom eller henne sättas under straffminimum och i ”ringa fall” ska inte dömas till ansvar. Jag återkommer till denna bestämmelse i avsnitt 5 nedan.

I fråga om förfogande över upphovsrättsligt skyddat material innebär det sagda att den som begår intrångsgärningen (medverkansobjektet) – dvs. olovligen förfogar över verket eller den närstående rättigheten – ses som gärningsman, medan den som främjat gärningen bedöms som anstiftare eller medhjälpare.¹¹ Om det föreligger ett intrång uppställs det inte något krav på att gär-

accessoriskt. I gällande rätt är kravet på accessoritet begränsat till att gälla en otillåten gärning. Se härom t.ex. SOU 1944:69 s. 89 f.; Lernestedt i *Katedralen. Tre texter om straffrätt* (2009), s. 65 ff.; Herlitz, *Parties to a crime and the notion of a complicity object* (1992), s. 158 f.; Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder* (2010), s. 465 ff.; Hoflund, *Medverkan till brott* (1972), s. 58 f. och 93 f. och Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten* (1976), s. 241 ff.

⁸ Det uppställs således inte något krav på att en medhjälpare behöver ha varit med om att direkt utföra medverkansobjektet. Istället talas om ”medgärningsmannaskap” när flera personer ”tillsammans och i samförstånd” gör något som är otillåtet. I vissa situationer är det möjligt att tillämpa ett s.k. utvidgat ”medfrämjaransvar”, dvs. en kollektiv ansvarsbedömning beträffande medhjälpsbrott. Det torde förutsätta att de ”medfrämjande” tillsammans varit aktiva under ett i tid och rum något sänat samlat händelseförlopp och att det funnits ett tydligt sakligt samband mellan de åtgärder som de inblandade vidtagit. Se härom t.ex. Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder* (2010), s. 461 ff.; Lernestedt i *Katedralen. Tre texter om straffrätt* (2009), s. 69 f. och 77 ff. och Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (*Pirate Bay*), s. 20 ff. med där gjorda hänvisningar. I sin avhandling diskuterar Herlitz – bl.a. med utgångspunkt i legalitetsprincipen – ingående om endast gärningsmannen eller även annan medverkande kan och/eller bör kunna utföra medverkansobjektet, och därtill hörande frågor om gränserna mellan ”gärningsmannaskap”, ”medelbart gärningsmannaskap”, ”medgärningsmannaskap”, ”medfrämjandeskap” och ”främjandeskap”. Se härom Herlitz, *Parties to a crime and the notion of a complicity object* (1992), s. 195 ff., 227 ff., 249 ff., 440 ff. och 515 ff. Utformningen av medverkansansvaret, särskilt vad gäller förutsättningarna och gränserna för gärningsmannaskap, har varit föremål för flera utredningar, se t.ex. SOU 1996:185 (”Straffansvarets gränser”).

⁹ SOU 1944:59 s. 90; Holmqvist m.fl., *Brottsbalken. En kommentar* (2009), s. 23:49; Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder* (2010), s. 40, 149, 353 ff., 455 ff. och 481. Med hänvisning till tysk doktrin har Herlitz framhållit att de svenska medverkansreglerna således tillhör teorin om ”limitierte Akzessorietät der Teilnahme” och inte teorin om ”strenge Akzessorietät der Teilnahme”. Se härom Herlitz, *Parties to a crime and the notion of a complicity object* (1992), s. 171 f.

¹⁰ Se t.ex. Hoflund, *Medverkan till brott* (1972), s. 44 f. och Lernestedt i *Katedralen. Tre texter om straffrätt* (2009), s. 67.

¹¹ Om gärningsmannens handlande omfattas av en inskränkning i det upphovsrättsliga skyddet uppstår inget straffrättsligt medverkansobjekt. Det har framhållits att det därför är nödvändigt att identifiera den som utför det upphovsrättsliga förfogandet; att det först därefter kan bedömas om den enskilda handlingen utgör intrång eller om den omfattas av en inskränkning. Se härom Ledendal i *Swedish Studies in European Law, National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law* (ed. Lidgard, 2011), s. 216 f. Vid fildelning sker dock normalt en över-

ningsmannen (dvs. intrångsgöraren) i sig kan hållas ansvarig för att kunna hålla någon annan ansvarig som anstiftare eller medhjälpare. Det innebär att principer om anstiftan och medhjälp kan spela en stor betydelse för beivrande av olovliga förfoganden av upphovsrättsligt skyddat material i onlinemiljö, särskilt i situationer där det är svårt eller omöjligt att identifiera den enskilde intrångsgöraren och därigenom beivra intrång direkt gentemot honom eller henne.¹² Av skäl som kommer utvecklas i det följande kan det i många fall dessutom vara mer effektivt att beivra intrång genom att agera med rättsliga åtgärder mot en (anstiftare eller) medhjälpare, särskilt aktörer som främjar intrång som begås av många användare.

I det följande utvecklas rekvisiten för otillåten *medhjälpsgärning* och personligt *medhjälpsansvar*.¹³

2. Rekvisit för otillåten medhjälpshandling

Medhjälp till brott kan ske fysiskt genom handling ("dåd"). Det kan också ske genom psykiskt inflytande på andra medverkande – i det senare fallet genom *råd* eller annat "engagemang" i form av till exempel *uppmuntran*, *stöd*, *support*, eller *provokation*.¹⁴ En förutsättning för att främjandet ska anses som otillåtet är att det uppfyller grundläggande krav på *gärningsculpa*, det vill säga den medhjälpare ska ha vidtagit en *kontrollerad handling* som innebär en *otillåten risk* som är *relevant för främjandet* av huvudbrottet.¹⁵ Att en främjandegärning är kontrollerad innebär att den medhjälpare kan avsluta eller hejda det skeende som hans handlande innebär.¹⁶

En otillåten medhjälpsgärning uppstår redan om någon endast obetydligt främjat brottet. Det är tillräckligt att främjandet *styrkt gärningsmannen i hans upp-*

föring till allmänheten som tillhandahållande på begäran, och det förfogandet omfattas inte av någon inskränkning av relevans.

¹² I 53 c § URL finns bestämmelser vilka ger rättighetshavarna möjlighet att efter beslut i domstol få information om vilken abonnent som hade ett visst IP-nummer vid ett visst tillfälle. Därigenom ges rättighetshavarna en praktisk möjlighet att använda sig av det civilrättsliga sanktionssystemet för att själva beivra intrång direkt gentemot intrångsgörarna. Bestämmelserna bygger bl.a. på artikel 8 i direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (det s.k. civilrättsliga sanktionsdirektivet). Efter dom av EU-domstolen den 19 april 2012 i mål C-461/10 (Bonnier Audio m.fl.) står klart att bestämmelserna i den svenska upphovsrättslagen om informationsföreläggande kan tillämpas även i förhållande till internetleverantörer. Det innebär dock inte att det framgent inte kommer att finnas svårigheter att identifiera enskilda intrångsgörare, särskilt inte om användningen av s.k. anonymiseringstjänster ökar. Behovet av ett tydligt medverkansansvar påverkas således inte av att bestämmelserna om informationsföreläggande underlättar beivrandet av upphovsrättsintrång direkt mot enskilda intrångsgörare.

¹³ Tidigare användes begreppen objektiva respektive subjektiva rekvisit – en begreppsbildning som numera anses mindre lämplig, se t.ex. Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder* (2010), s. 33.

¹⁴ Jfr Holmqvist m.fl., *Brottsbalken. En kommentar* (2009), s. 23:51 och Asp & Rosén i SvJT 2011 s. 114.

¹⁵ Om *gärningsculpa*, se t.ex. Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder* (2010), s. 37 och 297 och Jareborg, *Allmän kriminalrätt* (2005), s. 211 ff., 233 ff. och 290 f.

¹⁶ Se t.ex. Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder* (2010), s. 40.

så.¹⁷ Det krävs inte att medhjälpen varit en betingelse för brottets tillkomst.¹⁸ Det är således oväsentligt om den brottsliga gärningen skulle ha kommit till stånd även utan den medhjälpare, dvs. även obehövlig medhjälpare kan utgöra ett främjande.¹⁹ Vidare kan gärningsmannen haft flera alternativa möjligheter att begå gärningen, men av någon anledning stött sig på de åtgärder som den medhjälpare har tillhandahållit.²⁰ Det ska dock vara fråga om ett främjande i varje enskilt fall, och inte ett handlande som är sådant att det (endast till sin natur) kan medföra en sådan påverkan som är ett främjande.²¹

En handling som varken fysiskt eller psykiskt övat inflytande på brottets tillkomst är inte att anse som medhjälpare.²² Som exempel härpå har i doktrinen nämnts att någon gillande ställer sig att bevittna ett slagsmål.²³

En medhjälparegärning behöver inte bestå i främjande av brottet från medverkansobjektets början till dess slut. Främjandet kan äga rum före eller samtidigt med medverkansobjektet, men i princip inte efter det att det har avslutats.²⁴

Vissa handlingar eller engagemang kan främja såväl lagliga som olagliga aktiviteter. Vad som gäller i sådana situationer kan uttryckas endast i allmänna termer. En utgångspunkt är att förekomsten av ett medverkansobjekt kan innebära att en annars tillåten handling utgör ett otillåtet främjande. Med *Herlitz*: "Thus, the complicity object reveals the true nature of the complicity act."²⁵ Det inne-

¹⁷ Se t.ex. SOU 1944:69 s. 91; NJA 1986 s. 802; SvJT 1972 rf s. 34; SvJT 1974 rf s. 33; Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 252 och Herlitz, Parties to a crime and the notion of a complicity object (1992), s. 450.

¹⁸ Se t.ex. Lernestedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 72; Holmqvist m.fl., Brottsbalken. En kommentar (2009), s. 23:53 och Hoflund, Medverkan till brott (1972), s. 52.

¹⁹ Se t.ex. Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 469 och Lernestedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 72 ff.

²⁰ SOU 1944:69 s. 91; Strahl i SvJT 1967 s. 406; Hoflund, Medverkan till brott (1972), s. 63; Holmqvist m.fl., Brottsbalken. En kommentar (2009), s. 23:52 och Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 252 ff.

²¹ Hoflund, Medverkan till brott (1972), s. 53.

²² SOU 1944:69 s. 91. Se även NJA 1984 s. 922 och NJA 2008 s. 697. Enligt den dominerande uppfattningen i doktrinen kan dock ett främjande ske, även om brottets genomförande motverkas. En förutsättning för ansvar i fall av faktiskt motverkade torde dock vara att den (mot)främjande inte deltar i syfte att motverka att brott kommer till stånd. Anledningen till att ett främjande kan anses föreligga, trots att deltagandet inte inneburit något "främjande" av betydelse, torde vara att den medhjälparens närvaro har haft psykisk inverkan på gärningsmannen – dvs. "styrkt" gärningsmannen i hans uppsåt. Se härom t.ex. Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 469 och Jareborg, Allmän kriminalrätt (2005), s. 406.

²³ Se Strahl, Allmän straffrätt (1976), s. 281; Wennberg i JT 2002–03 s. 596. I ett kamratgång kan emellertid gränsen mellan att passivt följa med och att genom sin närvaro ge stöd och uppmuntran vara svår att dra. Se härom t.ex. Lernestedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 73; Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 470; Herlitz, Parties to a crime and the notion of a complicity object (1992), s. 450 och Hoflund, Medverkan till brott (1972), s. 51.

²⁴ Jfr NJA 1996 s. 152, NJA 2009 s. 3 och NJA 2007 s. 805. Frågan om ett brott kan anses pågå även efter det att det blivit fullbordat är vansklig. Förhållandena kan vara olika alltefter brottets beskaffenhet, jfr härom NJA 1972 s. 429 och NJA 2007 s. 805. Se även Lernestedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 75 f.

²⁵ Herlitz, Parties to a crime and the notion of a complicity object (1992), s. 451. För ett lik-

bär att en annars i sig socialt respekterad handling – t.ex. att ta emot en överrock,²⁶ tillhandahålla lokal²⁷ eller skjutsa någon i sin bil²⁸ – kan utgöra medhjälp.

I straffrättsdoktrinen har det utvecklats teorier om social adekvans och bristande gärningsculpa för att förklara om ett risktagande är tillåtet eller otillåtet.²⁹ En gärning är *socialadekvat* när den inte innefattar ett otillåtet risktagande på det sätt som fordras enligt de allmänna principerna om gärningsculpa. Exempel på gärningar som omfattas av begreppet social adekvans är krigstillstånd, hälso- och sjukvård, sport samt s.k. negotiorum gestio (handlande i annans intresse).³⁰ Generellt gäller dock att om någon som vidtar en kontrollerad åtgärd får kännedom eller tydliga indikationer på att åtgärden främjar brottslig verksamhet så torde det i många fall kunna ställas krav på att vederbörande upphör med sin åtgärd, särskilt om åtgärden avser främjande av brottslig verksamhet i stor skala.³¹ Vid en bedömning av gärningsculpa torde bl.a. vägas in vad riskerna har avsett, hur stora riskerna har varit samt hur de har hanterats av den medhjälpare.³² Det handlar inte om ett underlåtenhetsansvar när utgångspunkten för resonemanget är att den medhjälpare redan utför ett aktivt handlande.³³

I fråga om verksamheter som utförs av s.k. mellanhänder på Internet har den svenske lagstiftaren uttalat att det, för att det ska vara fråga om en medhjälphandling till upphovsrättsintrång, som regel torde krävas något mer än själva tillhandahållandet och bedrivandet av den verksamheten. Det kan enligt lagstiftaren dock vara fråga om en medhjälphandling om mellanhanden vet om att olagligt material förekommer och har möjlighet att, utan orimliga uppoffringar, hindra spridningen av materialet, men underlåter att göra detta. Ett exempel som lagstiftaren angett på en situation där det kan vara fråga om medhjälp till upphovsrättsintrång är när ”intrångsgöraren” har träffat avtal med mellanhanden om rätt att utnyttja dennes serverutrymme och mellanhanden därefter har fått konkreta indikationer på att utrymmet används på ett sätt som innebär upphovsrättsintrång.³⁴ Lagstiftaren har indikerat att motsvarande i allmänhet torde

nande resonemang, se Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 263 och Jareborg, Allmän kriminalrätt (2005), s. 403.

²⁶ Se NJA 1963 s. 574.

²⁷ Ds Ju 1981:7 s. 59.

²⁸ Se NJA 1984 s. 922. Jfr Lernestedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 74 f.

²⁹ Asp & Rosén i SvJT 2011 s. 112 ff.

³⁰ Se t.ex. Asp m.fl., Kriminalrättsens grunder (2010), s. 280 ff.

³¹ Se t.ex. Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 24.

³² Se t.ex. Ibid och Asp & Rosén i SvJT 2011 s. 114.

³³ Jfr prop. 2001/92:150 s. 89 f.; prop. 2004/05:110 s. 340; Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 27 f. och Svea hovrätts beslut 2010-05-04 i mål nr Ö 10146-09 (Portlane), s. 6 f.

³⁴ Se prop. 2001/02:150 s. 89 f. och prop. 2004/05:110 s. 339 f. Jfr punkt 27 i ingressen till direktiv 2001/29/EG, vilken dock inte tar sikte på medhjälphandlingar utan istället på gränserna för vad som kan utgöra en överföring till allmänheten. Enligt lagen 1998:112 om ansvar för elektroniska anslagstavlor ska tillhandahållaren av en sådan anslagstavla hålla viss uppsikt över tjänsten. Det särskilda ansvaret motiveras av att allmänna principer om medverkansansvar har bedömts vara

gälla för tillhandahållare av trådlösa nätverk, t.ex. kaféer och restauranger.³⁵

I rättspraxis har Svea hovrätt i TPB-målet konstaterat att en webbplats (the Pirate Bay, herefter TPB) som tillhandahöll sökfunktioner, uppladdnings- och lagringsmöjligheter för s.k. torrentfiler samt tracker som förmedlade kontakter mellan enskilda fildelare utgjorde en tjänst som främjade huvudbrottet upphovsrättsintrång. I linje med vad som angetts ovan om förutsättningarna för medhjälpansvar konstaterades att även om tjänsten inte var en nödvändig förutsättning för att de enskilda upphovsrättsintrången skulle komma till stånd så främjade den brott genom att göra det enklare och snabbare för användarna att överföra verken till allmänheten genom olovlig fildelning.³⁶ Av betydelse för konstaterandet att gärningsculpa förelåg var enligt hovrätten i) att tjänsten till övervägande del användes för olovlig fildelning, ii) att dessa brott avsåg angrepp på grundläggande värden i vår rättskultur,³⁷ iii) att några försiktighetsåtgärder inte vidtogs och iv) att torrentfiler som hänvisade till skyddade verk inte togs bort ens efter påpekanden och varningar.³⁸ Vid en avvägning mellan det socialt adekvata intresset av att tillhandahålla en tjänst för fildelning av legalt utlagt material och den helt uppenbara risken för att verksamheten i massiv omfattning skulle leda till intrång i upphovsmännens grundlagsskyddade rättigheter, fann hovrätten att ansvarsfrihet på grund av oskrivna undantagsregler om social adekvans och bristande gärningsculpa inte kunde komma i fråga. Att tillhandahålla fildelningstjänsten ansågs därför (objektivt sett) utgöra ett straffbart främjande av upphovsrättsintrången.³⁹

Förutsättningarna för medhjälpansvar för innehavaren av en s.k. fildelningshubb har nyligen prövats i en tingsrättsdom. Innehavaren av hubben ansågs främja andras olovliga förfoganden. Genom hubben kunde användare koppla

otillräckliga för att på ett tillfredsställande sätt reglera ansvaret. Se härom prop. 1997/98:15 s. 8 ff. och SOU 1996:40 s. 203 ff.

³⁵ Se prop. 2008/09:67 s. 141. Frågan om roll och ansvar för aktörer som tillhandahåller tillgång till internet har på senare tid diskuterats även i andra propositioner samt departements- och myndighetspromemorior. Se härom t.ex. prop. 2009/10:193 ("Tillgängliga elektroniska kommunikationer"), N2011.12 ("IT i människans tjänst – en digital agenda för Sverige") och rapport från PTS PTS-ER-2009:32 ("Öppna nät och tjänster"). Den tämligen tillåtande inställning i fråga om ett "fritt" internet utan begränsningar för enskilda användare att få tillgång till och dela information som kommer till uttryck i dessa arbeten har, som utvecklas i den här artikeln, inte fått tydligt genomslag i rättspraxis.

³⁶ Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 24.

³⁷ Hovrätten refererade till 2 kap. 19 § regeringsformen, vilken stadgar att författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag. Efter ändring den 25 november 2010, dagen innan Hovrättsdomen meddelades, finns bestämmelsen i 2 kap 16 § regeringsformen.

³⁸ Hovrätten konstaterade också motsatsvis att "[o]m en söktjänst till sin karaktär är sådan att den i första hand är ett värdefullt verktyg i laglig verksamhet och allmänt samhällsnyttig, om denna legitima användning dominerar, men spridning eller överföring av olagligt material trots försiktighetsåtgärder inte kan uteslutas, kan driften av en sådan tjänst i objektivt hänseende komma att bedömas som tillåten med stöd av nyss nämnda teorier [om social adekvans eller bristande gärningsculpa, min kommentar]. Se Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 24.

³⁹ Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 25.

upp sig och söka och olovligen tillgängliggöra musikfiler. Förutsättningarna för otillåten medhjälpshandling ansågs uppfyllda genom tillhandahållandet av hubben, innehav av nödvändig bredbandsuppkoppling, medvetenhet om de olovliga förfogandena och inflytande över det material som olovligen fildelades, samt möjligheten att stänga av användare från hubben.⁴⁰

Frågan om medhjälp till upphovsrättsintrång har även prövats i två beslut av Svea hovrätt om interimistiskt beslut om förbud. Enligt besluten bedömdes tillhandahållare av (indirekt) internetaccess till TPB respektive internetaccess till en eller flera s.k. trackrar via vilka användare olovligen tillgängliggjorde upphovsrättsligt skyddat material till allmänheten som medhjälpare (i objektiv mening) till upphovsrättsintrång. Förutsättningarna för objektiv medhjälp ansågs uppfyllda, eftersom tillhandahållarna inte hade upphört med sina aktiva handlingar, trots kännedom om brottsmålsdomen mot TPB och om de upphovsrättsintrång som förmedlades via webbplatsen respektive trackrarna. Åtgärden att sluta tillhandahålla internetaccessen ansågs kunna vidtas utan orimliga uppoffringar.⁴¹

Som en allmän reflektion kan konstateras att svenska domstolar inte varit särskilt restriktiva i sin tillämpning av allmänna förutsättningar för otillåten medhjälpshandling när det gäller handlingar som främjar upphovsrättsintrång i onlinemiljö.

3. Medhjälp till medhjälp

En fråga som aktualiserats när det gäller ansvar för medhjälp är om sådant ansvar är begränsat till direkt medhjälp, dvs. medhjälp i direkt anslutning till medverkansobjektet, eller om den omfattar även medhjälp till medhjälp (och så vidare).

Även om viss litteratur⁴² har givit uttryck åt uppfattningen att det inte är straffbart att främja ett främjande (dvs. ”medhjälp till medhjälp”), är den klart dominerande uppfattningen inom doktrinen att det inte finns några hinder för att bestraffa ett främjande av ett främjande⁴³ – eller att för den delen utsträcka kedjan längre än så.⁴⁴ Vägledande rättspraxis torde också ge direkt stöd för att ansvar för medhjälp kan utsträckas bortom direkt medhjälp.⁴⁵ Avgörande är om

⁴⁰ Se dom av Vänersborgs tingsrätt i mål B 2569-09 (meddelad den 22 december 2011). Liknande utgång i dom av Göta hovrätt den 29 april 1998 i mål B 1924-95 och dom av Södertörns tingsrätt den 5 september 2011 i mål nr B 6637-08.

⁴¹ Svea hovrätts beslut 2010-05-04 i mål nr Ö 10146-09 (Portlane), s. 9 f. och Svea hovrätts beslut 2010-05-04 och 2010-05-05 i mål nr Ö 7131-09 och mål Ö 8773-09 (Black Internet m.fl.), s. 12.

⁴² Wennberg i JT 2002-03 s. 609 och Lernestedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 76 f.

⁴³ Se t.ex. Holmqvist m.fl., Brottsbalken. En kommentar (2009), s. 23:49; Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 262 och Herlitz, Parties to a crime and the notion of a complicity object (1992), s. 176.

⁴⁴ Se t.ex. Jareborg, Allmän kriminalrätt, Uppsala (2005), s. 398; Asp & Rosén i SvJT 2011 s. 116; Asp, Från tanke till gärning, Del II (2007), s. 227 och Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 456.

⁴⁵ Se NJA 2002 s. 489. Jfr Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 32.

den grundläggande förutsättningen är uppfylld att medhjälpshandlingen i fråga har främjat huvudbrottet.⁴⁶

Allmänna krav på gärningsculpa gäller givetvis vid ansvar för medhjälp till medhjälp (och så vidare). Det fordras således att huvudgärningen är gärningsculpös, liksom att den tillkommande (och eventuellt därefter efterföljande) medhjälpsgärningen också är det.

4. Personligt ansvar för medhjälp

Generellt gäller att varje medverkande – gärningsman, anstiftare eller medhjälpare – bedöms efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last (BrB 23:4 tredje stycket), oberoende av annan medverkandes uppsåt eller oaktsamhet.⁴⁷ Om det finns både en uppsåtlig och en oaktsam variant av samma gärning så kan en medverkande dömas för oaktsam medverkan medan en annan medverkande (inklusive gärningsmannen) döms för det uppsåtliga brottet.⁴⁸ För en medhjälpare gäller att uppsåtet eller oaktsamheten ska avse såväl det som är främjandet som den gärning som utgör medverkansobjektet.⁴⁹ Den handling som är främjandet behöver således inte vara uppsåtlig om det för medverkansobjektet är tillräckligt med oaktsamhetsansvar.⁵⁰ Vidare krävs inte fullständig överensstämmelse mellan den medhjälparens föreställning om händelseförloppet och det verkliga förloppet. Vare sig medverkansobjekten eller brottssubjekten (gärningsmännen) behöver vara specificerade; det är tillräckligt med subjektiv täckning i förhållande till huvudelementen i huvudbrottet, dvs. de omständigheter som utgör rekvisiten för medverkansobjektet.⁵¹

Som nämns inledningsvis straffas upphovsrättsintrång såväl som uppsåtligt brott som vid grov oaktsamhet.⁵² Här ska inte i detalj redogöras för förutsättningarna för skilda slag av uppsåt och oaktsamhet.⁵³ Noteras kan dock att uppsåt

⁴⁶ Asp & Rosén i SvJT 2011 s. 116 och Asp, Från tanke till gärning, Del II (2007), s. 227.

⁴⁷ Se också NJA 1963 s. 574.

⁴⁸ Se t.ex. NJA 1988 s. 383 och Hoflund, Medverkan till brott (1972), s. 79.

⁴⁹ Holmqvist m.fl., Brottsbalken. En kommentar (2009), s. 23:57.

⁵⁰ Se SOU 1944:69 s. 94. Detta synsätt har bekräftats i rättspraxis, se t.ex. NJA 1959 s. 254, NJA 1981 s. 277, NJA 1988 s. 383 och NJA 1996 s. 27. Se härom t.ex. Hoflund, Medverkan till brott (1972), s. 50 och 86 f.; Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 472 ff.; Lernestedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 78 och Herlitz, Parties to a crime and the notion of a complicity object (1992), s. 166, 182 och 450. Jfr dock Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 254 f. Äldre rätt (före 1948), enligt vilken medverkan endast kunde ske som ”delaktighet” i (huvud)brottet, ställde krav på att främjandet skulle ske uppsåtligt. Se härom SOU 1944:69 s. 85 ff. och Herlitz, Parties to a crime and the notion of a complicity object (1992), s. 158 f.

⁵¹ NJA 2007 s. 929; Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 475 och Jareborg, Allmän kriminalrätt (2005), s. 415. Jfr NJA 1942 s. 15 och Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 259.

⁵² Jfr prop. 1981/82:152 s. 16 f., prop. 1993/94:122 s. 54 ff. och Olsson, Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt (2006), s. 313. Vid upphovsrättslagens tillkomst anförde Depch att det skulle vara en betänkelig försvagning av rättsskyddet om endast uppsåtliga handlingar skulle kunna beivras. Gränsen skulle istället dras vid grov oaktsamhet, se prop. 1960:17 s. 288.

⁵³ För en utförlig redogörelse av begreppen uppsåt och oaktsamhet, se Asp m.fl., Kriminalrättens grunder (2010), s. 297 ff.

föreligger om en medverkande förstår att han företar en viss handling – han behöver däremot inte förstå att det han gör är otillåtet.⁵⁴ Det är numera allmänt accepterat att den nedre gränsen för uppsåtsansvar går vid *likgiltighetsuppsåt*, varmed avses likgiltighet i förhållande till förverkligandet av en viss effekt eller omständighet.⁵⁵

I TPB-målet framhöll Svea hovrätt att den som tillhandahåller en tjänst på Internet och rent generellt är medveten om risken för att denna emellanåt används för spridning av illegalt material kan inte endast på grund av denna insikt anses ha uppsåt till vilket brott som helst som har utförts med hjälp av internettjänsten. Om tjänsteleverantören däremot har insikt om samtliga förhållanden som måste vara för handen för att ett upphovsrättsintrång ska föreligga, täcker hans uppsåt detta brott. För en av de tilltalade i TPB-målet konstaterade hovrätten att utredningen inte gav fog för slutsatsen att han känt till att just den musik och de filmer och spel som åtalet avsåg varit föremål för fildelning via TPB. Vidare fanns det än mindre anledning att anta att han känt till sådana omständigheter som vem som varit ursprungsseeder, var denna person befunnit sig, i vilken omfattning de enskilda verken överförts eller hur länge fildelningen har pågått. Hovrätten konstaterade dock att detta inte var någon förutsättning för medhjälparansvar. Genom varningsbreven, åberopad e-post, och den tilltalades egna uppgifter ansågs det utrett att han väl känt till de omständigheter som utgör rekviriten för upphovsrättsintrång: att torrentfiler som hänvisade till upphovsrättsligt skyddade verk var frekvent förekommande på TPB:s webbplats, att dessa torrentfiler lagts ut utan rättighetshavarnas samtycke samt att dessa verk överfördes till allmänheten med hjälp av TPB:s tjänster. Hovrätten fann mot denna bakgrund att han därmed haft ett uppsåt som omfattat såväl medverkansobjektet som främjandegärningen.

I fråga om ansvar för *medhjälp till medhjälp* konstaterade hovrätten att en av de tilltalade redan vid sina inledande kontakter med en av de övriga tilltalade var på det klara med att TPB:s tjänster i stor utsträckning var inriktade på att underlätta fildelning av musik, film och spel, dvs. upphovsrättsligt skyddade verk. Genom sparad e-postkorrespondens framgick att han haft kännedom om att fildelningen i betydande omfattning ägde rum utan rättighetshavarnas samtycke. Hovrätten ansåg därför att hans tillhandahållande av datorer, bandbredd och datorskåp i en (i övrigt legitim) affärsverksamhet utgjorde indirekt uppsåt till främjande (av främjande) av upphovsrättsintrång, eftersom intrången var en ofrånkomlig bieffekt av tillhandahållandet av utrustningen.⁵⁶

I TPB-målet yttrade hovrätten att den för sin del såg vissa betänkligheter med att tillämpa ett krav på endast likgiltighetsuppsåt för ansvar för främjande av annans främjande av brott (dvs. medhjälp till medhjälp).⁵⁷ Uttalandet måste dock

⁵⁴ Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder* (2010), s. 40.

⁵⁵ Något förenklat uttryckt tar likgiltighetsuppsåt således sikte på att den medverkande "funnit sig i att effekten förverkligas" eller "godtagit effekten", jfr NJA 2004 s. 176. Se härom t.ex. Asp i JT 2004–05 s. 385.

⁵⁶ Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (*Pirate Bay*), s. 34 ff.

⁵⁷ Op. cit. s. 33 f.

uppfattas som rättspolitiskt, eftersom det för upphovsrättsbrott för personligt ansvar är tillräckligt med grov oaktsamhet. Hovrättens resonemang i denna del har också utsatts för kritik inom ledande doktrin.⁵⁸

5. Undantagsbestämmelsen i BrB 23:5

Som har angetts ovan finns i BrB 23:5 en undantagsbestämmelse som anger att om någon medverkat endast i mindre mån så kan straffet för honom eller henne sättas under straffminimum och i ”ringa fall” ska inte dömas till ansvar. Bedömningen ska göras relativt andra medverkande. Bestämmelsen är dock fakultativ, vilket innebär att det i varje fall finns en absolut gräns där en medverkandes aktiviteter – även om de varit mindre än de övriga medverkandes – varit av sådan omfattning eller betydelse att det inte kan anses föreligga förutsättningar för straffrihet (eller att straffminimum ska underskridas). Vid bedömningen torde bland annat vägas in *huvudbrottets art* och hur *aktiv* den medverkande varit i huvudgärningens planering och genomförande.⁵⁹

Vad gäller tillämpningen av BrB 23:5 anförde hovrätten i TPB-målet att upphovsrättsintrång via olovlig fildelning är ett ”samhällsproblem som spritt sig likt en löpeld” på senare år. Den har snabbt antagit proportioner som gör att allmänpreventiva hänsyn måste tillmätas stor vikt vid rättstillämpningen; upphovsrättsintrång genom olovlig fildelning är av sådan *art* att påföljden normalt ska bestämmas till fängelse.⁶⁰ Vidare konstaterade hovrätten att även om en medhjälparens insatser normalt är av sådant slag att de kan anses ha medverkat i mindre mån (än andra medverkande), det inte finns något som hindrar att insatserna i det enskilda fallet bedöms vara av sådant slag att de ska tillmätas högre straffvärde än huvudbrottet.⁶¹ Vid en jämförelse med praxis från under- och hovrätter i s.k. fildelningsmål mot enskilda fildelare kan också konstateras att straffvärdet för enskilda personer som olovligen fildelat är klart lägre än det straffvärde som utdömdes för de som stod åtalade i TPB-målet (tio, åtta respektive fyra månaders fängelse).⁶²

6. Utblick: fyra exempel på eventuellt ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång

Som framgått ovan är det straffrättsliga ansvaret för medhjälp tämligen långtgående.⁶³ Den gränsdragning som hovrätten dragit upp mellan ”socialt adekvata” tjänster och tjänster som faller inom ramen för otillåten medhjälp är dock inte

⁵⁸ Se Asp & Rosén i SvJT 2011 s. 118.

⁵⁹ Se NJA II 1948 s. 216; NJA 2009 s. 599; NJA 2006 s. 577; Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten (1976), s. 282 och Jareborg, Allmän kriminalrätt (2005), s. 426 f.

⁶⁰ Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 47.

⁶¹ Op. cit. s. 42 f.

⁶² Se presentation av Cederlund och Axhamn, Upphovsrättslig praxis 2011, Svenska Föreningen för Immaterialrätt (SFIR) den 17 januari 2011. Tillgänglig via http://www.sfir.se/uploads/aippi/SFIR120117_Cederlund_axhamn.pdf.

⁶³ Jfr t.ex. prop. 2004/05:110 s. 339; Asp m.fl., Kriminalrättsens grunder (2010), s. 455; Lernstedt i Katedralen. Tre texter om straffrätt (2009), s. 70 ff. och Andreasson & Schollin i SvJT 2011 s. 534 ff.

tydlig. Det blir en bedömning i varje enskilt fall. Klart är att hovrättens resonemang placerar en stor risk på tillhandahållare av nättjänster och andra aktörer som på olika sätt kan anses främja intrång i onlinemiljö.⁶⁴ Som en följd av hovrättens resonemang i TPB-målet har det spekulerats i vilka generella effekter domen kan komma att få för andra aktörer som på varierande sätt kan anses "främja" olovliga förfoganden över upphovsrättsligt skyddat material i onlinemiljö. I det följande skisseras möjliga konsekvenser av hovrättens dom för följande fyra aktörer: i) En förmedlare av annonser till en webbplats, ii) en aktör som annonserar på en webbplats, iii) en leverantör av internetkapacitet till en webbplats och iv) en aktör som lagrar en s.k. BitTorrent-tracker som främjar upphovsrättsintrång. Resonemanget utgår från att upphovsrättsbrott utgör angrepp på grundläggande värden i vår rättskultur och att den webbplats respektive tracker som avses i i) till iv) i stor omfattning och till övervägande del främjar olovliga förfoganden av upphovsrättsligt skyddat material.

6.1 En förmedlare av annonser till en webbplats som främjar upphovsrättsintrång. En aktör som förmedlar annonser till en webbplats som förmedlar tredje mans upphovsrättsintrång har typiskt sett en direkt affärsrelation med den som ansvarar för webbplatsen. Relationen baseras på att webbplatsen genererar användare vilket i sin tur stimulerar försäljningen av annonser. I sammanhanget torde man kunna utgå från att annonserna genererar intäkter för annonsförmedlaren och att dessa intäkter delvis kanaliseras till personerna bakom webbplatsen.

Förmedlingen av annonsintäkter från annonsförmedlaren till de ansvariga bakom webbplatsen torde utgöra objektiv medverkan. Strömmen av ekonomiska medel från förmedlaren till de ansvariga bakom webbplatsen innebär inte endast ekonomiskt stöd utan stärker även de ansvariga i deras uppsåt att utveckla tjänsten i syfte att generera än fler användare, t.ex. genom att göra tjänsten mer användarvänlig. Förmedlingen av annonsintäkterna kan således främja huvudbrotten genom att ge understöd till driften av webbplatsen. Annonsförsäljningen och tillhörande intäkter behöver inte vara en nödvändig förutsättning för den olovliga fildelning som främjats via webbplatsen. Det har ingen betydelse om användarna kan begå olovlig fildelning på annat sätt eller om personerna bakom webbplatsen hade kunnat anlita en annan finansjär.

I enlighet med vad som angetts ovan krävs för att en annonsförmedlare ska kunna hållas uppsåtligt ansvarig för medhjälp (till medhjälp) till upphovsrättsintrång inte fullständig överensstämmelse mellan förmedlarens föreställning om det sätt på vilket webbplatsen främjar intrångsverksamhet eller vilka verk (eller närstående rättigheter) som användarna olovligen fildelar med stöd av webbplatsen. Annonsförmedlaren behöver inte heller vara medveten om vilka som utför den olovliga fildelningen. Det är tillräckligt att förmedlaren inser huvudelemen-

⁶⁴ Jfr Andreasson & Schollin i SvJT 2011 s. 534 ff. Se även Edwards, Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights (2011), s. 23 med not 79, som med exemplet <http://www.thepirategoogle.com/> vill påvisa att gränsen mellan tillåtet och otillåtet inte är lätt att dra. Rapporten finns tillgänglig via http://www.wipo.int/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf.

ten i huvudbrottet, dvs. att användarna olovligen överför verk till allmänheten, och att detta sker med stöd av de tjänster som webbplatsen erbjuder. Sådan insikt kan erhållas genom att förmedlaren informeras av rättighetshavarna om att verksamheten främjar upphovsrättsintrång. Det torde inte finnas några hinder mot att en annonsförmedlare avbryter sin affärsrelation med webbplatsen. Att, trots indikationer på eller insikt om intrångsverksamhet, fortsätta affärsrelationen – och därmed främja framtida intrång – torde således innebära att förutsättningarna för åtminstone indirekt uppsåt är uppfyllda.

6.2 En aktör som annonserar på en webbplats som främjar upphovsrättsintrång. För en annonsör som mot ersättning via en annonsförmedlare marknadsför sina varor och tjänster på en webbplats som främjar upphovsrättsintrång gäller samma förutsättningar för medhjälp som för andra aktörer. I själva verket är det annonsören som (via annonsförmedlaren) till viss del finansierar den verksamhet som i sin tur främjar de olovliga förfogandena: annonsörens investeringar i marknadsföring finansierar medhjälp till upphovsrättsintrång, dvs. innebär ett främjande av främjande av upphovsrättsintrång.⁶⁵

I vissa fall kan annonsören vara omedveten om att dess varor eller tjänster marknadsförs på webbplatsen, t.ex. om annonsören inte har köpt plats för annonsering på en viss specifik webbplats. Om annonsören får konkreta indikationer på att dess marknadsöring främjar den olovliga verksamheten, t.ex. genom att bli informerad om att dess varor eller tjänster marknadsförs där, övergår dess agerande däremot i ett otillåtet risktagande. Indikationerna torde även innebära att förutsättningarna för indirekt uppsåt är uppfyllda. I en sådan situation torde det inte finnas några hinder för annonsören att – för att undvika ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång – upphöra med sitt främjande av den brottsliga verksamheten, till exempel genom att avbryta sin affärsrelation med annonsförmedlaren eller ge förmedlaren instruktioner om att inte tillhandahålla företagets annonser till webbplatsen i fråga.

6.3 En leverantör av internetkapacitet till en webbplats som främjar upphovsrättsintrång. För en aktör som levererar internetkapacitet till en webbplats som främjar upphovsrättsintrång gäller samma förutsättningar för medhjälp som för andra aktörer, med viss reservation för att förutsättningarna för straffrättsligt ansvar begränsas av vissa bestämmelser om ansvarsfrihet enligt lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen). Den regleringen bygger i sin tur på det s.k. e-handelsdirektivet.⁶⁶

Således gäller ansvar för medhjälp även om leveransen av kapacitet inte är en nödvändig förutsättning för den olovliga fildelningen, det vill säga om användarna kan begå olovlig fildelning på annat sätt eller om personerna bakom

⁶⁵ Jfr Edwards, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights* (2011), s. 24 och 55 ff.

⁶⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden.

webbplatsen erhåller eller hade kunnat erhålla kapacitet (även) genom en annan leverantör.

Som anförts ovan har i beslut om interimistiskt beslut förutsättningarna för otillåten medhjälpshandling (objektiv medverkan) ansetts uppfyllda för en aktör som förmedlar (indirekt) internetkapacitet till TPB. Avgörande har varit att tillhandahållarna inte upphört med sina aktiva handlingar trots kännedom om brottmålsdomen mot TPB och om de upphovsrättsintrång som förmedlas via webbplatsen. Åtgärden att sluta tillhandahålla (indirekt) internetkapacitet har ansetts kunna vidtas utan orimliga uppoffringar.

Den bedömning av förutsättningarna för otillåten medhjälpshandling som gjorts i de interimistiska besluten torde gälla även vid en slutlig bedömning. Förutsatt att leverantören även överför ”intrångsmaterialet” gäller som en förutsättning för personligt ansvar för en sådan aktör att främjandet måste ha skett uppsåtligt (jfr 19 § e-handelslagen).

Om aktören får konkreta indikationer på att den levererar (indirekt) internetkapacitet (inklusive överföring av intrångsmaterial) till en webbplats som främjar upphovsrättsintrång, torde det vara tillräckligt för att kunna hålla den personligt ansvarig som medhjälpare på basis av indirekt uppsåt.⁶⁷ De intrång som användarna kan begå med stöd av webbplatsen är en ofrånkomlig bieffekt av att leverantören tillhandahåller (indirekt) internetkapacitet till webbplatsen. Enligt det underliggande e-handelsdirektivet är en förutsättning för ansvarsfrihet för en aktör som levererar internetkapacitet att leverantören (normalt) inte har kännedom om intrång (som den förmedlar) eftersom dess verksamhet (normalt) är av passiv natur.

För en leverantör som endast tillhandahåller internetkapacitet till en webbplats som främjar upphovsrättsintrång, men som däremot inte förmedlar själva intrångsmaterialet torde inte ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen vara tillämpliga. Ansvarsfrihetsreglerna för en sådan aktör tar ju sikte på frihet från ansvar för *överförd information*.

⁶⁷ Se Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 26, 33 f. och 48 f. Enligt punkt 42 i ingressen till direktiv 2000/31/EG om elektronisk handel framgår att en grundläggande förutsättning för ansvarsfrihet är att tjänsteleverantören inte har kännedom om vidarebefordrad eller lagrad information. Jfr Lindberg & Westman, Praktisk IT-rätt (2001), s. 147 som poängterar att kravet på ”kännedom” inte framgår av ordalydelsen av ansvarsfrihetsregeln i artikel 12 för mellanhänder som endast vidarebefordrar information. Se även prop. 2001/02:150 s. 88 ff. och 121 f. Nämnda proposition genomför det underliggande direktivet 2001/31/EG om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster och utgår från den då rådande uppfattningen i svensk straffrätt att den nedre gränsen för uppsåt var eventuellt uppsåt. Även andra skrivningar i nämnda proposition måste numera anses sakna auktoritet som rättskälla. Det gäller till exempel bedömningen att ansvar för en mellanhand normalt inte kunde komma i fråga bland annat eftersom en mellanhands verksamhet som sådan måste betecknas som socialadekvat och att förutsättningar för underlåtenhetsansvar normalt inte var uppfyllda (a. prop. s. 88 f.). Det resonemanget är inte korrekt eftersom det inte är tal om ett underlåtenhetsansvar när mellanhanden redan utför ett aktivt handlande. Att Sverige begränsat ansvarsfriheten i 16–18 §§ e-handelslagen till civilrätt (skadestånd och sanktionsavgifter) beror således på att lagstiftaren vid genomförandet av e-handelsdirektivet gjorde en oriktig bedömning när det gäller bl.a. mellanhanders sociala adekvans. Jfr fotnot 35 ovan.

6.4 En aktör som lagrar en s.k. BitTorrent-tracker som främjar upphovsrättsintrång. En s.k. BitTorrent-tracker är en server som har till uppgift att koppla samman användare (fildelare). Användarna måste initialt kommunicera via trackern för att få kontakt och inleda fildelningen. Även om fildelningen därefter kan fortlöpa utan kontakt med trackern, sker normalt regelbunden kommunikation mellan redan anslutna användare och trackern – bland annat för att nya användare ska kunna ansluta sig.

En tracker utgör således en viktig beståndsdel för att möjliggöra olovlig fildelning, även om sådan fildelning kan ske med stöd av en annan tracker. Den regelbundna kommunikation som sker mellan användare och trackern bidrar också till att nya användare kan ansluta sig och bidra till de olovliga förfogandena. En aktör som lagrar en tracker främjar således de olovliga förfogandena, även om det är möjligt att trackern kan lagras någon annanstans. Om en sådan aktör får konkreta indikationer på att trackern används för olovliga förfoganden torde, om den inte tar bort trackern eller förhindrar åtkomst till den, den kunna hållas uppsätligt ansvarig som medhjälpare.⁶⁸

När det gäller ansvarsfrihetsreglerna i e-handelslagen till förmån för mellanhänder som lagrar information kan konstateras att bestämmelsen tar sikte på ansvar för innehållet i lagrad information. En tracker som främjar upphovsrättsintrång innehåller dock inte *i sig* information som utgör sådant intrång. Det är snarare så att det är dess funktionalitet som främjar olovliga förfoganden. Värdtjänsten torde således inte omfattas av ansvarsfrihetsreglerna.⁶⁹ Även om värdtjänsten skulle bedömas omfattas av ansvarsfrihetsregeln i sig så torde den genom att ha agerat åtminstone indirekt uppsätligt anses ha tillräcklig kännedom om intrånget för att inte kunna uppfylla förutsättningarna för ansvarsfrihet.⁷⁰

7. Diskussion och slutsatser

HD:s beslut att inte meddela prövningstillstånd i TPB-målet torde innebära att hovrättens dom i praktiken blir vägledande för framtida mål om ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång i onlinemiljö. Av den översiktliga redogörelsen i den här artikeln kan konstateras att hovrättens resonemang ligger väl i linje med de allmänna principer om straffrättsligt medhjälpsansvar som utvecklats i praxis och doktrin. Gränsdragningen mellan otillåten medhjälpshandling och socialt adekvat handling är dock inte skarp. Det blir en bedömning *in casu*, där hänsyn

⁶⁸ Jfr prop. 2004/05:110 s. 340 och NJA 1996 s. 79. I det senare rättsfallet fann Högsta domstolen att upphovsrättsintrång inte kan begås (subjektivt) genom underlåtenhet. I målet prövades dock inte frågan om medverkansansvar (medhjälp).

⁶⁹ För ett liknande resonemang, se Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 48 f. Jfr Schollin i *Swedish Studies in European Law, National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law* (ed. Lidgard, 2011), s. 235 ff. och Andreasson & Schollin i SvJT 2011 s. 550 ff.

⁷⁰ Se punkt 42 i ingressen till direktiv 2000/31/EG om elektronisk handel; EU-domstolens dom i de förenade målen C-236/08 – C-238/08 (Google France), pp. 107 ff.; EU-domstolens dom i mål C-324/09 (L'Oréal SA), p. 107 ff. och Svea hovrätts dom av den 26 november 2010 i mål B 4041-09 (Pirate Bay), s. 26 och 33 f. Jfr Andreasson & Schollin i SvJT 2011 s. 554, prop. 2001/02:150 s. 88 ff. och 121 f. och Lindberg & Westman, *Praktisk IT-rätt* (2001), s. 149 f.

– enligt hovrättens resonemang i TPB-målet – ska tas till i vilken omfattning tjänsten används för att främja olovliga förfoganden, om några försiktighetsåtgärder vidtas och om de ansvariga reagerar på påståenden om intrång. Hovrättens resonemang lägger en stor risk på tillhandahållare av olika typer av nättjänster och andra aktörer som på olika sätt kan anses främja intrång i onlinemiljö.

Även med en avgränsning till indirekt uppsåt illustrerar hovrättens domskäl att det är möjligt att hålla en rad aktörer som *främjar* upphovsrättsintrång i onlinemiljö medhjälpsansvariga. Avgörande är att den medhjälpare behöver vara personligt ansvarig i förhållande till medverkansobjektet endast vad gäller dess huvudelement, dvs. de upphovsrättsintrång som begås av enskilda användare. För att inte undantagsbestämmelsen i BrB 23:5 om straffrihet ska bli tillämplig torde det ställas krav på att den medhjälpare haft viss nivå på sin aktivitet samt vikt läggas vid att upphovsrättsintrång (åtminstone enligt hovrättens resonemang i TPB-målet) utgör ett angrepp på grundläggande värden i vår rättskultur och är ett s.k. artbrott.

Betydelsefullt för möjligheten till utkrävande av medhjälpsansvar är den balansgång som hovrätten uppställer i TPB-målet mellan ”generell” medvetenhet om att en tjänst emellanåt används för spridning av illegalt material och insikt om samtliga förhållanden som måste vara för handen för att ett upphovsrättsintrång ska föreligga. I praktiken innebär det att tillhandahållare av tjänster via internet inte åläggs ett allmänt övervakningsansvar,⁷¹ men att de åläggs en skyldighet att reagera på *konkreta påståenden* om intrång. Det återstår att se hur konkreta sådana påståenden behöver vara – särskilt med beaktande av rekvisiten för personligt ansvar för medhjälp och bestämmelserna i e-handelslagen lästa i ljuset av det bakomliggande e-handelsdirektivet. Ett brett anslaget medhjälpsansvar ökar (förstås) relevansen av reglerna om ansvarsfrihet i e-handelslagen, särskilt förut-sättningarna och gränserna för att omfattas av dem.

Under alla förhållanden torde ett brett medhjälpsansvar innebära att rättighetshavarna kan komma att fokusera sina åtgärder för beivrande av upphovsrättsintrång mot aktörer som på olika sätt främjar intrång som begås av enskilda användare.⁷² Det kan visa sig vara en effektiv metod för att minska omfattande intrång, särskilt när det är svårt eller omöjligt att identifiera enskilda intrångsgörare och de är många till antalet. Det ligger i linje med det kriminalpolitiska syftet bakom att göra det straffrättsliga medhjälpsansvaret självständigt i förhållande till möjligheten att utkräva personligt ansvar från den som utför medverkansobjektet.⁷³

⁷¹ Jfr artikel 15 i e-handelsdirektivet, vilken uppställer ett förbud mot allmän övervakningsskyldighet.

⁷² Jfr Danowsky i Copyright in a Borderless Online Environment (ed. Axhamn, 2012), s. 127 ff.

⁷³ Jfr Schollin Schollin i Swedish Studies in European Law, National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law (ed. Lidgard, 2011), s. 240: “The focus on the technologies providing the distribution or on the intermediary services providing the connection can be seen as nothing more than a distraction. We risk avoiding facing that the real issue lies with the users of these technologies and services, not the intermediaries themselves. By taking the middleman out of the picture, we can focus properly on the rifts in the norms of the old and the new generations.”

Vi kan också förvänta oss *dynamiska effekter* i form av att marknadens aktörer ändrar sitt beteende. Aktörer som står risken att hållas medhjälpsansvariga kan komma att vidta förebyggande åtgärder. För användarnas del kan möjligheten att hålla olika aktörer ansvariga som ”medhjälpare” innebära ökade krav på att användarna inte använder viss utrustning eller vissa tjänster för att begå upphovsrättsintrång. Det kan till exempel handla om att tjänsteleverantörer mer aktivt arbetar med olika typer av förebyggande åtgärder och följer upp att användarvillkor efterlevs.⁷⁴ Möjligheten att utkräva ett medhjälpsansvar kan i förlängningen således leda till ökad ”accountability” (”ansvarstagande”) i onlinemiljön.

⁷⁴ Det kan möjligen antas eller befaras att sådana åtgärder i förlängningen leder till s.k. chilling effects, dvs. oönskade praktiska begränsningar av yttrandefriheten. Se härom t.ex. <http://www.chillingeffects.org/> och Edwards, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights* (2011), s. 11 f. och 70 f. Jfr Levin i *Copyright in a Borderless Online Environment* (ed. Axhamn, 2012), s. 135 ff. Risken för ”chilling effects” aktualiserar frågan om det inte borde överlätas till lagstiftaren att dra upp de närmare gränserna för hur sådan eventuell ”självsanering” bör se ut. Se härom t.ex. Axhamn, *Mellanhandsansvar på internet. En rapport kring internetleverantörens roll och ansvar* (Netopia, 2010), i vilken diskuteras hur olika mellanhänders roll och ansvar kan utvecklas. Rapporten finns tillgänglig via http://www.netopia.se/wp-content/uploads/2010/11/netopia_mellanhandsansvar_101116.pdf.