

Utredningen om upphovsrätten på Internet – en översiktlig presentation

*Doktorand, jur. kand., ek. mag. Johan Axhamn*¹

Utredning om upphovsrätten på Internet

I september 2007 presenterade Justitiedepartementets utredning om upphovsrätten på Internet (Ju 2006:K) departementspromemorian *Musik och film på Internet – hot eller möjligt?* (Ds. 2006:29). I promemorian föreslås åtgärder för att stimulera utvecklingen av lagliga, konsumentvänliga alternativ för tillgång till upphovsrättsligt skyddat material på Internet. Utredningens förslag och överväganden har sedan de presenterades fått mycket uppmärksamhet i svensk media. Uppmärksamhet har framförallt riktats mot förslaget att rättighetshavare ges utökade möjligheter att begära ett föreläggande mot en mellanhand vars tjänster används av tredje man för att begå intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter. Även i övriga nordiska länder har intresse visats för utredningen. I den här artikeln skall jag, som var sekreterare i utredningen, ge en redogörelse för utredningens huvuddrag.

Utredningsuppdraget

Utredningsuppdraget var att redovisa utvecklingen, samt överväga och föreslå åtgärder för att stimulera utvecklingen av lagliga konsumentvänliga alternativ (nättjänster) för tillgång till framförallt musik och film på Internet. Även annat material där upphovsrätsfrågor aktualiseras och där det kunde finnas eller förutses en stor efterfrågan av tillgång på Internet, exempelvis ljudböcker, kunde behandlas av utredningen, om det fanns skäl för det.² Inom den tidsram som gavs fanns dock inte möjlighet att behandla annat än musik och film.

Bakgrunden till utredningen var att regeringen den 1 juli 2005 i syfte att stimulera och ge sunda förutsättningar för utvecklingen av lagliga alternativ för elektronisk försäljning av upphovsrättsligt skyddat material införde ett krav på lovlig förlaga för tillämpningen av den inskränkning som avser kopiering för privat bruk. Alternativet sades vara att tillåta kopiering för privat bruk även från olovliga förlagor och i stället kompensera rättighetshavarna med någon form av schablonartat rättighetssystem, motsvarande kassettersättningen. Huvudskälet till lagändringen var att rättsläget vad gällde lovlig förlaga var oklart och att rege-

¹ Doktorand i rättsvetenskap, särskilt immaterialrätt, vid Handelshögskolan i Stockholm. e-post: johan.axhamn@hhs.se.

² Utredningens direktiv, Ju2006/6767/P.

ringen ansåg att det krävdes en tydlig markering från lagstiftarens sida om att det inte var acceptabelt att använda sig av olagligt material. Regeringen framhöll att det var viktigt att lagstiftningen var tydlig och konsekvent i denna grundläggande fråga för att stimulera och ge sunda förutsättningar för utvecklingen av lagliga alternativ för elektronisk försäljning av musik, filmer och annat upphovsrättsligt skyddat material.³

Sedan lagändringen hade det utvecklats vissa lagliga alternativ särskilt när det gällde kopiering av musikfiler från Internet. Kritik hade dock riktats mot att utvecklingen gick för långsamt och mot att de tjänster som fanns inte var tillräckligt konsumentvänliga. Den senare delen gick särskilt ut på att tjänsterna innehöll för många tekniska begränsningar och att de ofta var för dyra. Ytterligare åtgärder ansågs därför behövas för att stimulera utvecklingen av konsumentvänliga lagliga alternativ på Internet.⁴

Förslag om att tillåta fri nedladdning

Vid utredningens samråd med marknadens aktörer och andra intressenter framfördes från vissa håll synpunkten att det vore önskvärt om det (återigen) blev tillåtet att kopiera för privat bruk även från olovliga förlagor. En sådan bestämmelse skulle göra det möjligt att för privat bruk ladda ned t.ex. musik och film från ett fildelningsnätverk eller från en webbplats även i situationer där rättighetshavaren inte gett sitt samtycke till att materialet tillgängliggjorts via webbplatsen eller nätverket.

De som ansåg att sådan nedladdning borde vara tillåten anförde att ensamrättskonstruktionens krav på individuellt medgivande från rättsinnehavaren före varje utnyttjande inte är förenlig med de omfattande utnyttjanden som sker över Internet. Att förekomsten av olovliga nyttjanden i form av s.k. olovlig fildelning och nedladdning i dag är vanligt förekommande stöds av den undersökning som det oberoende undersökningsorganet World Internet Institute genomförde på uppdrag av utredningen. Undersökningen pekar på att omkring 613 000 svenskar fildelar minst en gång i veckan. Det kan vara så många som 1,3 miljoner av alla svenskar som minst en gång har fildelat.

Förslag fördes därför fram om att den prioritering som regeringen gjorde 2005 – att stimulera individuell rättighetsförvaltning framför någon form av schablonartat ersättningssystem – borde omprövas. Rättighetshavarna skulle genom någon form av ersättningssystem likt kassettagiften ges ersättning för det nyttjande som sker. Sådana förslag går huvudsakligen ut på att alla som har tillgång till bredband skall betala en avgift, vilken skulle omfördelas till rättighetshavarna. Samtidigt skulle rättighetshavarna inte kunna motsätta sig det nyttjande som sker. Populärt har sådana förslag kallats ”bredbandsavgift”. För att en sådan ordning skulle kunna vara möjlig, skulle det bli nödvändigt att göra inskränkningar i de ensamrätter som i dag tillkommer rättighetshavarna. Upp-

³ Utredningens direktiv, Ju2006/6767/P med hänvisning till prop. 2004/05:100 s. 119 f.

⁴ Utredningens direktiv, Ju2006/6767/P.

hovsrättsligt skulle detta vara en form av tvångslicens eller möjligen en utökning av systemet med kassettersättning.

Ett system med ren inskränkning i ensamrätten för förfoganden på Internet skulle inte ge rättighetshavarna någon ersättning för det nyttjande som sker. En sådan ändring av upphovsrättslagens nuvarande ordning kan enligt utredningens bedömning inte komma i fråga eftersom det skulle undergräva det upphovsrättsliga systemets kreativitets- och investeringsfrämjande funktion. Utredningen anser inte heller att det skulle vara godtagbart att införa en tvångslicens eftersom en sådan ordning innebär att upphovsmännen fråntas sin grundläggande rätt att ensamma förfoga över sina prestationer och därmed bestämma över hur dessa skall exploateras och distribueras. I promemorian framhålls också att frågan om avsteg från principen om ensamrätt måste prövas mot EU-direktiv och internationella konventioner på upphovsrättens område.

Upphovsrättslagens bestämmelser om exemplarframställning och om rätten att tillhandahålla ett verk på begäran har sina motsvarigheter i artikel 2 och 3 i Infosocdirektivet. Bestämmelsen om exemplarframställning av verk i direktivet grundas på artikel 1(4) i WIPO Copyright Treaty (WCT) som hänvisar till artikel 9 i Bernkonventionen. Enligt ett gemensamt uttalande av den diplomatkonferens som antog WCT skall rätten till framställning av exemplar enligt artikel 9 i Bernkonventionen gälla fullt ut även i en digital miljö. Av uttalandet framgår också att exemplar i ett elektroniskt medium utgör exemplarframställning i Bernkonventionens mening. När det gäller vissa av de närstående rättigheterna har direktivets exemplarframställningsrätt sin motsvarighet i artikel 7 och 11 i WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). Även här gäller att rätten till mångfaldigande enligt artiklarna 7 och 11 har full tillämpning också i digital miljö. Detta innebär att lagring av ett digitalt exemplar i ett elektroniskt medium utgör exemplarframställning.

Infosocdirektivets bestämmelse om ensamrätt till tillhandahållanden på begäran har sin motsvarighet i artikel 8 i WCT och artikel 10 och 14 i WPPT.

Bestämmelserna i direktivet och konventionerna innebär att det inte är möjligt att göra förändringar i den svenska upphovsrättslagen som skulle innebära att det inte ges upphovsrättsligt skydd för de prestationer som anges där. Däremot finns möjlighet att, i viss utsträckning, införa inskränkningar i dessa ensamrätter.

I artikel 5 i Infosocdirektivet finns en uttömmande förteckning över de inskränkningar i ensamrätten som medlemsstaterna *kan* göra. Utrymmet för en medlemsstat att reglera omfattningen av en inskränkning begränsas av den s.k. trestegsregeln i artikel 5 (5). En inskränkning får endast göras i 1) vissa särskilda fall, 2) som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster, och 3) som inte oskäligt inkräktar på rättighetshavarnas legitima intressen.

Enligt utredningens bedömning är det inte förenligt med trestegsregelns andra steg – att inskränkningen inte får strida mot det normala utnyttjandet av verket – att tillåta kopiering från olovliga förlagor eller att tillåta fritt tillgängliggörande för allmänheten. Att tillåta sådana förfoganden skulle undergräva möjligheten för rättighetshavarna att exploatera sina verk på Internet och på annat sätt. Rättighetshavarnas möjligheter att agera kommersiellt med sina verk och

konkurrera på en öppen marknad med verken skulle påverkas av om det gavs en laglig tillgång till verken. Kopiering från olovliga förlagor och fritt tillgängliggörande för allmänheten utgör därför en direkt konkurrent till rättighetshavarnas möjligheter att utnyttja sina rättigheter och måste således anses strida mot tre-stegsregelns andra steg.

Mot bakgrund av de i Sverige omfattande olovliga förfogandena på Internet föreslår utredningen som en åtgärd för att stimulera utvecklingen av lagliga alternativ att kunskapen hos allmänheten om vad upphovsrätten innebär bör förbättras, dvs. vad som är tillåtet och vad som är otillåtet och vilka funktioner upphovsrätten fyller. Ansvaret för detta åvilar såväl rättighetshavare och innehavare av nättjänster som det allmänna. För att kartlägga de insatser som redan har gjorts och utarbeta förslag till vilka informations- och utbildningsinsatser som bör göras föreslår utredningen att Regeringskansliet tillsätter en referensgrupp. Gruppen bör ledas av företrädare för Regeringskansliet och ha en bred sammansättning med representanter för bl.a. upphovsmän, utövande konstnärer och producenter.

De lagliga nättjänsterna

I promemorian uppges att det finns ett tjugotal lagliga nättjänster som tillhandahåller möjlighet för nedladdning eller streaming av musik till svenska konsumenter. På filmsidan finns en handfull tjänster.

Medan nättjänsterna för musik har ett relativt omfattande utbud – ofta flera miljoner låtar – har filmtjänsterna ett i jämförelse snävt utbud. Ofta handlar det om ca 1000 filmer per nättjänst. Det begränsade utbudet på filmsidan kan delvis förklaras av att filmdistributörerna använder sig av s.k. visningsfönster (eng. ”release windows”). Nya filmer finns normalt tillgängliga först tre månader efter att de slutat visas på bio och tas bort från filmtjänsten efter att ha funnits tillgängliga där en viss tid.

Inom ramen för utredningen genomfördes en användarundersökning inriktad på användarnas erfarenhet och inställning till lagliga alternativ för tillgång till musik och film. Resultatet av denna undersökning, och andra undersökningar som redovisas i promemorian, visar att användarna efterfrågar tjänster som är lätta att använda och har ett brett utbud. Priset verkar också ha en viss betydelse. Att de lagliga tjänsterna ofta använder sig av tekniska skydd (DRM-skydd) minskar det upplevda värdet. Användarna vill dessutom få tillgång till det efterfrågade materialet direkt, utan att behöva vänta t.ex. på att en film skall visas på bio under en viss tid innan den lanseras på nätet.

I jämförelse med vad användarna efterfrågar konstateras i promemorian att de befintliga nättjänsterna har ett otillräckligt utbud, är statiskt utformade och använder sig av icke konsumentvänliga avtalsvillkor och tekniska skydd. Vidare gäller att nättjänsternas webbplatser inte ger tillräcklig information om begränsningarna i möjligheten att göra kopior för privat bruk och de tekniska skydd som används och som låser in användaren i viss teknik. Enligt utredningens bedömning inverkar dessa faktorer negativt på konsumenternas vilja att använda de lagliga alternativen.

Särskilt om de tekniska skydden

Från representanter för användare och konsumenter framfördes vid utredningens samråd att de tekniska skydd som nättjänsterna använder sig av inte är konsumentvänliga. De låser in användaren i en viss teknisk plattform och förhindrar användaren från att göra kopior för privat bruk. Samma synpunkter framkom, som angetts ovan, i den användarundersökning som utredningen lät genomföra och utredningen gjorde också, som nämnts, bedömningen att utövandet av de tekniska skydden hämmar utvecklingen av de lagliga nättjänsterna. Som redogörs för i promemorian finns dock inga möjligheter att i lag ge konsumenter och användare en oundviklig ”rätt” att kopiera för privat bruk när det gäller upphovsrättsligt skyddat material som tillhandahålls på begäran över Internet.

Bestämmelserna i den svenska upphovsrättslagen om det rättsliga skyddet för tekniska skyddsåtgärder har sitt ursprung i artikel 6 i Infosocdirektivet. I artikel 6 (4) i direktivet finns bestämmelser om vissa begränsningar i det rättsliga skyddet för tekniska skyddsåtgärder. Där anges bl.a. att trots det rättsliga skyddet mot kringgående av tekniska åtgärder skall medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att rättighetshavarna gör det möjligt för användare att utnyttja vissa inskränkningar. Åtgärderna skall vidtas till förmån för personer som enligt nationell lagstiftning har rätt att utnyttja undantag eller inskränkningar enligt vissa artiklar i direktivet. När det gäller kopiering för privat bruk får medlemsstaterna under vissa förutsättningar vidta sådana åtgärder. Medlemsstaternas rätt att ingripa gäller dock inte ”verk och prestationer som gjorts tillgängliga för allmänheten i enlighet med överenskomna avtalsvillkor på ett sätt som gör att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”, dvs. vid tillhandahållanden på begäran (artikel 6 (4) fjärde stycket). Detta innebär att det i svensk rätt inte är möjligt att införa begränsningar i det rättsliga skyddet för tekniska åtgärder beträffande verk och andra prestationer som tillhandahålls på begäran. I en sådan situation får användare respektera de avtalsvillkor om hur verket får användas som kan gälla i det enskilda fallet.

Eftersom utredningen konstaterar att utövandet av de tekniska skydden sker på ett icke användarvänligt sätt och därmed påverkar utvecklingen av de lagliga alternativen – härmed avses såväl problemet med ”plattformsinlåsning” som begränsningarna i möjligheten att kopiera för privat bruk – och det inte finns några möjligheter att via lagstiftning ge konsumenter och användare en oundviklig rätt att kopiera för privat bruk, görs i promemorian bedömningen att detta är något som nättjänster och rättighetshavare på frivillig basis bör komma till rätta med. Det bör ligga i deras eget intresse. Utformning av och information om de tekniska skydden måste rimligtvis ses som en nyckelfråga när det gäller att möta konsumenternas efterfrågan på användarvänliga tjänster. Lagligt åtkommet material måste kunna användas på valfri spelare, oavsett på vilken teknik den bygger, för att vara attraktivt. De tekniska skydden bör ses som ett verktyg för att utveckla attraktiva affärsmodeller – inte endast som ett sätt att förhindra olovliga förfoganden.

Utökat konsumentskydd

I promemorian görs en genomgång av de avtalsvillkor som tillämpas av nättjänsterna och det konstateras att de ofta är obalanserade och otydliga och att de i flera avseenden står i strid med de principer som tillämpas vid konsumentavtal. Det konstateras dock att den centrala civilrättsliga konsumentskyddslagstiftningen (konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen) inte är tillämplig på handel med digitala produkter som levereras elektroniskt.⁵ Ångerrätten i distansavtalslagen är sannolikt inte heller tillämplig eftersom det rör sig om varor av sådan beskaffenhet att de inte kan lämnas tillbaka. Utredningens bedömning är att det för dessa slag av avtal bör finnas ett konsumentskydd som är likvärdigt det som finns i konsumentköp- och konsumenttjänstlagen. En lagstiftning som säkert omfattar digitala produkter som levereras elektroniskt kan emellertid inte förväntas vara på plats på kortare sikt. Enligt utredningens bedömning är därför frågan om utformningen av avtalsvillkoren för att göra dem mer konsument- och användarvänliga något som bör åtgärdas av nättjänsterna och rättighetshavarna redan nu.

Enligt utredningens bedömning bör nättjänsterna överväga att inrätta användarpaneler samt en ombudsman eller klagomur för frågor som rör nättjänster för musik och film. Där kan också frågor och synpunkter som rör de tekniska skydden behandlas och erfarenheter utbytas.

Utredningen föreslår också att den tidigare nämnda referensgruppen, ledd av Regeringskansliet, tillsammans med representanter för användar- och konsumentintresset, får till uppgift att behandla frågan om nättjänsternas användarvänlighet. Gruppen bör vara ett forum för utbyte av information för samtliga deltagare. Den ger också en möjlighet att följa upp utvecklingen av nättjänsterna och de insatser som görs för att förbättra användarvänligheten.

Ansvar för Internetleverantörer

Utredningen gör bedömningen att det omfattande intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter som sker på Internet måste anses utgöra ett betydande hinder för investeringsviljan i, och därmed också utvecklingen av, de lagliga nättjänsterna. De olovliga förfoganden som sker över Internet utgör en omedelbar konkurrent till de lagliga nättjänsterna.

Från rättighetshavarehåll framhölls vid utredningens samråd att de möjligheter som finns att *straffrättsligt* beivra olovlig fildelning inte är tillräckliga, vare sig när det gäller de lagliga möjligheter som står till buds eller när det gäller de faktiska resurser som avsätts för detta slag av brottslighet och den kompetens som finns inom rättsväsendet.

En *civilrättslig* sanktion som kan förväntas minska de olovliga förfogandena är att ge rättighetshavarna en rätt att få ut uppgifter från Internetleverantören om vem som vid en viss tidpunkt står bakom ett visst IP-nummer. I dagsläget uppställer bestämmelser om tystnadsplikt i lagen (2003:389) om elektronisk kom-

⁵ Inom tillämpningsområdet för konsumenttjänstlagen faller arbete på fast egendom, förvaring i vissa fall samt arbete på lösa saker. Konsumentköplagen gäller köp av lösa saker.

munikation begränsningar i Internetleverantörernas möjligheter att lämna ut sådan information direkt till rättighetshavarna. Sådan information kan – i de situationer som är aktuella här – lämnas ut till polis eller åklagare i brottmål och förutsätter att normalstraffet för det intrång som är aktuellt är annan påföljd än böter.

En rätt för rättighetshavarna att få ut uppgifter från Internetleverantören om vem som vid en viss tidpunkt står bakom ett visst IP-nummer skulle ge rättighetshavarna en ökad möjlighet att vidta civilrättsliga åtgärder mot intrångsgörare. Det skulle också ge dem en möjlighet att skicka varningsbrev till abonnenter som via sitt Internetabonnemang systematiskt begår intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter och på det sättet stoppa intrång. Ett lagförslag i den riktningen har föreslagits i departementspromemorian *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG* (Ds 2007:19).⁶ I promemorian föreslås regler som gör det möjligt för en domstol att vid vite förelägga den som gjort eller medverkat till ett intrång att tillhandahålla information om ursprung och distributionsnät för den intrångsgörande varan eller tjänsten. Vidare föreslås att ett informationsföreläggande skall kunna meddelas mot bl.a. den som i kommersiell skala har tillhandahållit en tjänst, t.ex. en elektronisk kommunikationstjänst, som använts vid intrång. En effekt av förslagen blir att rättighetshavare ges en civilrättslig möjlighet att få ut information från en Internetleverantör om vem som har ett abonnemang (en IP-adress) som har använts vid ett immaterialrättsintrång på Internet. För att informationen skall lämnas ut krävs dels en domstolsprövning, dels att intrånget är styrkt. Dessutom föreslås ett uttryckligt proportionalitetskrav i lagtexten.

Den olovliga fildelning som det har visat sig vara svårast att i dag komma till rätta med är den som sker med peer-to-peer-teknik. I sådana fall är det framförallt Internetleverantörer som ägnar sig åt ren vidarebefordran som kan förhindra intrång, dvs. sådana Internetleverantörer som har avtal med bl.a. företag, enskilda och myndigheter om tillhandahållande av uppkoppling mot Internet. En åtgärd som övervägdes av utredningen var möjligheten att få sådana Internetleverantörer att medverka till att intrång i upphovsrättigheter upphör. Internetleverantörerna har en central roll som tillhandahållare av Internetabonnemang, med en möjlighet att i sina avtal föreskriva vilka villkor som skall gälla för abonnemanget, t.ex. när det gäller förfaranden som är olagliga enligt svensk lag.

Vid utredningens samråd med representanter för Internetleverantörer aktualiserades frågan om möjligheterna att åstadkomma någon form av självreglering, dvs. frivilliga åtaganden från deras sida för att beivra upphovsrättsintrång. Förslag som diskuterades var bl.a. branschöverenskommelser och uppförandekoder. Frågan om inrättandet av ett alternativt tvistlösningsorgan aktualiserades också. Ett sådant organ skulle kunna pröva om intrång har skett genom ett visst abonnemang på ett sådant sätt att abonnemanget skall stängas.

⁶ Promemorian syftar till att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

Vid samråd med Internetleverantörer framkom att de inte anser sig kunna vidta åtgärder på frivillig basis för att beivra upphovsrättsintrång. Man pekade särskilt på svårigheterna att avgöra om intrång förelegat, på kommunikationsfriheten och menade att den avvägning som måste göras mellan olika intressen inte bör ligga på Internetleverantörerna. De ansåg att varje ordning som skulle ge dem en roll i bekämpandet av intrång i upphovsrätten måste vara reglerad i lag eller i vart fall ha ett stöd i lag. Mot bakgrund av denna hållning fann utredningen det inte möjligt att överväga en ordning som helt bygger på frivillighet.

Möjligheten att införa ett alternativt tvistlösningsorgan ansåg utredningen vara intressant. En sådan ordning skulle kunna ges ett visst stöd i lag och därmed kunna accepteras av Internetleverantörerna. Den tid som gavs utredningen gav dock inte möjlighet att analysera hur en sådan ordning skulle kunna utformas. Det lämnades därför inte något förslag i den frågan.

Vad som istället övervägdes och föreslås i promemorian är en ordning som innebär att Internetleverantörer kan åläggas att medverka till att intrång i upphovsrätten som förekommer bland deras kunder upphör.

Artikel 8 (3) i Infosocdirektivet anger att medlemsstaterna skall se till att rättighetshavare har möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i upphovsrätt eller närstående rättigheter. I stycke 59 i ingressen till direktivet anges att de tjänster som mellanhänder erbjuder, i synnerhet i den digitala miljön, i ökande grad utnyttjas av en tredje part för att göra intrång och att det i många fall är dessa mellanhänder som har de största möjligheterna att sätta stopp för sådant intrång. Rättighetshavare bör därför ha möjlighet att begära ett föreläggande mot en mellanhand som i ett nät förmedlar en tredje mans intrång i ett skyddat verk eller annat alster. Möjligheten bör finnas även i sådana fall då de åtgärder mellanhanden vidtar är undantagen enligt artikel 5, t.ex. den inskränkning som handlar om de tillfälliga kopior som uppstår vid överföring i ett nät. Villkoren och bestämmelserna för förelägganden av detta slag bör dock, enligt samma stycke i ingressen, medlemsstaterna själva bestämma om i sin nationella lagstiftning.

En sådan ordning kan enligt utredningens bedömning få flera positiva effekter. För att undvika förelägganden kan Internetleverantören förväntas vidta åtgärder i förebyggande syfte, t.ex. att ta fram olika former av uppförandekoder för sina abonnenter och att tydligare informera om de regler som gäller och de konsekvenser otillåtna förfaranden kan medföra. I situationer där det finns flera användare av en uppkoppling, t.ex. i familjer eller när abonnenten är ett företag kan innehavaren av abonnemanget förväntas vidta åtgärder för att se till att någon olaglig användning inte förekommer.

Situationen påminner om när lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen) infördes. Det ansågs otillfredsställande att tillhandahållare av elektroniska anslagstavlor varken kunde anses medverka när straffbara meddelanden – inbegripet upphovsrätt – lades upp på deras elektroniska anslagstavla av användare och de var ovilliga att ta frivilliga initiativ för att hindra spridningen av sådana meddelanden. Det fanns därför ett behov av reglering för att bygga upp ett rättsmedvetande för hanteringen av elektroniska anslagstavlor.

Historia och tradition på området saknades. Att problemet kunde ses som internationellt ansågs inte hindra att man i Sverige införde en reglering för att förhindra att svenskt territorium blev centrum för oönskad spridning av straffvärda meddelanden.

Enligt BBS-lagen är den som tillhandahåller en elektronisk anslagstavla skyldig att bl.a. hålla viss uppsikt över tjänsten och i vissa situationer avlägsna meddelanden från anslagstavlan. Vid utredningens samråd väcktes förslag om att utvidga BBS-lagen till att omfatta även Internetleverantörer som tillhandahåller uppkoppling mot Internet. Att utvidga BBS-lagen i detta avseende är dock inte möjligt. Genom sina bestämmelser om uppsikt och ansvar för att ta bort visst material innebär BBS-lagen att de mellanhänder som omfattas av lagen åläggs ett slags övervakningsskyldighet, om än begränsad. Enligt e-handelsdirektivet är det dock inte tillåtet att ålägga mellanhänder någon allmän skyldighet att aktivt efterforska fakta eller omständigheter som kan tyda på olaglig verksamhet (artikel 15 och stycke 47 i ingressen till direktivet). Den begränsade övervakningsskyldighet som gäller enligt BBS-lagen i dess nuvarande utformning är förenlig med e-handelsdirektivet eftersom direktivet inte hindrar att medlemsstaterna kräver av tjänstleverantörer som *lagrar* information från sina tjänstemottagare att visa den omsorg som skäligen kan förväntas av dem och som har preciserats i nationell rätt, för att upptäcka eller förhindra vissa slag av olaglig verksamhet (stycke 48 i direktivets ingress). Elektroniska anslagstavlor utgör en sådan form av lagring som omfattas av stycke 48.⁷ När den enskilde användaren använder sin Internetuppkoppling till att göra intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter är det inte en sådan form av lagring. Den situationen omfattas därför inte av det undantag från förbudet om allmän övervakningsskyldighet som medges enligt stycke 48. Det är således inte förenligt med e-handelsdirektivet att utvidga BBS-lagen i detta hänseende.

Vitesförelägganden mot mellanhänder som inte själva kan anses göra upphovsrättsintrång

Nuvarande bestämmelser om vite i upphovsrättslagen förutsätter att den som föreläggandet om vite riktas mot är den som (i objektiv mening) själv vidtar eller medverkar till intrånget. Det är dock tveksamt om en Internetleverantör som tillhandahåller uppkoppling mot Internet i praktiken kan anses vidta eller medverka till intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter annat än i undantagsfall.

En mellanhand som enbart tillhandahåller de ledningar genom vilka överföringen sker anses inte enligt stycke 27 i ingressen till Infosocdirektivet härigenom göra en överföring i upphovsrättslig mening. För att det skall vara fråga om ett upphovsrättsligt relevant förfogande krävs någon form av *aktivt* handlande. I NJA 1996 s. 79 prövade HD vilket ansvar en mellanhand har för att upphovsrättsligt skyddade datorprogram – som laddats upp av användarna – finns tillgängliga i hans elektroniska anslagstavla (Bulletin Board System, BBS). HD fann att enbart tillhandahållandet av en BBS med syftet att denna skulle fungera som en elektronisk brevlåda och som lager för program som får

⁷ Prop. 2001/02:150 s. 100.

spridas fritt, inte utgjorde en sådan aktiv handling som kunde leda till straffrättsligt ansvar för upphovsrättsintrång. Frågan vad som krävs för skadeståndsrättsligt ansvar eller för straffrättsligt medverkansansvar bedömdes dock inte av HD.

Medverkansansvaret i svensk rätt är tämligen långtgående och kan drabba även den som endast obetydligt har bidragit till den brottsliga gärningen. Själva bedrivandet av en leverantörsverksamhet är dock normalt inte tillräckligt för att en mellanhand skall kunna hållas ansvarig för att främja olovlig överföring, ens i objektivet hänseende. Det finns inte heller någon generell skyldighet för den som vidarebefordrar information att undersöka informationens innehåll. Mot den bakgrunden bör som regel inte heller mellanhandens underlåtenhet att kontrollera om det förekommer intrångsmaterial i verksamheten anses utgöra ett främjande.⁸

En åtgärd för att göra en Internetleverantör upphovsrättsligt ansvarig för vidarebefordran av material som utgör intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter är att införa ett krav på lovlig förlaga för tillämpningen av inskränkningen till förmån för tillfälliga kopior (11 a § URL). En sådan bestämmelse finns bl.a. i Danmark. Att införa ett krav på lovlig förlaga för tillämpningen av inskränkningen om tillfälliga kopior väcker dock en rad principiella frågor, varav några behandlades vid genomförandet av Infosoc-direktivet. Den bedömningen gjordes då att ett krav på lovlig förlaga inte skulle vara förenligt med artikel 5.1 i direktivet. Ett sådant krav skulle motverka bestämmelsens syfte att möjliggöra överföringar i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand. Ett krav på lovlig förlaga för sådan tillfällig exemplarframställning skulle dessutom innebära att enskilda gör sig skyldiga till upphovsrättsintrång redan om de ”surfar” in på en webbplats där materialet inte är klarerat med rättighetshavaren. Det kunde enligt regeringen inte komma i fråga att uppställa ett krav på lovlig förlaga för att framställning av tillfälliga former av exemplar skall vara tillåten.⁹ Det fanns inte anledning för utredningen att göra någon annan bedömning i denna fråga.

För att en Internetleverantör, vars tjänster utnyttjas av tredje man för att göra intrång i upphovsrätt eller närstående rättigheter, skall kunna föreläggas att vidta åtgärder mot intrång, t.ex. att säga upp abonnemanget med intrångsgöraren, behövs därför en särskild reglering om detta. Förslaget som utredningen lämnat innebär att det föreslås en ny 53 c § URL:

”En Internetleverantör som ägnar sig åt ren vidarebefordran ges en lagenlig rätt och skyldighet att med omedelbar verkan säga upp ett avtal om användning av sina tjänster, om den tjänst som avses med avtalet upprepade gånger har utnyttjats för att begå intrång i sådana rättigheter som en upphovsman, dennes rättsinnehavare eller den som på grund av upplåtelse har rätt att utnyttja, har enligt 1 kap. 2 tredje stycket 1 och 2 och det är sannolikt att intrången kommer att fortsätta. En sådan uppsägning får dock inte ske om det med hänsyn till omständigheterna skulle vara oskäligt.

På talan av en upphovsman, dennes rättsinnehavare eller den som på grund av upplåtelse har rätt att utnyttja verket enligt 1 kap. 2 § tredje stycket 1 och 2 får domstolen vid vite förelägga den som tillhandahåller tjänster enligt första stycket att vidta de åtgärder som skäligen kan begäras för att denne skall uppfylla sina skyldigheter enligt första

⁸ Ds. 2007:29 s. 322 f. med hänvisning till prop. 2004/05:110 s. 339 ff.

⁹ Prop. 2004/05:110 s. 97.

stycket. Internetleverantören är skyldig att underrätta innehavaren av det avtal som avses i första stycket om att en sådan talan har väckts.

Talan om utdömande av vite förs av den som har ansökt om föreläggandet.”

Bestämmelsen gäller enbart Internetleverantörer som ägnar sig åt ren vidarebefordran och som har avtal med bl.a. företag, enskilda och myndigheter om tillhandahållande av uppkoppling mot Internet. Andra Internetleverantörer som ägnar sig åt ren vidarebefordran omfattas inte av bestämmelsen. En Internetleverantör som omfattas av bestämmelsen har rätt och skyldighet att säga upp ett avtal om nyttjande av sina tjänster, t.ex. ett Internetabonnemang, som upprepade gånger har använts för intrång i rätten att göra ett verk tillgängligt för allmänheten.¹⁰ Intrång kan ske t.ex. genom att en musikfil utan upphovsmannens samtycke eller stöd i lag tillgängliggörs via ett fildelningsnätverk eller en webbplats.

De intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet som sker genom olovlig fildelning omfattar såväl situationer där användaren gör otillåtna exemplar (nedladdning) som situationer där han eller hon tillgängliggör skyddat material för allmänheten (delar ut). Frågan om möjligheten att förelägga Internetleverantören bör omfatta båda dessa situationer övervägdes i promemorian. Ett skäl att låta föreläggandemöjligheten omfatta båda situationerna är att båda inkräktar på rättighetshavarnas ensamrätt. Utredningen ansåg det dock befogat att begränsa tillämpningsområdet till situationen där skyddat material tillgängliggörs för allmänheten. För att otillåten nedladdning skall kunna ske, t.ex. via ett fildelningsnätverk, krävs att det i ett tidigare skede har skett ett otillåtet tillgängliggörande. Det otillåtna tillgängliggörandet är således en förutsättning för den otillåtna nedladdningen. Om tillgängliggörandet kan förhindras, hindras i förlängningen de otillåtna nedladdningarna. Även med en sådan begränsning omfattas dessutom den situationen att någon tillgängliggör skyddat material i streaming-format.

Hänvisningen till 1 kap. 2 § tredje stycket 1 och 2 innebär att bestämmelsen omfattar såväl överföring till allmänheten som offentligt framförande, dvs. alla tillgängliggöranden för allmänheten som sker över Internet. I praktiken innebär fildelningsprogram ofta att nedladdning och tillgängliggörande sker samtidigt eller i direkt anslutning till varandra. Även om bestämmelsen är begränsad till att omfatta otillåtna tillgängliggöranden, omfattas givetvis även situationer där tillgängliggörande och nedladdning sker samtidigt.

Bestämmelsen tar sikte på att förhindra framtida intrång i form av tillgängliggöranden. Vid förfoganden över Internet sker ofta ett intrång under en relativt begränsad tid. Den ökade bandbredden har medfört att det snabbt går att överföra stora mängder material till andra användare. BitTorrent-tekniken innebär också att material snabbt kan överföras till andra. Möjligheterna för rättighetshavare att få till stånd ett föreläggande mot en Internetleverantör som kan förhindra ett *pågående* intrång måste därför anses som små. En förutsättning för upp-

¹⁰ Bestämmelsen blir genom hänvisningen i 57 § även tillämplig vid intrång i de till upphovsrätten närstående rättigheterna.

sägning är därför att intrång förekommit tidigare, vid upprepade tillfällen. Framförallt omfattas situationer där otillåtna tillgängliggöranden sker systematiskt och vanemässigt. Enstaka tillgängliggöranden, eller tillgängliggöranden som har skett vid olika tillfällen med en större tidsrymd emellan, omfattas inte av bestämmelsen.

På samma sätt som gäller för den allmänna vitesbestämmelsen i 53 b § är det tillräckligt att det i *objektiv* mening föreligger ett intrång. Käranden behöver inte styrka uppsåt eller oaktsamhet hos den som gör intrång. Inte heller behöver han föra bevisning om intrångets skadeverkningar.

Ytterligare en förutsättning är att det är sannolikt att intrången kommer att fortsätta. När omfattande intrång har förekommit kan det normalt förutsättas att också framtida intrång kommer att ske. En motsatt bedömning kan göras om någon förändring i förhållanden som rör abonnenten har inträffat, t.ex. att den familjemedlem som har begått intrången inte längre bor kvar i bostaden och därför inte kan utnyttja den aktuella uppkopplingen. Detsamma bör gälla om Internetleverantören – t.ex. efter propåer från rättighetshavare om att uppkopplingen används för att begå upphovsrättsintrång – har dragit ner uppkopplingshastigheten så att framtida omfattande intrång i praktiken omöjliggörs.

Uppsägningen kan inte ske om det skulle vara oskäligt med hänsyn till omständigheterna. Vid den bedömningen skall beaktas abonnentens intresse av fortsatt uppkoppling. En avvägning måste göras mellan intresset av att stänga av uppkopplingen och därmed avbryta ett systematiskt intrång i upphovsrätten genom fildelning och intresset hos den påstådde intrångsgöraren att ta del av information och meddela sig med andra människor via sitt abonnemang. Det bör ha betydelse vilken omfattning intrången dittills har haft. Det måste också beaktas om den aktuella abonnentens uppkoppling omfattar mer än enbart Internet, t.ex. TV och telefon.

I många fall kan det också vara så att det finns fler användare än abonnenten i dennes hushåll som regelbundet använder uppkopplingen och därmed påverkas om den stängs ned. Intrångsgöraren kan dessutom vara någon annan än abonnenten själv. Detta bör inte utesluta att uppkopplingen stängs, men det bör i sådana fall krävas att det är fråga om mycket omfattande intrång. Det bör också kunna beaktas om abonnenten visar en vilja att medverka till att intrången upphör.

Situationen att någon annan än den som har avtal med Internetleverantören använder uppkopplingen för att begå intrång aktualiseras också när det gäller anställdas användning av den uppkoppling som tillhandahålls av arbetsgivaren. En sådan uppkoppling delas ofta av flera arbetstagare. En uppsägning av avtalet kan få betydande konsekvenser vilket naturligtvis måste beaktas. Avvägningen mellan rättighetshavarnas intressen och abonnentens intressen blir ytterst en fråga som en domstol får avgöra i det enskilda fallet.

Bestämmelsen förutsätter inte att rättighetshavaren har kännedom om vem den påstådde intrångsgöraren är. De tredjemanshänsyn som skall tas av domstolen vid prövningen av om ett vitesföreläggande skall meddelas får baseras på det underlag som presenteras av parterna. Om Internetleverantören gör gällande att

det skulle vara oskäligt att säga upp avtalet med abonnenten p.g.a. omständigheter som är hänförliga till abonnenten, kan de förhållanden som stödjer ett sådant påstående innefatta uppgifter vem abonnenten är, t.ex. om det rör sig om ett enmanshushåll, ett företag eller en myndighet. I den utsträckning det är nödvändigt på grund av bestämmelserna om tystnadsplikt, får Internetleverantören be om tillstånd från abonnenten att lämna uppgifter om denne. I den utsträckning endast ett begränsat, eller inget, samtycke ges får domstolen göra sin bedömning utifrån de uppgifter i övrigt som framkommer i målet.

Det bör i flertalet fall vara av intresse för Internetleverantören att höra abonnenten som vittne om den betydelse en avstängning av abonnemang skulle innebära. Även abonnenten torde ha ett intresse av att höras i föreläggandeprocessen. Abonnenten kan vidare ha ett intresse av att träda in i processen med stöd av 14 kap. 9 § rättegångsbalken, för att ta till vara sin rätt.

Om möjligheten till sådant informationsföreläggande som föreslås i Ds. 2007:19 genomförs, kan uppgiften om abonnenten vara känd för den rättighetshavare som för talan om ett vitesföreläggande. Detta kan vara en fördel för rättighetshavaren, t.ex. vid bedömning av vilken utredning och bevisning som bör föras in i målet, men är inte en nödvändig förutsättning för en föreläggandeprocess mot Internetleverantören.

Bestämmelsen innebär att Internetleverantören måste göra en egen bedömning av om avstängning skall och kan ske. Någon annan sanktion än att ett vitesföreläggande enligt andra stycket kan meddelas finns dock inte. För att Internetleverantören skall kunna göra en bedömning av om en uppsägning är oskälig får normalt förutsättas att abonnenten informeras om att en uppsägning kan bli aktuell p.g.a. att uppkopplingen används för att begå upphovsrättsintrång. Abonnenten – och Internetleverantören – har då getts en möjlighet att vidta åtgärder för att förhindra framtida intrång.

Bestämmelsens andra stycke innebär att upphovsmannen, dennes rättsinnehavare eller den som på grund av upplåtelse har rätt att utnyttja verket och berörs av tredje mans intrång, kan föra talan mot Internetleverantören om ett vitesföreläggande. Bedömningen av om det skett omfattande och systematiska intrång inkluderar alla intrång som skett i de rättigheter som tillkommer en rättighetshavare i den taleberättigade kretsen, dvs. även sådana rättigheter som tillkommer någon annan än den som för talan.

Bestämmelsen i andra stycket innebär vidare att Internetleverantören kan föreläggas att vidta de åtgärder som skäligen kan begäras för att denne skall uppfylla sina skyldigheter enligt första stycket. Det kan alltså handla om andra åtgärder – av mindre ingripande slag – än att säga upp avtalet. Åtgärder som, utöver uppsägning av avtalet, kan bli aktuella är t.ex. nedsättning av uppkopplingens överföringshastighet så att överföring av musik- och filmfiler i praktiken omöjliggörs. Abonnenten kan då fortfarande använda sin uppkoppling för att inhämta information, läsa e-post m.m.

Enligt andra meningens i andra stycket skall Internetleverantören informera innehavaren av det abonnemang som är föremål för talan om vitesföreläggande.

Härigenom säkerställs att abonnenten kan bevaka sitt intresse av att uppkopplingen inte stängs.

Avslutande kommentar

I och med att utredningen överlämnat sina förslag, börjar en ny intressant etapp i lagstiftningsarbetet. Utredningens förslag har redan varit föremål för en remissomgång och kommer att närmare granskas vid departementsbehandlingen och i riksdagen.

Utredningen har medvetet önskat tillgodose och upprätthålla en balans mellan de många intressen som berörs av det upphovsrättsliga systemet. Särskilt fokus har ägnats åt att tillgodose användarnas intresse av konsumentvänliga lagliga alternativ och nödvändigheten av att skydda kreativitet och investeringar i upphovsrättsligt skapande även i Internetmiljö. När allt fler människor i allt större utsträckning väljer att konsumera konst, litteratur, musik och film över Internet måste rättighetshavarna tillförsäkras upphovsrättsligt skydd även i denna distributionsform.

Personligen vill jag uttrycka förhoppningen att i varje fall grundtankarna i förslagen kommer att stå sig under den förestående behandlingen i lagstiftningsärendet. De som tycker att utredningen, genom lagförslaget om utökade möjligheter att förelägga Internetleverantörer, bara tillvaratagit rättighetshavarnas intressen bör inte glömma bort att den upphovsrättsliga lagstiftningsens uppgift är att ge skydd för litterära och konstnärliga verk. Det är inte allmänhetens möjligheter att ta del av skyddade verk som urholkats genom den senaste tidens tekniska utveckling, snarare är situationen den motsatta.