

# Goda och onda medhjälpare — Är du socialt adekvat, lille vän?

## Om Pirate Bay-målets betydelse

Av juris doktor JENS ANDREASSON och juris doktor KRISTOFFER SCHOLLIN

*Svea hovrätt dömde nyligen de ansvariga för webbsidan The Pirate Bay för medverkan till upphovsrättsintrång. Denna artikel behandlar två rättsfrågor som aktualiseras av hovrättens dom: 1. Hur ska den sociala adekvansen hos digitala mötes- och söktjänster av Pirate Bays slag bedömas? 2. Hur ska ansvarsfrihetsbestämmelserna i e-handelslagen tillämpas i förhållande till digitala tjänster av Pirate Bays slag? Mot bakgrund av hur hovrätten formulerar sina domskäl blir det mycket svårt för någon tillhandahållare av mötes- och söktjänster på Internet att undkomma subjektiv täckning för medhjälp till upphovsrättsintrång. Den avgörande prövningen av huruvida en tillhandahållare av sådana tjänster ska anses ansvarig som medhjälpare till upphovsrättsintrång förläggs i stället till den objektiva sidan av brottet. Frågan om ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång blir närmare bestämt en fråga om mötes- och söktjänsters sociala adekvans. I denna artikel framhålls ett antal aspekter av stor betydelse för bedömningen, som inte framkommer i hovrättsdomen. På motsvarande sätt framhålls i artikeln ett antal aspekter, inte minst av europarättslig karaktär, relevanta för tillämpningen av e-handelslagen vilka återstår att ta itu med.*

### 1 Två rättsfrågor i anledning av Pirate Bay

I deldom den 26 november 2010 dömde Svea hovrätt tre av de tilltalade i målet The Pirate Bay (TPB) till fängelse i tio, åtta respektive fyra månader.<sup>1</sup> De tilltalade ansågs alla på olika sätt ha varit ansvariga för driften av hemsidan TPB, där så kallade torrents (eller användarlänkar, se avsnitt 2 nedan) kunde laddas upp och ner samt även indexeras med hjälp av en spårningsserver. De tilltalade dömdes alla för medhjälp till upphovsrättsintrång. Huvudgärningarna utgjordes av de fall av olovligt tillgängliggörande av ett trettiotal skyddade verk som okända Internet-användare utfört.<sup>2</sup> Till skillnad från tingsrätten

<sup>1</sup> Den fjärde tilltalade befann sig inte i Sverige utan i Kambodja. Hans sak kommer att prövas vid senare tillfälle. Hovrätten beslutade om uppskov efter att ha tagit del av ett på Khmer författat sjukintyg.

<sup>2</sup> Angående frågan om svensk lags tillämplighet konstaterar hovrätten att det inte räcker med att huvudgärningsmännen gjort verk tillgängliga på Internet och därmed i Sverige. Det krävs utöver detta att gärningsmännen i varje huvudgärning också själva har bidragit med länken på något sätt som kan kopplas till aktivitet i Sverige. Exempelvis skulle en väsentlig del av tillgängliggörandet i fallet med den eventuellt kambodjanske gärningsman som delade ut filmen Harry Potter and the Goblet of Fire vara att han eller hon även var den som laddade upp den relevanta användarlänken på TPB:s servrar i Sverige. Detta är enligt hovrätten grundlägg-

gjorde hovrätten dock en individuell bedömning av var och en av de tilltalades ansvar.<sup>3</sup> I jämförelse med tingsrättens dom innebar hovrättsdomen också en sänkning av strafftiderna.<sup>4</sup> I skadeståndsdelen dömde hovrätten emellertid ut sammanlagt ungefär 46 miljoner kronor, en avsevärd ökning jämfört med det skadestånd på ungefär 32 miljoner kronor som dömdes ut av tingsrätten. Samtidigt som de tilltalade i TPB-målet dömdes i hovrätten fortsatte emellertid webbsidan TPB att öka i popularitet.<sup>5</sup> I skrivande stund, det vill säga i början av maj 2011, är TPB den åttiosjunde mest besökta webbsidan på Internet.<sup>6</sup>

Tekniken har dock gått framåt och TPB av maj 2011 är inte densamma som den webbsida som var föremål för hovrättens uppmärksamhet hösten 2010. Inte heller administratörerna är desamma. Men namnet TPB är detsamma och fler användare än någonsin tidigare flockas som sagt till detta digitala torg. Även de rättsliga frågorna om medverkan till upphovsrättsintrång med hjälp av digitala hjälpmedel förblir, åtminstone på en teoretisk nivå, i huvudsak desamma. Dessa frågor är också av stor betydelse även för andra mötes- och söktjänster på Internet.

Mot bakgrund av hur hovrätten formulerar sina domskäl blir det mycket svårt för någon tillhandahållare av denna typ av tjänster på Internet att undkomma subjektiv täckning för medhjälp till upphovsrättsintrång. Den avgörande prövningen av huruvida en tillhandahållare av mötes- och söktjänster ska anses ansvarig som medhjälpare till upphovsrättsintrång förläggs i stället till den objektiva sidan av brottet. Frågan om ansvar för medhjälp till upphovsrättsintrång blir en fråga om sådana tjänsters *sociala adekvans*. Därmed är det givetvis av största vikt att denna bedömning görs på ett ytterst noggrant och heltäckande vis.

Det är även av stor betydelse att bedömningen av e-handelslagens tillämplighet görs med stor noggrannhet. Enligt e-handelslagen finns det nämligen en möjlighet för "tillhandahållare av informationssamhällets tjänster" att i vissa fall erhålla ansvarsfrihet i såväl straff- som skadeståndsrättsligt avseende.

gande för att koppla huvudgärningen till Sverige. (Se Svea hovrätts deldom i mål B 4041-09 den 26 november 2011 [Hovrättsdomen], s. 16 och 17.) Värt att notera är att det är svårt att se några fakta i målet som styrker att huvudgärningsmännen skulle ha laddat upp några länkar på TPB:s servrar.

<sup>3</sup> Tingsrätten dömde de tilltalade kollektivt som medgärningsmän.

<sup>4</sup> I tingsrätten dömdes samtliga tilltalade till fängelse i ett år.

<sup>5</sup> Faktum är att uppmärksamheten kring de legala åtgärderna mot TPB förefaller att ha bidragit till den ökade populariteten (detta är något som har uppmärksammats i den internationella diskussionen, se till exempel Bassett, IV, J.E. (Win), *Unanswered Arrrguments After the Pirate Bay Trial: Dropping Sail in the Safe Harbors of the EU Electronic Commerce Directive*, North Carolina Journal of Law and Technology, Volume 12, Issue 1, Fall 2010, s. 69–70).

<sup>6</sup> Nätinformationsföretaget Alexa tar fram data över internettrafik och sammanställer en lista över de mest besökta sidorna på [www.alexa.com/topsites](http://www.alexa.com/topsites).

I syfte att möjliggöra en förståelse för den juridiska problematiken i sitt tekniska sammanhang kommer det närmast följande avsnittet att ägnas åt själva brottsredskapet, det vill säga den tekniska företeelsen torrents, eller som vi väljer att beteckna företeelsen — användarlänkar.

## **2 Brottsredskapet användarlänkar — en tämligen enkel, och redan föråldrad, teknik**

Det har i kommentarer i och kring rättsprocessen framstått som om själva tekniken som utgjort TPB skulle vara svårgripbar.<sup>7</sup> Emellertid är tekniken i sig tämligen enkel. Det som är komplicerat är snarare att den möjliggör ett förhållande mellan huvudgärningsman och eventuell medhjälpare som inte är tidigare prövat i svensk rättspraxis.

Det rör sig om en teknik med vilken användarna kan finna varandra för att dela information, oftast musik-, litteratur- eller filmverk. Tekniken består av tre komponenter: (i) små datafiler som användarna använder för att länka upp sig mot andra användare på Internet, (ii) ett öppet register där användare kan ladda upp och ladda ner sådana länkar och, (iii), en spårningsfunktion för att underlätta användarnas länkning till varandra.

Ordet torrent betyder på engelska "strid ström" och erbjuder inget direkt stöd för förståelsen av tekniken. I denna artikel används därför i stället begreppet "användarlänkar" för dessa små datafiler. En användarlänk är ur informationshänseende mindre än ett tomt Word-dokument och dess enda funktion är att låta en användare finna andra användare över Internet.

För att ett verk ska kunna göras tillgängligt för allmänheten med hjälp av en användarlänk krävs att användaren (i) aktiverar länken med hjälp av ett datorprogram<sup>8</sup>, (ii) har sin dator ansluten till Internet och, (iii), har verket helt eller delvis lagrat på datorn.

För att användarlänkarna ska kunna hitta varandra krävs, åtminstone såsom tekniken såg ut under den i åtalet avsedda perioden, vanligtvis att användarlänkarna innehåller adressen till åtminstone en spårningsserver.<sup>9</sup> Dessa kan ses som ett slags vägledande fyrtorn som användarlänkarna använder sig av. Den som skapar en användarlänk skriver in adressen till ett eller flera sådana fyrtorn i användarlänkens ingress. TPB drev under den avsedda perioden en sådan server, men har sedermera avvecklat driften. Användarlänkar är redan en något föråldrad teknologi. De har i viss mån ersatts av så kallade "magnetlänkar" vilka inte kommer i form av en datafil som behöver lagras,

<sup>7</sup> Ett exempel: Under förhandlingarna i Stockholms tingsrätt kunde Dagens Nyheters utsände höra nämndemännen diskutera förhöret av Kristoffer Schollin. En av dem kallade Schollins beskrivning av den bakomliggande tekniken för "mumbo-jumbo". (Se [www.dn.se/kultur-noje/rattegangen-mot-pirate-bay-dag-8](http://www.dn.se/kultur-noje/rattegangen-mot-pirate-bay-dag-8).)

<sup>8</sup> En så kallad bittorrent-klient.

<sup>9</sup> På engelska "tracker-server". Begreppet "server" används vanligen för en nätverksansluten dator mot vilken användare kan ansluta sig.

och inte heller behöver en spårningsserver för att finna andra användare.<sup>10</sup>

### 3 De subjektiva rekvisiten — Generell insikt tycks vara tillräckligt för subjektiv täckning

Hovrättens hantering av uppsåtsbedömningen framstår som motsägelsefull. Samtidigt som hovrätten framhåller att endast en *generell* medvetenhet om att risken för att en tillhandahållen söktjänst emellanåt används för spridning av olovligt material inte ska anses grunda uppsåt som täcker de brott vilka utförs med hjälp av tjänsten, så är det ändå just i slutsatsen att generell insikt är tillräckligt för subjektiv täckning som hovrätten tycks hamna till slut. Låt oss exemplifiera med hovrättens bedömning av den tilltalade FN:s uppsåt:

”Utredningen ger inte fog för slutsatsen att [FN] känt till att just den musik och de filmer och spel som åtalet avser varit föremål för fildelning via TPB. Än mindre finns det anledning att anta att han känt till sådana omständigheter som vem som varit ursprungsseder, var denna person befunnit sig, i vilken omfattning de enskilda verken överförts eller hur länge fildelningen har pågått. Som nu framgått är detta emellertid inte någon förutsättning för medverkansansvar. Genom varningsbrevet, åberopad e-post och [FN:s] egna uppgifter är det utrett att han väl känt till de omständigheter som utgör rekvisiten 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 finner att han därmed haft ett uppsåt som omfattat såväl huvudbrotten som medverkansgärningen.”<sup>11</sup>

Hovrätten anför NJA 2007 s. 929 som stöd för att det är tillräckligt med endast en vag relation mellan medhjälparens insikt och huvudgärningen för att anse att uppsåt föreligger. Rättsfallet rör medhjälp till bland annat skattebrott och bokföringsbrott där det ansågs bevisat att den tilltalade (en så kallad ”målsvakt”) hade hanterat kontantbelopp i miljonklassen för huvudgärningsmännens räkning. Den tilltalade medgav att han kände till att de personer som tog emot pengarna sysslade med brottslig verksamhet, men att han inte insåg att det gällde skattebrott och inte heller kände till huvudgärningsmännen. Det ansågs även bevisat att den tilltalade hade tagit ut pengarna från bankkonton och överlämnat dem i kontanter. Även om överlämnandet skett till annan person än någon av huvudgärningsmännen fick det av utredningen anses framgå att den person som mottagit pengarna hade vidarebefordrat dem till dessa.

<sup>10</sup> Många så kallade publika spårningsservrar har tillkommit de senaste åren, i och med att torrent-tekniken har kommit att bli en alltmer betydande del av informationsflödet på Internet. Två av dem är ”PublicBitTorrent” (publicbt.com) och ”OpenBitTorrent” (openbittorrent.com). För maximal driftsäkerhet innehåller användarlänkar ofta adresser till multipla sådana servrar.

<sup>11</sup> Se Hovrättsdomen, s. 27.

Högsta domstolen konstaterar i NJA 2007 s. 929 att det inte kan anges generellt i vilken utsträckning täckning måste föreligga mellan den tilltalades föreställning om händelseförloppet och det verkliga förloppet. Detta får i stället avgöras mot bakgrund av den aktuella gärningen. Vid uppsåtliga brott måste dock brottsrekvisiten enligt det tillämpliga straffbudet vara täckta av uppsåt. När det gäller skattebrott av det slag som avses i NJA 2007 s. 929 måste uppsåtet således omfatta att det ska ha lämnats oriktiga uppgifter till Skatteverket varigenom fara ska ha uppkommit för undandragande av skatt eller avgift från det allmänna. Uppsåtet måste emellertid inte omfatta vilka skatter och avgifter som kan påverkas av handlandet eller exakt vilket belopp som riskerar att undandras. Uppsåtet måste inte heller täcka omständigheter som i vilket bolag undandragandet sker eller vilka de personer är som står bakom brottsligheten.

Vid en jämförelse av NJA 2007 s. 929 med TPB-målet finner vi att de är tämligen olika. Den tilltalade "målvakten" i NJA 2007 s. 929 begick handlingar vilka ingick som ett led i huvudgärningen. Han hade också en insikt om att det förelåg en avsevärd risk för att kontanthandlingen var en del i en verksamhet som innebar att oriktiga uppgifter lämnades till Skatteverket i syfte att undandra staten skatter och avgifter. I relationen mellan de tilltalade i TPB-målet och de okända användare i olika länder som tillgängliggjort något av verken i åtalet finner vi en annan typ av relation. Denna relation är inte bara generell, den är också hypotetisk. Från att ha krävt en viss, om än ej fullständig, överensstämmelse mellan en tilltalads föreställning om händelseförloppet och det verkliga förloppet, så kräver man nu endast en hypotetisk föreställning om sådana händelseförlopp i allmänhet. Genom att denna hypotetiska relation anses vara tillräcklig sänks kravet på subjektiv täckning avsevärt, även jämfört med NJA 2007 s. 929.

Eftersom sökföretaget Google förekommer som jämförelseobjekt i domen,<sup>12</sup> så är det värt att framhålla att hovrättens definition av subjektiv täckning med god marginal skulle omfatta även detta företags verksamhet. Google får konstant varningsbrev från rättighetshavare som uppfattar att Googles tjänster innebär direkt intrång eller medhjälp till upphovsrättsintrång.<sup>13</sup> Googles VD känner naturligtvis väl till de omständigheter som utgör rekvisiten för upphovsrättsintrång, det vill säga att länkar som hänvisar till upphovsrättsligt skyddade verk frekvent förekommer på Googles sökmotor, att sådana verk lagts ut

<sup>12</sup> Se Hovrättsdomen, s. 24.

<sup>13</sup> Denna utveckling har accelererat under de senaste fem åren, till den grad att Google idag är utsatta för fler stämningar av upphovsmän än något annat företag i världen. Kanske inte helt oväntat för ett företag som definierar sin affärsidé som att samla och organisera all världens information. Se till exempel New York Times den 23 oktober 2006, *We're Google. So Sue Us.* samt Garon, J. *Searching Inside Google: Cases, Controversies and the Future of the World's Most Provocative Company*, den 25 augusti 2009, Social Science Research Network.

utan rättighetsinnehavarnas samtycke samt att sådana verk överförs till allmänheten med hjälp av Googles tjänster.

Om man nu finner det nödvändigt att konstruera ett medhjälpsbegrepp med så lågt ställda krav på korrelation mellan en tilltalads föreställning om händelseförloppet och den egentliga huvudgärningen att det inte krävs något annat än ett hypotetiskt likgiltighetsuppsåt, så kommer uppsåtsprövningen i praktiken att ha spelat ut sin roll vid bedömningen av mötes- och söktjänsters upphovsrättsliga status. De ansvariga för dessa typer av tjänster har alla den hypotetiska insikt som är tillräcklig för att uppsåt till medverkan till upphovsrättsintrång ska föreligga. Det kan hända att utvecklingen inom informationstekniken har gjort att den mer detaljerade uppsåtsprövningen inte längre ska anses vara relevant, eller i varje fall blir alltför svår att göra, eftersom nätbaserade mötes- och söktjänster på ett så uppenbart sätt möjliggör en sådan mängd upphovsrättsligt förbjudna gärningar, utan att administratörerna någonsin behöver ha någon konkret insikt i dessa.

Om man väljer att släppa på uppsåtsprövningen för denna typ av tjänster blir det emellertid desto viktigare att man utför prövningen av bristande gärningsculpa och social adekvans på ett ytterst noggrant sätt.

#### **4 De objektiva rekviriten — En fråga om social adekvans**

Hovrätten konstaterar att jämförelsen med andra digitala sök- och lagringstjänster aktualiserar rättsvetenskapliga teorier om ansvarsfrihet grundad på så kallad bristande gärningsculpa och social adekvans.<sup>14</sup> I huvudsak innebär dessa teorier att en gärning som innefattar ett medvetet risktagande för en skadlig effekt under vissa förhållanden ändå kan vara tillåten med beaktande av, med Nils Jareborgs ord: "arten av de risker varmed gärningen är förknippad, värdet hos det gentemot vilket riskerna riktar sig, det sociala värdet hos gärningen, vilka försiktighetsåtgärder som har varit möjliga och befogade,

<sup>14</sup> Se Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus, Uppsala, 2001, s. 211 ff. samt s. 290 ff. om dessa begrepp. Till skillnad från Jareborg förefaller hovrätten sätta likhetstecken mellan gärningsculpa och social adekvans. Betydelsen av social adekvans som kriterium för att skilja "goda" medhjälpare från "onda" togs för övrigt upp redan i motiven till e-handelslagen: "För att en mellanhand ska kunna göras ansvarig för information som förekommer inom ramen för verksamheten fordras emellertid att vissa förutsättningar är uppfyllda. Till att börja med kan konstateras att mellanhänder inte kan göras ansvariga för den information som förekommer redan på den grunden att de startat och bedriver den ifrågakvarande verksamheten. Att bedriva verksamheten som sådan måste — bl.a. mot bakgrund av samhällets intresse av en väl fungerande infrastruktur avseende informationsteknik — betecknas som socialadekvat. De risker som är förknippade med att driva tjänsten (bl.a. att man indirekt bidrar till spridning av olaglig information) är sådana att risktagandet måste betecknas som tillåtet. Det är, med andra ord, inte möjligt att hålla mellanhanden ansvarig för (främjande av) spridning av olagligt material enbart på den grunden att denne startat och bedrivit verksamheten som sådan." (Se prop. 2001/02:150, s. 89.)

osv.”<sup>15</sup> Jareborg framhåller vidare att social adekvans kan betecknas som “en dogmatisk ‘slasktratt’ eller en ‘säkerhetsventil’. Utan denna vore det inte möjligt att fria från ansvar i en rad fall, där det inte går att finna stöd i givna regler för att anse gärningen vara rättsenlig, och där det framstår som orimligt och oavsiktligt att straffrättsligt ingripande ska ske”.<sup>16</sup>

Bristande gärningsculpa och social adekvans förefaller alltså vara de verktyg som återstår för att förhindra att vi hamnar i ett läge som innebär att alla som tillhandahåller söktjänster och mötesplatser på Internet gör sig skyldiga till medhjälp till upphovsrättsintrång. Som Jareborg framhåller, så är tillämpningen av dessa verktyg ”utpräglat normativ, och ... hör till det svåraste inom Juridiken”.<sup>17</sup> Detsamma har nyligen, i just TPB-sammanhanget, även framhållits av Petter Asp och Jan Rosén:

“En tillämpning av principerna om gärningsculpa ger naturligtvis inga enkla och tydliga svar på var gränserna för vad som är att anse som ett främjande går, men det är heller knappast något som kan förväntas. Straffrätten förutsätter att vi är beredda att göra dessa utpräglat normativa bedömningar.”<sup>18</sup>

Därmed måste dessa allmänna straffrättsliga principer naturligtvis analyseras och appliceras ytterst noggrant. Inte minst bör principerna tillämpas mot bakgrund av en *allsidig* utvärdering av deras betydelse för den digitala ekonomin och det öppna samhället, som i allt högre utsträckning är beroende av just informationstjänster av olika slag.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Se Jareborg 2001, s. 233.

<sup>16</sup> Se Jareborg 2001, s. 291. Det kan ifrågasättas om denna “dogmatiska slasktratt” överhuvudtaget är lämplig att sättas så centralt i det förevarande resonemanget, eller om inte en noggrannare utveckling av e-handelslagen skulle ha varit en lämpligare väg att gå.

<sup>17</sup> Se Jareborg 2001, s. 35.

<sup>18</sup> Se Asp, Petter & Rosén, Jan, *The Pirate Bay — En kommentar*, SvJT 2011, s. 114.

<sup>19</sup> Mot bakgrund av att bedömningen av gärningsculpa och social adekvans som sagt är ett utpräglat normativt — konsekvens- och värdeberoende — ställningstagande, så framstår det som märkligt att, som Asp och Rosén, samtidigt skriva bort betydelsen av dessa normativa bedömningar: ”Den något skeva offentliga diskussionen är möjligen en reflex av att upphovsrätten under Internets och nätmiljöernas tidevarv kommit att vara en figurant som ofta kopplats till helt andra saker än frågan om omfattningen av det immaterialrättsliga skyddet. Snarare har ju det offentliga intresset koncentrerats till i och för sig betydande men svårbemästrade fenomen som värdet av nätmiljöernas potentiella öppenhet och tillgänglighet för envar och berättigade element i den hittillsvarande gratiskulturen, etablerad redan på 1990-talet när Internet blev var mans egendom, och (diametralt annorlunda) frågor som rör personlig integritet för abonnenter och nätsurfare.” Hur kan frågan om omfattningen av det immaterialrättsliga skyddet — nedkokad till en normativ fråga om gärningsculpa och social adekvans — handla om något annat än just frågor som bland annat har att göra med det potentiella såväl ekonomiska, sociala som demokratiska värdet av öppenhet och tillgänglighet, integritet och så vidare? Att det skulle handla om frågeställningar på olika nivåer — där vi å ena sidan har en renodlad fråga om upphovsrättens omfattning, i vilket sammanhang vi håller oss borta från normativa frågor som tillgänglighet, delaktighet, integritet och så vidare, och å andra sidan har en renodlad straffrättslig fråga där de normativa frågorna kan hanteras inom ramen för bedömningen av social adekvans är

#### 4.1 Hovrättens tillämpning av kriteriet social adekvans

Hovrätten ställer upp följande kriterier för att en söktjänst ska anses vara socialt adekvat:

- (i) Tjänsten ska i första hand vara ett värdefullt verktyg i laglig verksamhet,
- (ii) tjänsten ska vara allmänt samhällsnyttig,
- (iii) den legitima användningen ska dominera,
- (iv) försiktighetsåtgärder ska ha vidtagits för att motverka spridning eller överföring av olagligt material.<sup>20</sup>

Vid den konkreta prövningen av huruvida TPB ska anses vara socialt adekvat gör hovrätten följande avvägning. I den ena vågskålen ligger att de upphovsmän som valt att sprida sina verk via TPB har ett legitimt intresse av en distributionskanal av detta slag. På samma sätt har användarna ett lika legitimt intresse av att enkelt och kostnadsfritt kunna konsumera kultur och underhållning. I den andra vågskålen ligger att den, enligt hovrättens värdering av bevisningen, dominerande aktiviteten bland TPB:s användare är olovlig fildelning av upphovsrättsligt skyddade verk. Denna aktivitet utgör enligt hovrätten, med hänvisning till 2 kap 19 § regeringsformen,<sup>21</sup> ett angrepp på grundläggande värden i vår rättskultur. Hovrätten framhåller också att TPB inte vidtagit några försiktighetsåtgärder och inte heller, trots upprepade påpekanden och varningar, tagit bort användarlänkar som hänvisat till skyddade verk. Därför konstaterar hovrätten att:

“Vid en avvägning mellan det socialt adekvata intresset 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, finner hovrätten att ansvarsfrihet på grund av oskrivna regler om social adekvans och bristande gärningsculpa inte kan komma i fråga.”<sup>22</sup>

Vi kommer i det följande peka på några ytterligare faktorer som med lätthet kan kvala in som relevanta vid en bedömning av digitala mötes- och söktjänsters sociala adekvans i en straffrättslig kontext.

#### 4.2 Samhällsekonomiska aspekter

De immateriella rättigheterna är en av de rättskonstruktioner som har haft avgörande betydelse för samhällsutvecklingen. Mycket talar för att utan immateriella rättigheter, så ingen kunskapsekonomi — i varje

knappast ett hållbart resonemang. Dels är den straffrättsliga aspekten en integrerad del av upphovsrätten i allmänhet och frågan om upphovsrättens omfattning i synnerhet. Dels är bedömningar av upphovsrättens omfattning med nödvändighet ofta djupt normativa även bortsett från straffrättsliga aspekter som har med verkkan och social adekvans att göra, i synnerhet när fråga är om tillämpning av upphovsrätten i den digitala miljön.

<sup>20</sup> Se Hovrättsdomen, s. 24.

<sup>21</sup> Numera — efter ändring den 25 november 2010, dagen innan Hovrättsdomen meddelades — 2 kap. 16 § regeringsformen.

<sup>22</sup> Se Hovrättsdomen, s. 25.



fall inte så som vi känner den idag. Vem skulle vara villig att investera tid och pengar i kommersiell produktion av ny kunskap i avsaknad av möjlighet att skydda resultatet av investeringarna?<sup>23</sup> Kunskap är som bekant en icke-exklusiv resurs, notoriskt svår att bibehålla en exklusiv kontroll över. Av stor betydelse för ekonomisk utveckling är emellertid även de immateriella rättigheternas motsats, det vill säga bibehållandet av öppenhet, en sfär där privata ensamrätter till intellektuella prestationer inte förekommer — en "public domain". Öppenhet av detta slag kan dessutom antas vara särskilt betydelsefull inom den digitala ekonomin där en stor del av innovationen och produktionen sker inom ramen för kreativa nätverk. Den enes informations-output är den andres informations-input. Så har det alltid varit inom kreativa, forskningsintensiva verksamheter, vilket belyser den stora betydelsen av den rättssystematiska utgångspunkten att intellektuella prestationer som inte uttryckligen omfattas av ett immaterialrättsligt skydd ska anses vara fria att utnyttja för envar. De immateriella rättigheterna ska alltså — ur ett rättssystematiskt perspektiv — betraktas som undantag från huvudregeln om fri tillgång till intellektuella prestationer.<sup>24</sup>

Teknologiska och ekonomiska utvecklingsprocesser är emellertid ofta på olika sätt besvärliga och smärtsamma. Ny teknologi och nya innovationer leder till nya metoder och produkter som ersätter gamla metoder och produkter. Affärsmodeller måste förändras och hela branscher kan i vissa fall försvinna och ersättas av nya. Med den inflytelserike österrikiske nationalekonomen Joseph Schumpeters ord

<sup>23</sup> De verksamma incitamenten skiljer sig naturligtvis kraftigt mellan de olika industrier som förlitar sig på immaterialrätter. Ingen industri är dock en monolit och olika intressen kan skönjas. Inom musikindustrin var det knappast oväntat att olovlig och lovlig fildelning skulle medföra att den del som sysslar med produktion och distribution av skivor skulle krympa kraftigt. Sannolikt, men inte lika lätt att förutse, var att detta skulle åtföljas av en ökning i andra delar. Rörande den svenska marknaden under perioden 2000–2008 har intäkter från försäljning av skivor minskat från 1 654,5 till 781,9 miljoner kronor, detta inkluderar inkomster från försäljning via digitala skivaffärer, såsom iTunes. Under samma period ökade summan för STIMs avgift på konserter, festivaler och andra evenemang från 42 till 90 miljoner kronor och intäkterna från de fem största livearrangörerna i Sverige ökade från cirka 440 till strax under 1 000 miljoner kronor. Avgifter från radio och TV, samt den så kallade kassettagiften har även de ökat kraftigt under samma period. Sammantaget är intäkterna inom svensk musikindustri som helhet i stort sett oförändrade men med en påtaglig förändring i förhållandet mellan dess tre ben; skivförsäljning, liveförsäljning och avgifter. Man kan vänta sig att framgångarna för Spotify ytterligare kommer att förändra bilden. (Se Johansson, D., Larsson, M., *The Swedish Music Industry in Graphs — Economic Development Report 2000–2008*. Tillgänglig via [www.trendmaze.com/swedish-music-industry-report.aspx](http://www.trendmaze.com/swedish-music-industry-report.aspx). Se även rättighetsförvaltningsorganisationen PRS Economic Insight 22 den 18 april 2011, tillgänglig via [www.prsformusic.com/economics](http://www.prsformusic.com/economics), samt IFPIs *The Recording Industry in Number 2011*, tillgänglig via [www.ifpi.org/content/section\\_resources/rin/rin.html](http://www.ifpi.org/content/section_resources/rin/rin.html).)

<sup>24</sup> Se till exempel Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars & Sandgren, Claes, *Immaterialrätt*, 2009, s. 369 där det erinras om "den allmänna utgångspunkten att det enligt huvudregeln står fritt för envar att eftergöra eller efterbilda immaterialrättsligt oskyddade prestationer". Se även justitierådet Lindskog som, utifrån sakkärliga premisser, gör motsvarande poäng i NJA 2009 s. 695.

kan man tala om ”kreativ destruktion”.<sup>25</sup> En eufemism, såklart, för dem som blir hårt drabbade av en strukturomvandling, men icke desto mindre av helt central betydelse för förståelsen av hur vårt välstånd skapas. Hur skulle det ha gått om skrivarskråen lyckats stoppa tryckpressen, om musikindustrin lyckats stoppa radion, om musikerfacken lyckats stoppa diskoteken, om filmindustrin lyckats stoppa videobandspelarna, om skivindustrin lyckats stoppa den olovliga fildelningen...? Uppräkningen kan tyckas tillspetsad. Går det verkligen att jämföra fildelning med radiosändningar? Man ska då komma ihåg att det när radion först kom, inte på något sätt var självklart att musik-sändningar i radion var upphovsrättsligt tillåtet. Det var först när vi fick fungerande system med organisationer för kollektiv rättighets-hantering som frågan blev okontroversiell. På motsvarande sätt är det möjligt att vi just nu är mitt uppe i en process där den olovliga fildelningen blir marginaliserad av lagliga alternativ eller kommer att göras laglig genom en ny kollektivisering av rättigheter som bättre står i samklang med teknikutvecklingen. Vårt att notera är att en tämligen ny företeelse som videodelningstjänsten Youtube på bara ett fåtal år transformerades från en tummelplats för pirater till en etablerad, och av det etablerade näringslivet välanvänd, tjänst.

Vad som till en början upplevs som destruktiva aktörer kan också skapa förutsättningar för kommande tjänster som efter en tid blir etablerade och välsedda. När det gäller sådana sekundära effekter kan man inte ignorera den inverkan som ”piraternas” höga profil haft på framdrivandet av och inspirationen till nya lovliga tjänster inom media och kultur. Den nu omhuldade musiktjänsten *Spotify* används av fyra miljoner svenskar och har nyligen seglat upp som den största återförsäljaren av musik på den svenska marknaden — större än Apples online-butik iTunes.<sup>26</sup> Låt vara att klagomål förekommer på att in-

<sup>25</sup> Se Schumpeter, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Taylor & Francis e-Library, 2003 [1:a uppl., Allen & Unwin, London, 1943], kapitel VII samt VIII i allmänhet och s. 83 i synnerhet: “As we have seen in the preceding chapter, the contents of the laborer’s budget, say from 1760 to 1940, did not simply grow on unchanging lines but they underwent a process of qualitative change. Similarly, the history of the productive apparatus of a typical farm, from the beginnings of the rationalization of crop rotation, plowing and fattening to the mechanized thing of today—linking up with elevators and railroads—is a history of revolutions. So is the history of the productive apparatus of the iron and steel industry from the charcoal furnace to our own type of furnace, or the history of the apparatus of power production from the overshot water wheel to the modern power plant, or the history of transportation from the mailcoach to the airplane. The opening up of new markets, foreign or domestic, and the organizational development from the craft shop and factory to such concerns as U.S. Steel illustrate the same process of industrial mutation—if I may use that biological term—that incessantly revolutionizes the economic structure *from within*, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. *This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism.* It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in.”

<sup>26</sup> Flera stora aktörer, som Amazon och Google, har nyligen lanserat sina egna webbaserade musiktjänster. Än så länge ger dessa tjänster endast möjlighet att ladda upp befintliga musiksamlingar på de plattformar som erbjuds. I varje fall

täkterna till alltför stor del tillfaller de stora skivbolagen och inte artisterna själva eller de mindre bolagen.<sup>27</sup> Tjänsten, som i dessa dagar presenterar sig med devisen “All the music, all the time”, har attraherat hundratusentals fildelare genom att erbjuda det som användarna ville ha ut av TPB, fast lättillgängligare och mer pålitligt.

Fullt medvetna om att kontrafaktiska exempel är vanskliga vill vi ändå framhålla att det är svårt att föreställa sig att Spotify hade uppstått utan existensen av tjänster som TPB. Spotifys grundare vittnar själva om hur man genom att observera den olovliga fildelningen utformat framtidens affärsmodell för musik på nätet, samt om hur förekomsten av tjänster som TPB gjort det möjligt för dem att kunna nå framgång i förhandlingar med minst sagt konservativa rättighets-havare.<sup>28</sup> Detta är inte en utveckling som förutsågs av många för fem år sedan och visar därmed på behovet av försiktighet vid bedömningen av nya aktörer. Risken är annars att vi ger desillusionerade kommentatorer som den internationellt erkände upphovsrättsexperten, före detta professorn vid Cardozo Law School, och numera “senior copyright counsel” vid Google, William Patry rätt:

“Copyright has become a tool to construct the barricades against the inherent creative destruction of capitalism.”<sup>29</sup>

Så, frågan ur ett samhällsekonomiskt perspektiv blir, ska TPB ses som en negativ eller positiv faktor för utvecklingen av den digitala ekonomin? Svaret är inte på något sätt givet, men det finns som sagt en reell möjlighet att TPB faktiskt redan har spelat en viktig, kanske till och med avgörande, roll i samband med utvecklingen av legala musik-tjänster. Vid en bedömning av TPB:s sociala adekvans framstår denna möjlighet som en minst sagt betydelsefull faktor.

Google har dock ambitionen att, liksom Spotify, i framtiden även erbjuda tillgång till streamad musik. Enligt uppgift har emellertid förhandlingarna med musikindustrins företrädare hittills gått trögt. (Se till exempel [www.realtid.se/ArticlePages/201105/10/20110510095148\\_Realtid524/20110510095148\\_Realtid524.dbp.asp](http://www.realtid.se/ArticlePages/201105/10/20110510095148_Realtid524/20110510095148_Realtid524.dbp.asp).)

<sup>27</sup> Se vidare exempelvis *Veckans Affärer* den 26 oktober 2010, *Spotify på väg förbi skivhandeln*, och *Dagens Nyheter* den 9 mars 2011, *Spotify gynnar storbolagen*.

<sup>28</sup> Se till exempel *Dagens Nyheter*s intervju med Spotifys grundare Daniel Ek ([www.youtube.com/watch?v=DPRycX2\\_CF4](http://www.youtube.com/watch?v=DPRycX2_CF4)) samt Eks föredrag på Brightons Great Escape Festival 2009, refererat på [musically.com/blog/2009/05/18](http://musically.com/blog/2009/05/18).

<sup>29</sup> Se Patry, William, *Moral Panics and the Copyright Wars*, Oxford University Press, 2009, s. 178. Se även James Boyle i avsnitt 4.4 nedan. Risken att upphovsrätten stoppar egentligen önskvärda strukturomvandlingar påtalades under TPB-rättegången av Roger Wallis. Av särskild betydelse är här för övrigt mängdkravet, det vill säga att en tjänst av TPB:s slag endast kan bedömas som socialt adekvat om den legitima användningen dominerar. (Se s. 24–25 i Hovrättsdomen.) Ska man, när man bedömer mängdrelationen, titta på framtiden, på potentialen i tjänsten, eller bara på nutiden? Om man väljer det senare så blir resultatet marknadsbevarande och en oönskad stelhet riskerar att drabba den omhuldade ekonomiska utvecklingen. Här är kanske TPB:s attityd särskilt betydelsefull. Hur mycket ska stil, attityd och språk få spela roll? Ska ett beteende som kan uppfattas som liktydigt med en låg potential att bli en välklippt och slipsprydd marknadsaktör betraktas som en belastning vid bedömningen av en aktörs sociala adekvans?

Det faktum att TPB:s agerande i vissas ögon kan framstå som oomoraliskt — en uppfattning som vi har full förståelse för, och även i viss utsträckning delar — är onekligen ett relevant argument vid en bedömning av TPB:s sociala adekvans. Detta värdeargument måste dock vägas mot övriga relevanta argument, bland annat argumentet att TPB möjligtvis har haft en positiv inverkan på utvecklingen av den digitala ekonomin.

#### 4.3 Teknologiska aspekter

Hovrätten framhåller betydelsen av möjliga och befogade försiktighetsåtgärder som ett centralt kriterium vid bedömningen av social adekvans. Vid en bedömning av olika mötes- och söktjänster måste man därmed inte bara ta hänsyn till de praktiska möjligheter som finns att ändra i dess innehåll. Det är även nödvändigt att beakta huruvida mer eller mindre trubbiga ingrepp står i proportion till de negativa konsekvenser som dessa kan ha. Av stor betydelse för den allmänna bedömningen blir huruvida en tjänsteleverantör som erbjuder en mötesplats där användarna fritt kan byta länkar ska anses behöva ha någon översyn eller plikt att filtrera dessa, eller om en sådan plikt skulle vara alltför betungande i relation till vad som kan uppnås. Samma problem kommer att uppstå när man i framtiden ska bedöma söktjänster vars funktion är att indexera innehållet på Internet i stort.

Vidare är möjligheterna att ta bort länkar eller filtrera tjänsters innehåll inte så stora som man kanske kan tro, särskilt inte när det inte handlar om olovligt tillgängliggjort material i sig, utan om användarlänkar till material som lagras på annat håll. I det tyska Rapidshare-målet, som handlade om en lagringstjänsts ansvar angående användarnas upphovsrättsintrång, uppehöll sig rätten vid de möjliga försiktighetsåtgärder som lagringstjänsten hade kunnat vidta, vilken effekt sådana åtgärder hade kunnat få och om de kunde utföras utan att i alltför stor utsträckning komma i konflikt med andra intressen.<sup>30</sup> I sitt förslag till avgörande i mål C70/10 framhåller generaladvokat Cruz Villalon att allmänna filtreringar och blockeringar i en Internetleve-

<sup>30</sup> "Eine Sperrung bestimmter Dateinamen erscheint ungeeignet. Denn Dateinamen sind jederzeit veränderbar. Aus diesem Grund scheidet auch eine Sperrung aller Dateinamen, die bestimmte Begriffe enthalten, aus. Im Übrigen sind die Nutzer selbst nicht auf den Dateinamen zum Auffinden der gesuchten Datei angewiesen, da sie die Datei über einen externen Link abrufen, welcher auf einer anderen Internetseite mit dem entsprechenden Begriff versehen und dadurch auffindbar ist. [...] Zu beachten ist, daß man im Internet einer Filmdatei nicht ansehen kann, daß sie eine Filmdatei ist. Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erläutert, daß für ihn die Verwendung einer Endkennung '.rar' ein wichtiges Indiz für eine Filmdatei sei. Dies ist unzutreffend. RAR ist ein allgemeines Dateiformat zur Datenkompression, um den Speicherbedarf von Dateien für die Archivierung und Übertragung zu verringern. Mit Filmdateien hat das unmittelbar nichts zu tun." (Se Oberlandesgericht Düsseldorf, dom avkunnad den 2 mars 2010, aktnummer: I-20 U 166/09, c)(1).)

rantörs tjänst som huvudregel utgör brott mot den informationsfrihet som är en del av användarnas mänskliga fri- och rättigheter.<sup>31</sup>

Redan nu kan vi som sagt se hur tekniken har gått vidare och lämnat det TPB som prövades i hovrätten bakom sig, användarlänkarna ersätts av mer efemära länktyper (se ovan om magnetlänkar). Man bör därmed vid bedömningen av den här typen av tjänster betänka om blockering och filtrering överhuvudtaget kan uppnå de begränsningar av intrång som åstundas.<sup>32</sup>

#### 4.4 Tillgänglighet, delaktighet, nät demokrati

Liksom aktörer av TPB:s slag kan antas ha drivit på utvecklingen av lagliga alternativ till den illegala fildelningen, så kan den här typen av tjänster även antas ha en potential för realiserandet av ökad tillgänglighet och delaktighet i nätmiljön. I dagsläget låser upphovsrätten in stora delar av 1900- och 2000-talens kulturproduktion. Enligt James Boyle, professor i immaterialrätt vid Duke University School of law, är större delen av de upphovsrättsligt skyddade verk som producerats under denna tidsperiod kommersiellt otillgängliga.<sup>33</sup> Inlåsningsen har uppstått som en följd av upphovsrättens (numera) mycket långa skyddstider (inom EU 70 år från upphovsmannens död, i USA upp till 95 år från upphovsmannens död — i de fall det rör sig om ett “corporate work for hire”).<sup>34</sup> Även om verken ofta finns tillgängliga som en-

<sup>31</sup> Belgiska rättighetsförvaltningsorganisationen Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (SABAM) väckte talan mot Internetleverantören Scarlet Extended SA (Scarlet) och sökte beslut om interimistisk åtgärd att Scarlet vid vite skulle installera sådan teknologi att deras kunder inte kunde använda Internet till att begå intrång i SABAM:s medlemmars rättigheter. Bryssels appellationsdomstol ansökte om förhandsavgörande från EU-domstolen. Generaladvokaten meddelade sitt förslag den 14 april 2011. Mål C-70/10, *Conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalon*.

<sup>32</sup> I ovannämnda mål (se not 31) konstaterade appellationsdomstolen att ingen teknik kunde identifiera och filtrera upphovsrättsintrång på det sätt som förespeglats i första instans och att beslutet därmed skulle vara omöjligt att uppfylla. Även i Grokster och Napster-fallen var frågan om filtrering och andra försiktighetsåtgärder uppe till bedömning: “No technology can block all infringement. It is always possible to do more. Because of this, copyright owners could always claim that technology makers could have done more to reduce infringing uses. Plaintiffs could continually suggest more restrictive fingerprinting, watermarking, encryption, or other technologies. ... In *Grokster*, computer scientists explained that Grokster and Streamcast could not force users to install and update filtering software and that filters were so easy to defeat that they would set off an ‘open-ended arms race between the filter designers and noncompliant users.’ And in *Napster*, even though the company examined dozens of audio fingerprinting systems and installed one that ‘was able to prevent sharing of much of plaintiffs’ noticed copyrighted works’ the Court demanded ‘zero tolerance’ and shut down Napster.” (Se Carrier, Michael A., *The Pirate Bay, Grokster and Google*, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 15, januari 2010, s. 13–14. Se även Carrier, Michael A., *Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*, Oxford University Press, 2009, s. 137–138.)

<sup>33</sup> Se Boyle, James, *The Public Domain — Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, New Haven, 2008, s. 9. Tillgänglig i digitalt format via en creative commons-licens, se [www.thepublicdomain.org](http://www.thepublicdomain.org).

<sup>34</sup> Enligt lag 1919:381 om rätt till litterära och konstnärliga verk samt lag 1919:382 om rätt till verk av bildande konst var skyddstiden 30 år från upphovsmannens

staka exemplar på bibliotek och liknande institutioner, så är det ingen som är beredd att digitalisera dem eller trycka upp nya upplagor och därigenom riskera en stämning för upphovsrättsintrång.<sup>35</sup> Ironiskt nog har vi hamnat i detta läge just precis när informationsteknologin och Internet möjliggör som störst nytta av ett friare tillgängliggörande. Som Boyle (mot bakgrund av framförallt utvecklingen i USA) uttrycker det:

“Apart from doing away with the need to indicate that you *want* your works to be copyrighted, we have lengthened the copyright term. We did this without any credible evidence that it was necessary to encourage innovation. We have extended the terms of living and even of dead authors over works that have already been created. (It is hard to argue that this was a necessary incentive, what with the works already existing and the authors often being dead.) We have done away with the need to renew the right. Everyone gets the term of life plus seventy years, or ninety-five years for corporate ‘works for hire.’ All protected by a ‘strict liability’ system with scary penalties. And, as I said before, we have made all those choices just when the Internet makes their costs particularly tragic. ... We have locked up most of twentieth-century culture and done it in a particularly inefficient and senseless way, creating vast costs in order to convey proportionally tiny benefits. (And all without much complaint from those who normally object to inefficient government subsidy programs.) Worst of all, we have turned the system on its head. Copyright, intended to be the servant of creativity, a död. Skyddstiden förlängdes tillfälligt till 50 år från upphovsmannens död med lag 1957:32 om tillfällig förlängning av skyddstid för litterära och musikaliska verk. Förlängningen permanentades med 1960 års upphovsrättslag. År 1995 förlängdes, som en konsekvens av det så kallade skyddstidsdirektivet (93/98/EEG), skyddstiden till 70 år. Om den allmänna utvecklingen mot allt längre skyddstider och ett överhuvudtaget mer omfattande upphovsrättsligt skydd, se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 370; Boyle, James, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 2003, s. 38 (tillgänglig via en creative commons-licens, [www.law.duke.edu/pd/papers/boyle.pdf](http://www.law.duke.edu/pd/papers/boyle.pdf)); Hesse, Carla, *The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000, An Idea in the Balance*, Dædalos, våren 2002, s. 42; Drahos, Peter, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origin and Development*. WIPO Panel discussion on Intellectual Property and Human Rights Geneva, November 9, 1998, s. 1. Tillgänglig via [www.wipo.int/tk/en/hr/panel-discussion/papers/pdf/drahos.pdf](http://www.wipo.int/tk/en/hr/panel-discussion/papers/pdf/drahos.pdf); Granstrand, Ove i SOU 2006:80, s. 104–105; Schovsbo, Jens, *Immateriell status*, NIR 2004:4, s. 309 ff.

<sup>35</sup> Projektet Google Books är det närmaste man kan komma ett försök att ta ett seriöst helhetsgrepp på problemet med inlåsningsen av stora delar av 1900- och 2000-talets kulturproduktion. Google Books har dock som bekant stött på stora upphovsrättsliga problem. Det förlikningsavtal som nyligen förhandlades fram mellan Google och USA:s författarförbund godkändes inte av den District Court i New York som hade att pröva huruvida förlikningsavtalet var “fair, adequate and reasonable”. Domstolen framhöll att det inte var tillräckligt att erbjuda upphovsrätts-havare en “opt out”-möjlighet. Utgångspunkten ska i stället vara den omvända, det vill säga “opt in”. Google måste alltså enligt domen erhålla förhandstillstånd från de rättighetshavare vars verk ska ingå i projektet. Domstolen menade också att avtalet skulle ge Google en alltför stark marknadsposition på det aktuella området: “...the ASA [the Amended Settlement Agreement] would simply go to far. ... It ... would grant Google significant rights to exploit entire books, without permission of the copyright owners. Indeed, the ASA would give Google a significant advantage over competitors, rewarding it for engaging in wholesale copying of copyrighted work without permission ...” (Se *The Authors Guild et al. vs. Google Inc.*, s. 1–2. Domen finns tillgänglig via [docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/971](http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/971).)

means of promoting access to information, is becoming an obstacle to both.”<sup>36</sup>

Upphovsrättens inläsningseffekter samt TPB:s och andra liknande aktörers potential att bidra till ökad tillgänglighet och delaktighet är något som bör beaktas i en bedömning av den sociala adekvansen. Det skulle ju faktiskt, med ett på sätt och vis Boyleskt perspektiv, kunna hävdas att TPB faktiskt har tillgodosett grundläggande upphovsrättsliga värden som informationsfrihet, kreativitet och yttrandefrihet.

#### 4.5 Grundläggande värden i vår rättskultur

Precis som hovrätten framhåller utgör skyddet för intellektuella prestationer ett grundläggande värde i vår rättskultur. Att genom lagstiftning få skydd för rätten till sina verk är enligt 2 kap 16 § regeringsformen en grundläggande fri- och rättighet för författare, konstnärer och fotografer. Individens rätt till statligt sanktionerat skydd för sina intellektuella prestationer kommer även till uttryck i artikel 27 p. 2 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna:

”Var och en har rätt till skydd för de ideella och materiella intressen som härrör från vetenskapliga, litterära och konstnärliga verk till vilka han eller hon är upphovsman.”

Rättighetsmyntet har dock även en andra sida. Enligt artikel 27 p. 1 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna utgör även den fria tillgången till kulturprodukter — inom ramen för en ”public domain” — en grundläggande fri- och rättighet:

”Var och en har rätt att fritt delta i samhällets kulturella liv, att njuta av konst samt att få ta del av vetenskapens framsteg och dess förmåner.”<sup>37</sup>

Vid en bedömning av en aktörs sociala adekvans mot bakgrund av ”grundläggande värderingar i vår rättskultur” bör båda sidor av rättighetsmyntet inkluderas i analysen. I hovrättens dom kommer i detta avseende bara den ena sidan, rättighetshavarintresset, till explicit uttryck. Detta är olyckligt. Om man ska använda ett svåränvänt verktyg som ”en dogmatisk slasktratt” med funktionen av ”säkerhetsventil” finns det anledning att vara särskilt tydlig och öppet redovisa hur man gjort.

### 5 Ansvarsfrihet enligt e-handelslagen? — En oklar rättsfråga

E-handelslagen (2002:562) erbjuder leverantörer av informations-samhällets tjänster en så kallad ”safe-harbor”.<sup>38</sup> I syfte att uppmuntra

<sup>36</sup> Se Boyle 2008, s. 15.

<sup>37</sup> Jfr generaladvokat Cruz Villalons förslag till avgörande i mål C-70/10 ovan.

<sup>38</sup> E-handelslagen bygger på 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.

utveckling av ny informationsteknologi och nya informationsteknologiska affärsmodeller erbjuds tjänsteleverantörer ansvarsfrihet ”i vissa fall”. (Se 16–19 §§ e-handelslagen.)<sup>39</sup>

E-handelslagens definition av ”informationssamhällets tjänster” lyder: ”tjänster som normalt utförs mot ersättning och som tillhandahålls på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare.” (Se 2 § e-handelslagen.) Tjänsteleverantör i e-handelslagens mening är: ”fysisk eller juridisk person som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster.” (Se 2 § e-handelslagen.)

I likhet med tingsrätten anser hovrätten att TPB är att betrakta som en leverantör av informationssamhällets tjänster och därmed omfattas av e-handelslagen.<sup>40</sup> Därmed blir det nödvändigt att bedöma huruvida förutsättningarna för ansvarsfrihet enligt denna lag är uppfyllda.

Förutsättningarna för ansvarsfrihet enligt e-handelslagen skiljer sig åt beroende på om det är fråga om skadeståndsrättsligt eller straffrättsligt ansvar. Enligt 19 § e-handelslagen ansvarar en leverantör som överför eller lagrar information för brott som avser innehållet i informationen endast om brottet begås uppsåtligen.<sup>41</sup> Hur denna uppsåtsbedömning hanteras i hovrätten har analyserats ovan i avsnitt 3. I det följande ska förutsättningarna för skadeståndsrättslig ansvarsfrihet behandlas.

### *5.1 Förutsättningarna för skadeståndsrättslig ansvarsfrihet*

En leverantör av informationssamhällets tjänster ska för det första åtnjuta ansvarsfrihet i skadeståndsrättsligt hänseende om leverantören enbart vidarebefordrar eller erbjuder tillgång till information (”mere conduit”). För att leverantören ska omfattas av ansvarsfriheten krävs att leverantören inte (i) initierar överföringen, (ii) väljer ut mottagaren av informationen, eller, (iii), väljer ut eller ändrar informationen. (Se 16 § e-handelslagen.)

Ansvarsfrihet enligt e-handelslagen omfattar för det andra så kallade cachnings-tjänster. Detta innebär att leverantören inte ska ansvara för innehållet i automatisk, mellanliggande och tillfällig lagring av information som sker endast för att underlätta överföring av information till andra tjänstemottagare. Vidare krävs bland annat att leverantören inte ändrar informationen samt att leverantören tillämpar

<sup>39</sup> E-handelsdirektivets, och därmed även e-handelslagens, grundläggande syfte är givetvis (liksom all annan EU-lagstiftning) att bidra till ”an ever closer union”. I direktivets ingresspunkt 1 anges: ”Utvecklingen av informationssamhällets tjänster inom området utan inre gränser är av avgörande betydelse för att undanröja de hinder som skiljer de europeiska folken åt.” I ingressens andra punkt anges: ”Den elektroniska handelns utveckling inom informationssamhället erbjuder betydande sysselsättningsmöjligheter i gemenskapen, i synnerhet i små och medelstora företag, och kommer att bidra till ekonomisk tillväxt och europeiska företags investeringar i innovation samt kan öka den europeiska industrins konkurrenskraft.”

<sup>40</sup> Se Hovrättsdomen, s. 29.

<sup>41</sup> Upphovsrättsintrång är annars ett brott som är straffbart redan vid grov oakt-samhet. (Se 53 § upphovsrättslagen.)



inom branschen vedertagna regler för uppdatering av informationen. (Se 17 § e-handelslagen.)

Slutligen fritas leverantören också från skadeståndsrättsligt ansvar för värdtjänster. Leverantören är inte ansvarig för innehållet i lagrad information förutsatt att leverantören: ”1. inte känner till att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer och, när det gäller skyldighet att ersätta skada, inte är medveten om fakta eller omständigheter som gör det uppenbart att den olagliga informationen eller verksamheten förekommer, eller 2. så snart han får sådan kännedom eller medvetenhet utan dröjsmål förhindrar vidare spridning av informationen”. (Se 18 § e-handelslagen.)

En första fråga är om det i princip ska vara möjligt att vara tjänsteleverantör i e-handelsdirektivets mening utan att omfattas av någon av ansvarsfrihetskategorierna. Hovrätten besvarar denna principiella fråga jakande och konstaterar samtidigt att TPB är att betrakta som just en sådan tjänsteleverantör.

5.1.1 Enligt hovrätten är TPB visserligen en tjänsteleverantör i e-handelsdirektivets mening men omfattas inte av någon av ansvarsfrihetskategorierna

Med hänvisning till EU-domstolens dom i förenade målen C-236/08-C-238/08 *Google France SARL och Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier SA m.fl.* konstaterar hovrätten att det är fullt möjligt att vara en tjänsteleverantör i e-handelsdirektivets, och därmed även e-handelslagens, mening utan att innefattas i någon av de kategorier — enbart överföring, cachning eller värd — som ges ansvarsfrihet i skadeståndsrättsligt hänseende. TPB är enligt hovrätten en tjänsteleverantör av just detta slag:

”Tjänsten TPB har bl.a. omfattat en möjlighet att ladda upp och lagra torrentfiler, en databas och en trackerfunktion. Det har således inte varit fråga om en ren överföringstjänst och inte heller cachning. Däremot motsvarar TPB i vissa avseenden sådana värdtjänster som avses i 18 § e-handelslagen. Denna ansvarsfrihetsbestämmelse tar sikte på ansvar för innehållet i lagrad information. Skadeståndsanspråket grundar sig emellertid inte på ansvar för innehållet i den information som lagrats på TPB:s hemsida utan på att de funktioner som tillhandahållits har främjat användarnas upphovsrättsliga förfoganden. Tjänsten kan därför inte anses omfattas av någon av bestämmelserna i 16–18 §§ e-handelslagen.”<sup>42</sup>

Att det i princip ska vara möjligt att vara tjänsteleverantör i e-handelsdirektivets, och därmed även e-handelslagens, mening utan att innefattas i någon av de kategorier som kan ges ansvarsfrihet är ett möjligt synsätt.<sup>43</sup> Att betänka är dock e-handelsdirektivets syfte att bi-

<sup>42</sup> Se Hovrättsdomen, s. 49.

<sup>43</sup> Det måste dock understrykas att man genom att öppna för en sådan systematik med en fjärde ”slaskkategori” av tjänster riskerar att allt färre av informationssamhällets tjänster får skydd enligt e-handelsdirektivet allteftersom ny teknik utvecklas.

dra till en bättre fungerande gemensam marknad genom att skapa goda förutsättningar för tillhandahållandet och utvecklingen av informationssamhällets tjänster. Ansvarsfrihet för de aktörer som ägnar sig åt enbart överföring av information, cachning respektive värdtjänster kan antas vara en betydelsefull komponent i förverkligandet av detta syfte.<sup>44</sup> Mot bakgrund av detta syfte framstår det som betydelsefullt att direktivets ansvarsfrihetskriterier inte tolkas alltför snävt, i synnerhet inte i sammanhang där vi har att göra med teknologier, affärsmodeller och andra företeelser som rimligtvis inte kunde förutses av dem som en gång skrev direktivet. (Vilket kanske också delvis kan förklara varför ansvarsfrihetskategorierna i dag kan upplevas som något snäva.)<sup>45</sup>

Oavsett hur man ställer sig i frågan om det ska vara möjligt att klassificeras som leverantör av informationssamhällets tjänster utan att nödvändigtvis omfattas av någon av de kategorier som kan ge ansvarsfrihet, och i vilken mån *Google France och Google mot Louis Vuitton* ska anses ge uttryck för detta, så är det ett faktum att *Google France och Google mot Louis Vuitton* innehåller betydligt fler för TPB-målet intressanta aspekter än vad som framkommer i hovrättens domskäl.<sup>46</sup>

### 5.1.2 Google France och Google mot Louis Vuitton

För det första finns det vissa likheter mellan Googles agerande i *Google France och Google mot Louis Vuitton* och det agerande som i TPB-målet hölls emot TPB. Vad Google hade gjort var att sälja reklamlänkar till aktörer som ägnade sig åt piratkopiering av bland annat Louis Vuitton-artiklar. Försäljningen ägde rum inom ramen för en avgiftsbelagd söktjänst benämnd AdWords. Genom AdWords kan näringsidkare få

Därmed skulle den safe-harbor-garanti som avser att minimera risk och osäkerhet kring framtagandet av nya tjänster på sikt möjligen förfelas. Se även följande not.

<sup>44</sup> I motiven till e-handelslagen uttrycks detta enligt följande: "Ett syfte med bestämmelserna [om ansvarsfrihet] är att säkerställa att mellanhänderna inte drabbas av ett orimligt stort ansvar, vilket riskerar att hämma utvecklingen av informationssamhällets tjänster. Ett annat är att öka tryggheten och rättssäkerheten samt att avlägsna hinder för den fria rörligheten för tjänsterna genom att ha tydliga och framför allt gemensamma regler på den inre marknaden." (Se prop. 2001/02:150, s. 87.)

<sup>45</sup> Se även den diskussion kring tolkningen av ansvarsfrihetskriterierna som förs av generaladvokat Jääskinen i hans förslag avseende mål C-324/09 *L'Oréal SA Lancôme parfums et beauté & Cie Laboratoire Garnier & Cie L'Oréal (UK) Limited mot eBay International AG eBay Europe SARL eBay (UK) Limited*, p. 136: "It could be argued that provisions concerning liability in Articles 12, 13 and 14 of Directive 2000/31 should be construed as exceptions to liability and thus be interpreted narrowly. In my opinion this is not necessarily the case, because in many Member States the liability of a service provider in the situations referred to in these articles would be excluded because of the lack of subjective fault. Thus these provisions are better qualified as restatements or clarifications of existing law than exceptions thereto".

<sup>46</sup> Att *Google France och Google mot Louis Vuitton* rent allmänt är en dom av stor betydelse för tillämpningen av e-handelsdirektivets värdtjänstkategori framhålls av Riis: "Det er den første afgørelse EU-Domstolen har truffet om fortolkning af e-handelsdirektivets art. 14, og alene af den grund påkalder dommen sig interesse." (Se Riis, Thomas, *Søgeordsbaseret reklamering og EU-Domstolens afgørelse i de forenede sager C-236/08-C-238/08 (Google AdWords)*, NIR 2010:3, s. 261.)

en reklamlänk till sin webbplats. Reklamlänken kopplas till ett eller flera, av näringsidkaren valda, sökord och visas tillsammans med ett kort reklammeddelande under rubriken "Sponsrade länkar". Louis Vuitton Malletier SA stämde Google France SARL för varumärkesintrång. I de båda underrätterna i Paris förlorade Google och överklagade därför till Cour de cassation, som beslutade att vilandeförklara målet och hänskjuta ett antal tolkningsfrågor till EU-domstolen. Tolkningsfrågorna gällde bland annat huruvida ett agerande av det slag som Google hade gjort sig skyldigt till var att betrakta som varumärkesintrång i varumärkesdirektivets (89/104) mening samt huruvida en söktjänst på Internet ska omfattas av ansvarsbegränsningen i artikel 14 i e-handelsdirektivet.

EU-domstolen konstaterade att ett agerande såsom Googles inte utgör ett varumärkesintrång:

"Att skapa de tekniska förutsättningar som krävs för att använda ett kännetecken och få betalt för denna tjänst innebär inte att den som tillhandahåller tjänsten själv använder kännetecknet i fråga."<sup>47</sup>

I frågan om leverantörens roll när denne ger sin kund möjligheten att begå varumärkesintrång, så hänvisar EU-domstolen till att detta avgörs av nationella regler (om medverkan till brott, bland annat, får man anta) samt indirekt även av tillämpningen och tolkningen av ansvarsfrihetsreglerna i e-handelsdirektivet.<sup>48</sup> Avseende tillämpningen och tolkningen av de sistnämnda konstaterade EU-domstolen att:

"enbart den omständigheten att söktjänsten är avgiftsbelagd, att Google beslutar om hur betalningen ska gå till eller att Google ger allmänna upplysningar till sina kunder inte kan innebära att Google ska nekas de undantag från ansvar som fastställs i direktiv 2000/31. Det faktum att det valda sökordet överensstämmer med det sökord som Internetanvändaren skriver in är inte heller det tillräckligt i sig för att anse att Google har kännedom om eller kontroll över de uppgifter som annonsörerna lägger in i systemet och som Google sparar på sin server. Vad som däremot är av betydelse i samband med den bedömning som avses ovan i punkt 114 [det vill säga bedömningen huruvida ansvarsfrihetsgrunden värdtjänst ska tillämpas] är vilken roll Google utövar vid redigeringen av det reklammeddelande som åtföljer reklamlänken eller vid bildandet och valet av sökord."<sup>49</sup>

Att det föreligger vissa likheter med förutsättningarna i TPB-målet är uppenbart. Liksom Google underlättar TPB immaterialrättsintrång genom att tillhandahålla ett system för länkar. (Till skillnad från Google tar TPB dock inte direkt betalt för tillhandahållandet av länkarna.) Utnyttjandet av länkarna underlättas genom tillhandahållan-

<sup>47</sup> Se Google France och Google mot Louis Vuitton, p. 57.

<sup>48</sup> Se Google France och Google mot Louis Vuitton, p. 57 med hänvisning till p. 107.

<sup>49</sup> Se Google France och Google mot Louis Vuitton, p. 116–118.

det av en söktjänst. Endast detta är enligt EU-domstolen som sagt inte nog för att utesluta tillämpning av artikel 14 i e-handelsdirektivet:

”Det faktum att det valda sökordet överensstämmer med det sökord som Internetanvändaren skriver in är inte heller det tillräckligt i sig för att anse att Google har kännedom om eller kontroll över de uppgifter som annonserna lägger in i systemet och som Google sparar på sin server.”<sup>50</sup>

Det krävs som sagt att ytterligare moment tillkommer:

“Vad som däremot är av betydelse i samband med den bedömning som avses ovan i punkt 114 [det vill säga bedömningen huruvida ansvarsfrihetsgrunden värdtjänst ska tillämpas] är vilken roll Google utövar vid redigeringen av det reklammeddelande som åtföljer reklamlänken eller vid bildandet och valet av sökord.”<sup>51</sup>

Mot bakgrund av EU-domstolens resonemang i *Google France och Google mot Louis Vuitton* framstår det som mindre lyckat att, såsom hovrätten gör, utdefiniera TPB från värdtjänstkategorin på grund av att:

“Skadeståndsanspråket grundar sig emellertid inte på ansvar för innehållet i den information som lagrats på TPB:s hemsida utan på att de funktioner som tillhandahållits har främjat användarnas upphovsrättsliga förfoganden.”<sup>52</sup>

Det är just tillhandahållandet av en funktion EU-domstolen behandlar i *Google France och Google mot Louis Vuitton*.<sup>53</sup>

Även om TPB skulle anses kunna omfattas av värdtjänstkategorin trots att skadeståndsanspråket grundar sig på de funktioner som tillhandahållits, så avgör det emellertid inte frågan om ansvarsfrihet som värdtjänst i e-handelslagens mening. Det krävs som sagt även att leverantören inte känner till att det förekommer olaglig information eller verksamhet, eller så snart han får sådan kännedom utan dröjsmål för-

<sup>50</sup> Se *Google France och Google mot Louis Vuitton*, p. 117.

<sup>51</sup> Se *Google France och Google mot Louis Vuitton*, p. 118.

<sup>52</sup> Se Hovrättsdomen, s. 49.

<sup>53</sup> Se även Riis 2010, s. 261–262 som framhåller att: “Domstolen har fået præciseret ansvarsfritagelsen i e-handelsdirektivets art. 14 i visse henseender. Det fremgår nu, at ”oplagring” i art. 14’s forstand omfatter andet og mere end 100 procent statisk lagring på formidlerens server. De søgeord, som annoncøren vælger, bliver jo ikke blot lagret på Googles server, men anvendes af AdWords-programmet til at generere reklamer. Endvidere står det nu klart, at en eventuel betaling fra tredje-mand til formidleren er et irrelevant forhold.” Hovrättens försök att utdefiniera TPB från värdtjänstkategorin framstår som mindre lyckat även av andra anledningar än att det inte riktigt går ihop med EU-domstolens synsätt. Att säga att värdtjänstkategorin inte är tillämplig eftersom skadeståndsanspråket inte grundar sig på innehållet i informationen utan på att de *tillhandahållna funktionerna* har främjat upphovsrättsintrång är att blanda ihop äpplen och päron. Det är knappast grunderna för skadeståndsanspråket som ska styra huruvida e-handelslagens kategorier ska vara tillämpliga, utan den tillhandahållna tjänstens reella karaktär. Och denna karaktär har hovrätten faktiskt bara några meningar innan det nämnda resonemanget beskrivit som att TPB tillhandahållit en möjlighet att ladda upp och lagra torrentfiler, en databas och en trackerfunktion.

hindrar vidare spridning av informationen. (Se 18 § e-handelslagen.) Frågan är dock om den information som återfanns på TPB, det vill säga användarlänkarna, ska betraktas som olaglig i sig? Vad det handlar om är som sagt länkar till en mängd fragment av upphovsrättskyddade verk som är lagrade på annat håll i cyberrymden. Det skulle därmed inte finnas någon olaglig information som TPB kan förhindra spridningen av. (Jfr 18 § 1 p. och 2 p. e-handelslagen.) Detta i kombination med att, i enlighet med *Google France och Google mot Louis Vuitton*, tillhandahållandet av en länkfunktion som av andra aktörer utnyttjas för immaterialrättsintrång i sig inte utesluter tillämpning av ansvarsfrihetskategorin värdtjänst skulle i så fall tala för att TPB borde omfattas av ansvarsfrihet som värdtjänst enligt e-handelslagen.

Man kan konstatera att hovrätten nog tyvärr krånglar till det lite för sig.<sup>54</sup> Om man nu inte önskar ge TPB ansvarsfrihet som värdtjänst enligt e-handelslagen varför inte helt enkelt besluta att länkar inte ska anses utgöra lagrad information i e-handelslagens mening. Därmed skulle TPB ej vara att klassificera som värdtjänst.<sup>55</sup> Ytterligare en möjlighet hade varit att utveckla hur TPB:s agerande har inneburit att TPB-tjänsten inte har varit tillräckligt automatisk och passiv för att omfattas av ansvarsfriheten.<sup>56</sup> Hursomhelst framstår frågan om tillämpningen av värdtjänstkategorin som långt ifrån fullständigt uppenbar. Därmed kan det konstateras att det knappast hade varit felaktigt av hovrätten att i denna del skicka en förfrågan om förhandsbesked till EU-domstolen.<sup>57</sup> Detsamma kan, som vi kommer att se nedan, sägas om tillämpningen av ansvarsfrihetskategorin enbart överföring.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> Jfr hur Rosén & Asp 2011, s. 108 menar att hovrätten krånglar till det för sig i samband med frågan om svensk lags tillämplighet.

<sup>55</sup> Se vidare Schollin, K., *Illicit File Sharing and Intermediary Services within the Framework of the E-commerce Directive*, i *Swedish Studies in European Law*, Vol. 3, 2008, s. 235. Detta hade dock såklart medfört att det hade framstått som ännu mer inkonsekvent att skriva bort möjligheten att tillämpa kategorin enbart överföring. Se vidare 5.1.3 nedan.

<sup>56</sup> På samma sätt som Riis 2010, s. 261 menar att Googles eventuella ansvar för sina kunders immaterialrättsintrång med hjälp av Adwords måste avgöras: "Det må antages, at søgeordsværktøjet er et af de forhold, som en national domstol skal lægge vægt på i vurderingen af, om Googles udbud af AdWords udelukkende er en teknisk, automatisk og passiv aktivitet." Se dock generaladvokat Jääskinens yttrande avseende mål C-324/09 och den kritik som där framförs mot synsättet att artikel 14 e-handelsdirektivet ska tolkas mot bakgrund av p. 42 i preambeln med dess krav på "teknisk, automatisk och passiv".

<sup>57</sup> Någon skyldighet för hovrätten att begära förhandsavgörande från EU-domstolen förelåg som bekant sannolikt inte. Endast nationell domstol mot vars avgöranden det inte finns några rättsmedel är skyldig att begära tolkningsbesked, såvida inte "den ifrågavarande gemenskapsrättsliga bestämmelsen redan har blivit föremål för en tolkning från EG-domstolens sida eller att den korrekta tolkningen av gemenskapsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel". (Se mål 283/81 *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA mot Ministry of Health*, p. 21.) Återigen kan en parallell till *Google France och Google mot Louis Vuitton* vara på sin plats. Inte heller i detta fall begärde de båda underrätterna förhandsbesked. Det gjorde däremot Cour de cassation.

<sup>58</sup> Att ansvarsfrihetskategorin cachetjänst inte är tillämplig bör knappast vara kontroversiellt. TPB är helt enkelt något annat än det som avses med cachning; ett till

### 5.1.3 Enbart överföring

I likhet med tingsrätten lade hovrätten som sagt avgörande vikt vid att TPB erbjöd användarna "en möjlighet att ladda upp och lagra torrentfiler, en databas och en trackerfunktion".<sup>59</sup> Detta kan onekligen vid första anblick tyckas peka i riktning mot att TPB inte ska innefattas i kategorin enbart överföring. Mot bakgrund av att torrentteknologin inte är något annat än en metod för användare att hitta varandra och dela fragment av olika, i många fall visserligen upphovsrättsligt skyddade, verk, så är hovrättens slutsats knappast på något sätt alldeles självklar. Detta har också uppmärksammats i den internationella diskussionen:

"the files being stored are not copyright-protected information or works. Instead, they are user-created torrent files that simply direct Internet traffic. ... the files on The Pirate Bay do not point directly to copyrighted movies, for example. Rather, they point to torrent trackers, which connect users to swarms of other users who may have bits and pieces of copyrighted movies. Thus, technically, the only information transmitted through The Pirate Bay is the location of other users who have bits and pieces of a particular file that a user wants to download. There is no previous authority on whether this filetype distinction matters, but should an appellate court find the difference to be important, the mere conduit safe harbor may relieve The Pirate Bay of liability."<sup>60</sup>

Torrentfiler benämns som sagt användarlänkar i denna artikel.<sup>61</sup> Huruvida tillhandahållandet av en användarskapad samling av länkar av detta slag, det vill säga i princip en mötesplats för användarna, ska anses utgöra något annat än enbart överföring av information i direktivets mening måste anses utgöra en öppen fråga. TPB:s administratörer förhåller sig i varje fall passiva till länksamlingen i jämförelse med aktörer som Google, vilka aktivt sammanställer sina länkar. Det är alltså direkt felaktigt att påstå att TPB:s administratörer själva indexerar användarlänkarna. Slutsatsen av detta är att det inte heller i detta avseende hade varit fel av hovrätten att begära ett förhandsavgörande av EU-domstolen.

## 6 Avslutning

I januari 2011 prövades Googles bildsöktjänst i Cour d'appel de Paris. Tjänsten innebär att användare på Internet med hjälp av sökord lätt kan söka efter bilder, få en sammanställning med bilder i tumnagelsformat samt ladda ner dem i hög upplösning. Franska föreningen för fotografer och bildkonstnärer stämde Google för upphovsrättsintrång. Rätten fann dock med ledning av den franska implemente-

fälligt lagrande av textfilm eller musik för att uppnå ett effektivt utnyttjande av nätverksresurser.

<sup>59</sup> Se Hovrättsdomen, s. 49.

<sup>60</sup> Se Bassett 2010, s. 88–89.

<sup>61</sup> Se avsnitt 2 ovan.

ringen av e-handelsdirektivet att så länge Google förhåller sig passiva och saknar kunskap och kontroll över den information som flödar till användarna genom tjänsten, så skulle de inte hållas ansvariga.<sup>62</sup>

Vem skulle för bara några år sedan ha kunna tro att man med endast ett par enkla sökord skulle kunna få fotografier och videoinnehåll från hela världen tillgängliggjorda? Marknaden, samhället och världen som helhet utvecklas sannerligen med halsbrytande fart i dessa avseenden. Bedömningar av informationstjänsters sociala adekvans, bristande gärningsculpa och e-handelslagens omfattning blir med nödvändighet svåra normativa bedömningar som inte kan undgå att handla om att med ödmjukhet blicka mot framtiden. Det kan tänkas att vissa tjänster endast är destruktiva, men i många fall är bilden betydligt mer mångfacetterad. Det gäller att försöka se till att de rättskonstruktioner som framtolkas är väl balanserade och inte stannar vid att skydda de tjänster och de tekniker som redan är etablerade utan också lämnar rum för det som kan bli framtidens etablissemang.

TPB är det första svenska mål där frågan om medhjälp till upphovsrättsintrång för tillhandahållare av nätbaserade mötes- och söktjänster har prövats. Det kan vara frestande att se domen mot TPB som ett ensaka fall där ett antal fähundar med opassande attityd fälls utan några som helst ytterligare efterverkningar. Detta är naturligtvis felaktigt. De konsekvenser som den slutgiltiga bedömningen i fallet TPB kan tänkas få för andra informationstjänster bör inte underskattas. Bedömningen i TPB-målet lär bli relevant inte bara för rena marknadsaktörer utan även för allmänt samhällsinriktade sådana som sysslar med tillgängliggörande av information i alla dess former. Det är av största vikt att prövningen blir så allsidig och genomtänkt att den kan ge ledning i de framtida mål gentemot andra informationstjänster och tekniker som med all säkerhet väntar bakom horisonten.

<sup>62</sup> Cour d'appel de Paris, den 26 januari 2011. *La Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe (SAIF) c/ SARL Google France et Sté Google Inc.*