

P M

PM rörande SUNET, Datalagringsdirektivet och IPRED-direktivet

1. SYFTE

SUNET (Swedish University Computer Network) är en gemensam organisation och infrastruktur för främst universitet och högskolor med uppgift att tillgodose deras behov av nationell och internationell datakommunikation. Vetenskapsrådet ansvarar för att SUNET drivs enligt de riktlinjer som regeringen har fastlagt. SUNET finansieras av statsanslag och avgifter från anslutna organisationer. Denna PM utgår i huvudsak från den information om SUNET som i skrivande stund varit tillgänglig på www.sunet.se.

Syftet med denna PM är att klargöra vilken direkt påverkan det svenska förslaget till genomförandet av direktiv (2006/24/EG) om lagring av trafikuppgifter ("datalagringsdirektivet")¹ och de svenska lagändringarna som skett för att implementera direktiv 2004/48/EG om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter ("IPRED-direktivet")² har på SUNET.

2. SAMMANFATTANDE SLUTSATSER

- SUNET omfattas sannolikt inte av det lagförslag som Trafikdatautredningen presenterat för att implementera datalagringsdirektivet i Sverige. Anledningen är att SUNET inte utgör ett allmänt kommunikationsnät eftersom SUNET dels inte tillhandahålls öppet på marknaden och enbart är tillgängligt till en på förhand avgränsad användargrupp, och dels att SUNET inte tillhandahålls mot ersättning så som detta begrepp preciserats i förarbetena till lag (2003:389) om elektronisk kommunikation ("LEK").
- Enligt uppgifter i ett arbetsmaterial (utkast till lagrådsremiss) som läckt ut i media kommer regeringens lagförslag för att implementera datalagringsdirektivet i Sverige att innehålla samma avgränsning (när det gäller kretsen av lagringsskyldiga) som Trafikdatautredningens förslag.
- När det gäller reglerna om informationsföreläggande som intagits i de svenska immaterialrättslagarna som en del av implementeringen av IPRED-direktivet gäller följande. SUNET är skyldig att lämna information om det finns sannolika skäl att anta att SUNET i sin egen verksamhet begår eller medverkar till intrång.

¹ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:SV:PDF>

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:157:0045:0086:SV:PDF>

SUNET är däremot inte skyldig att lämna information enligt regeln att information skall lämnas av den som ”i kommersiell skala har tillhandahållit en elektronisk kommunikationstjänst eller en annan tjänst som har använts vid intrånget eller överträdelsen”. Anledningen är att SUNET inte tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster eller andra tjänster i kommersiell skala så som begreppet definieras i ingressen till IPRED-direktivet.

- EU-domstolen kommer att pröva de svenska reglerna om informationsföreläggande står i strid med datalagringsdirektivet och EU-domstolens avgörande kan komma att leda till att reglerna måste ändras.
- Vad som gäller för SUNET enligt ovan gäller sannolikt även de flesta av de organisationer som är anslutna till SUNET. För att närmare avgöra om en enskild organisation omfattas krävs emellertid en närmare analys av den aktuella organisationens inriktning och verksamhet.

3. BAKGRUND

Den 24 oktober 1995 antogs direktiv (95/46/EG) om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (”dataskyddsdirektivet”).³

Dataskyddsdirektivet, preciserar för EU:s vidkommande Europakonventionens⁴ skydd för privatlivet såvitt gäller behandling av personuppgifter, och implementerades i Sverige genom personuppgiftslagen (1998:204).⁵ Dataskyddsdirektivet och personuppgiftslagen stadgar att personuppgifter generellt inte skall behandlas (t.ex. lagras) längre än nödvändigt med hänsyn till ändamålet med behandlingen. Vad som är nödvändigt bestäms av speciallagstiftning eller utifrån god sed på det aktuella området.

Direktiv (2002/58/EG), om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation⁶, preciserar vad som gäller inom elektronisk kommunikation. Direktivet implementeras i Sverige genom LEK som ersätter telelagen från 1993.

Direktiv (2002/58/EG) och LEK tillåter i korthet att personuppgifter/trafikuppgifter behandlas/lagras i den omfattning som krävs för att vidarebefordra meddelanden (inklusive säkerhetsåtgärder m.m.) samt för abonnentfakturer och betalning av avgifter för samtrafik. Enligt artikel 15 i direktiv (2002/58/EG) får medlemsstaterna genom lagstiftning i viss utsträckning begränsa omfattningen av de rättigheter och

³ http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=sv&numdoc=31995L0046&model=guichett

⁴ http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1009F7DB-87E3-4056-8E17-8A8A41768BA7/0/SWE_CONV.pdf

⁵ <https://lagen.nu/1998:204>

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:SV:PDF>

skyldigheter som ges i direktivet. Exempelvis får proportionella regler kring lagring av trafikuppgifter införas i syfte att främja avslöjande av brott och åtal för brott.

4. DATALAGRINGS-DIREKTIVET (2006/24/EG)

Den 15 mars 2006 antogs datalagringsdirektivet. Bakgrunden var framför allt terrordåden i New York, Madrid och London. Datalagringsdirektivet syftar till att harmonisera lagstiftningen inom EU och att säkerställa att uppgifter om kommunikation med fast och mobil telefoni, Internetåtkomst, e-post och Internettelefoni lagras så att de brottsbekämpande myndigheterna kan få tillgång till uppgifterna. Däremot får inte innehållet i en kommunikation, t.ex. ett telefonsamtal eller e-postmeddelande, lagras eller avslöjas för myndigheterna.

I november 2007 lade Trafikuppgiftsutredningen fram sitt betänkande SOU 2007:76.⁷ Trafikuppgiftsutredningen hade uppdraget att föreslå hur datalagringsdirektivet skulle genomföras i svensk rätt.

Trafikuppgiftsutredningen föreslog att trafikuppgifterna skulle lagras i ett år hos operatörerna. Förslaget innebar också att operatörerna inte skulle få använda trafikuppgifterna för egna syften och måste utplåna uppgifterna omedelbart efter den ettåriga lagringstiden.

Till skydd för enskildas integritet föreslog Trafikuppgiftsutredningen att operatörerna skulle genomföra olika tekniska och organisatoriska åtgärder för att minska risken för att trafikuppgifter används eller sprids på ett felaktigt sätt.

Enligt Trafikuppgiftsutredningen skulle operatörerna stå för kostnaderna för lagringen medan myndigheterna skulle ersätta operatörerna för kostnader när uppgifter lämnas ut i enskilda ärenden. Utredningen föreslog att lagen skulle träda i kraft den 1 januari 2009.

Trafikuppgiftsutredningen förslag mötte, och möter alltjämt, hårt politiskt motstånd varför regeringens lagförslag fördröjdes i flera omgångar. Den 4 februari 2010 fälldes slutligen Sverige av EU-domstolen för fördragsbrott.⁸

Enligt den propositionsförteckning⁹ som regeringen presenterade den 6 oktober 2010 i samband med regeringsförklaringen kommer ett lagförslag att presenteras under december 2010.

Uppgifter i media hävdar att förslaget bland annat kommer att innehålla en lagringstid om 6 månader i stället för 1 år.

⁷ <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/09/15/21/2f8c7424.pdf>

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:080:0006:0006:SV:PDF>

⁹ <http://www.regeringen.se/sb/d/12629/a/152941>

Enligt propositionsförteckningen ovan skall även den så kallade polismetodutredningen presentera ett lagförslag i december 2010 som reglerar under vilka omständigheter brottsbekämpande myndigheter får ta del av den lagrade informationen.

4.1 Vilken information skall sparas?

Enligt datalagringsdirektivets artikel 5 (1) skall följande information sparas:

a) Uppgifter som är nödvändiga för att spåra och identifiera en kommunikationskälla:

1. Telefoni i fasta nät och mobil telefoni:

i) Det uppringande telefonnumret.

ii) Abonnentens eller den registrerade användarens namn och adress.

2. Internetåtkomst, Internetbaserad e-post och Internettelefoni:

i) Tilldelade användar-ID.

ii) Användar-ID och telefonnummer vilka tilldelats kommunikationen i det allmänna telenätet.

iii) Namn på och adress till den abonnent eller registrerade användare som IP-adressen (Internet Protocol), användaridentiteten eller telefonnumret tilldelades vid tidpunkten för kommunikationen.

b) Uppgifter som är nödvändiga för att identifiera slutmålet för en kommunikation:

1. Telefoni i fasta nät och mobil telefoni:

i) Det eller de nummer som slagits (det eller de uppringda telefonnumren), och, i fall som berör tilläggstjänster såsom omstyrning och överflyttning av samtal, det eller de nummer till vilket eller vilka som samtalet styrs.

ii) Abonnentens (abbonenternas) eller den eller de registrerade användarnas namn och adress.

2. Internetbaserad e-post och Internettelefoni:

i) Användar-ID eller telefonnummer som tilldelats den eller de avsedda mottagarna av ett Internettelefonsamtal.

ii) Namn på och adress till abonnenten (abbonenterna) eller den eller de registrerade användarna och det användar-ID som tilldelats den avsedda mottagaren av kommunikationen.

c) Uppgifter som är nödvändiga för att identifiera datum, tidpunkt och varaktighet för en kommunikation:

1. Telefoni i fasta nät och mobil telefoni: datum och tid då kommunikationen påbörjades och avslutades.

2. Internetåtkomst, Internetbaserad e-post och Internettelefoni:

i) Datum och tid för på- respektive avloggning i Internetåtkomsttjänsten inom en given tidszon tillsammans med IP-adressen, oavsett om den är dynamisk eller statisk, som en kommunikation tilldelats av Internetåtkomstleverantören till en kommunikation och abonnents eller registrerad användares användar-ID.

ii) Datum och tid för på- respektive avloggning i den Internetbaserade e-posttjänsten eller Internettelefontjänsten inom en given tidszon.

d) Uppgifter som är nödvändiga för att identifiera typen av kommunikation.

1. Telefoni i fasta nät och mobil telefoni: Den telefonitjänst som används.

2. Internetbaserad e-post och Internettelefoni: Den Internettjänst som används.

e) Uppgifter som är nödvändiga för att identifiera användarnas kommunikationsutrustning, eller den utrustning som de tros ha använt.

1. Telefoni i fasta nät: det uppringande och det uppringda telefonnumret.

2. Mobil telefoni:

i) Det uppringande och det uppringda telefonnumret.

ii) Den uppringande partens IMSI (International Mobile Subscriber Identity).

iii) Den uppringande partens IMEI (International Mobile Equipment Identity).

iv) Den uppringda partens IMSI.

v) Den uppringda partens IMEI.

vi) Vid förbetalda anonyma tjänster, datum och tid för den första aktiveringen av tjänsten och den lokaliseringsbeteckning (cell-ID) från vilken tjänsten aktiverades.

3. Internetåtkomst, Internetbaserad e-post och Internettelefon:

i) Det uppringande telefonnumret för uppringda förbindelser.

ii) DSL (Digital Subscriber Line) eller annan slutpunkt för kommunikationens avsändare.

f) Uppgifter som är nödvändiga för att identifiera lokaliseringen av mobil kommunikationsutrustning.

1. Lokaliseringsbeteckning (cell-ID) för kommunikationens början.

2. Uppgifter som identifierar cellernas geografiska placering genom referens till deras lokaliseringsbeteckning (cell-ID) under den period som kommunikationsuppgifterna lagras.

Utöver dessa uppgifter föreslår Trafikuppgiftsutredningen för svenskt vidkommande att även följande uppgifter skall lagras:

- lokalisering vid kommunikationens slut avseende mobil telefoni, och
- uppgifter vid misslyckad uppringning.

Enligt datalagringsdirektivet och Trafikutredningens förslag skall den enskilde leverantören lagra enbart sådana uppgifter som denne någon gång genererar eller behandlar. Det finns med andra ord ingen skyldighet att skaffa sig alla de uppgifter som lagringsskyldigheten omfattar.

Angående vilka uppgifter som kan begäras ut av myndigheterna skriver Trafikuppgiftsutredningen följande: ”De trafikuppgifter som lagringsskyldigheten omfattar är ingen uttömmande uppräknning av de uppgifter som de brottsbekämpande myndigheterna kan få ut vid hemlig teleövervakning eller enligt lagen om elektronisk kommunikation. Skulle andra uppgifter finnas hos leverantören ska de lämnas ut till de brottsbekämpande myndigheterna när det finns förutsättningar för det enligt rättegångsbalken eller lagen om elektronisk kommunikation.”

4.2 Vilka är skyldiga att lagra information?

Enligt artikel 3 (1) datalagringsdirektivet skall uppgifter lagras av ”leverantörer av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät inom statens territorium i samband med att leverantörerna levererar de kommunikationstjänster som berörs.”

Trafikuppgiftsutredningen föreslår följande rörande kretsen av lagringspliktiga.

”Vi bedömer att det mest lämpliga är att låta skyldigheten att lagra trafikuppgifter ansluta till anmälningsplikten i 2 kap. 1 § LEK.

Av 2 kap. 1§ LEK framgår:

”Allmänna kommunikationsnät av sådant slag som vanligen tillhandahålls mot ersättning eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster får endast tillhandahållas efter anmälan till den myndighet som regeringen bestämmer (tillsynsmyndigheten).”

Trafikuppgiftsutredningen föreslår vidare att Post- och telestyrelsen (”PTS”) får ansvaret för att tolka bestämmelsen ovan och på sikt utmejsla gränserna för kretsen av lagringsskyldiga.

”Eftersom vi föreslår att skyldigheten att lagra trafikuppgifter ska följa med anmälningsplikten blir tolkningen och tillämpningen av 2 kap. 1 § LEK avgörande för vilka som ska vara lagringsskyldiga. Det är till PTS som anmälan ska göras och det blir PTS som i första hand genom sin tillämpning av bestämmelsen får avgöra gränserna för vilka leverantörer som ska vara lagringsskyldiga. I det avseendet är det givetvis av stor vikt att hänsyn tas till den snabba teknikutvecklingen. Bestämmelserna bör inte få en för snäv tillämpning så att färre verksamheter omfattas av lagringsskyldigheten än vad som är avsikten med reglerna om anmälnings- och lagringsskyldigheterna i lagen om elektronisk kommunikation.”

4.3 Utgör SUNET ett elektroniskt kommunikationsnät?

Enligt 1 kap. 4§ LEK gäller lagen ”*elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster med tillhörande installationer och tjänster samt annan radioanvändning*”.

Elektroniska kommunikationsnät definieras i 1 kap. 7§ LEK som ”*system för överföring och i tillämpliga fall utrustning för koppling eller dirigering samt andra resurser som medger överföring av signaler, via tråd eller radiovågor, på optisk väg eller via andra elektromagnetiska överföringsmedier oberoende av vilken typ av information som överförs*”

Det råder ingen tvekan om att SUNET utgör ett elektroniskt kommunikationsnät och således omfattas av LEK:s tillämpningsområde.

4.4 Anmälningsplikt

Direktiv (2002/58/EG) omfattar enligt artikel 3 (1) ”*behandling av personuppgifter i samband med att allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster tillhandahålls i allmänna kommunikationsnät inom gemenskapen.*”

Tillämpningsområdet för Direktiv (2002/58/EG) är således smalare än tillämpningsområdet för LEK eftersom det endast omfattar ”allmänt tillgängliga” kommunikationstjänster respektive ”allmänna” kommunikationsnät.

Huvuddelen av de skyldigheter som följer av LEK träffar dock endast de som är anmälningspliktiga enligt 2 kap. 1§ LEK som lyder ”*Allmänna kommunikationsnät av sådant slag som vanligen tillhandahålls mot ersättning eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster får endast tillhandahållas efter anmälan till den myndighet som regeringen bestämmer (tillsynsmyndigheten).*”

Allmänna kommunikationsnät definieras i 1 kap. 7§ LEK enligt följande ”*elektroniskt kommunikationsnät som helt eller huvudsakligen används för att tillhandahålla allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster*”.

4.5 Allmänt kommunikationsnät

Frågan är om SUNET utgör ett ”allmänt” kommunikationsnät. Det beror på om SUNET enligt 1 kap. 7§ helt eller huvudsakligen tillhandahåller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster.

För vägledning om hur uttrycket ”*allmänt tillgängligt*” skall tolkas hänvisas på sidan 120 i proposition 2002/03:110 ”lag om elektronisk kommunikation m.m.”¹⁰ till den tidigare gällande telelagens förarbeten.

”*I telelagens (1993:597) förarbeten, prop. 1992/93:200 (särskilt s. 88, 91 f. och 99), sägs beträffande teletjänster att ett kännetecken på att ett telenät är allmänt tillgängligt bör vara att det står öppet för en vid krets av användare att ansluta sig till nätet. Att en operatör aktivt värvar kunder på marknaden och därvid erbjuder anslutning på bestämda villkor bör leda till att det nät som skapas blir att anse som allmänt tillgängligt.*”

På sidan 362 i propositionen till LEK utvecklas innebörden av ”*allmänt tillgänglig*” vidare enligt följande.

”*I slutna nät är de tjänster som tillhandahålls bara åtkomliga inom en begränsad grupp och det står alltså inte öppet för en vid krets av användare att ansluta sig till nätet. Slutna nät är t.ex. interna företagsnät och nät inom myndigheter och andra organisationer.*”

”*Det kan röra sig om telefonnät, trådburna datanät, radiobaserade sådana nät, interna kommunikationer för videoöverföring osv. inom företag, myndigheter och andra organisationer.*”

¹⁰ (<http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/1142>)

Vad som närmare avses med ”en vid krets av användare” i förarbetena till telelagen framgår varken av förarbetena till LEK eller tidigare telelagen. För att klargöra frågan publicerade Post- och Telestyrelsen (”PTS”) 2009 en rapport (PTS-ER-2009:12) ” Vilka tjänster och nät omfattas av LEK? En vägledning”.¹¹

På sidan 26 skriver PTS att ”Tjänsten är allmänt tillgänglig om den tillhandahålls öppet på marknaden och inte enbart till en på förhand avgränsad användargrupp.”.

Detta utvecklas vidare på sidan 27 samma rapport, ”enligt PTS uppfattning ska det inte ses som en viss mängd personer. Det antal kunder en tjänst tillhandahålls till kan inte ensamt indikera om tjänsten är allmänt tillgänglig. En tjänst med endast en kund kan anses som allmänt tillgänglig. Begreppet allmänt tillgänglig ska mer specifikt tolkas så att det finns en allmän möjlighet att ansluta sig till tjänsten. Enligt LEK:s förarbeten bör förhållandet att en tjänsteleverantör aktivt värvar kunder på marknaden och därmed erbjuder anslutning till sin tjänst på bestämda villkor leda till att tjänsten bedöms som allmänt tillgänglig.

Tjänster som tillhandahålls till en på förhand avgränsad användargrupp är istället en faktor som tyder på att tjänsten inte utgör en allmänt tillgänglig tjänst. Exempel på tjänster som kan bedömas tillhandahållas till en på förhand avgränsad användargrupp och därmed inte skulle vara allmänt tillgängliga kan vara Internettjänster som tillhandahålls av caféverksamhet och hotell.

Även om de sistnämnda aktörerna tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster i form av Internettjänst till sina kunder tillhandahålls denna tjänst enbart under förutsättning att kunden befinner sig i och nyttjar den övriga verksamheten som caféet eller hotellet tillhandahåller. Det krävs därmed ett tidigare förhållande mellan användare och tjänstetillhandahållare för att kommunikationstjänsten ska kunna bli aktuell. Slutsatsen förutsätter att hotellet eller caféet också på något sätt begränsat användningen av tjänsten till att omfatta dem som nyttjar övriga tjänster.

En Internettjänst som erbjuds inom ett område där användargruppen inte är avgränsad på förhand är att anse som allmänt tillgänglig. Så kallade WLAN som täcker delar av en stad, eller så kallade hotspots som finns utplacerade på olika platser bör till exempel typiskt sett inte anses vara begränsade till en på förhand avgränsad användargrupp även om den som vill nyttja tjänsten i och för sig måste befinna sig någonstans inom täckningsområdet.”

Slutligen diskuteras geografiska restriktioner på sidorna 32 och 33 samma rapport.

”Rena geografiska restriktioner bör inte innebära att nätet inte är allmänt. Det finns i flera fall mer lokala nät som av praktiska skäl innebär att endast boende inom ett visst område har möjlighet att ansluta sig. Så länge denna krets inte är på förhand begränsad innebär det dock att nätet ändå kan anses vara allmänt tillgängligt.

¹¹ <http://www.pts.se/upload/Rapporter/Internet/2009/ekomtjanster-2009-12.pdf>

Det kommer att finnas situationer där gränsdragningen inte är självklar. Inriktningen för bedömningen bör dock vara att om nätet tillhandahålls till en odefinierad krets användare och ingen begränsning görs för vilka som kan ansluta sig, utöver rena tekniska eller kapacitetsmässiga begränsningar, ska nätet anses vara allmänt tillgängligt.

Kravet på att nätet helt eller huvudsakligen ska användas för att tillhandahålla allmänna elektroniska kommunikationstjänster innebär att slutna privata nät till exempel avsedda primärt för kommunikation inom en begränsad grupp som t.ex. inom en företagskoncern eller liknande inte anses vara allmänna.”

4.6 ”... av sådant slag som vanligen tillhandahålls mot ersättning”

Enligt formuleringen i 2 kap. 1§ LEK omfattas endast allmänna kommunikationsnät ”av sådant slag som vanligen tillhandahålls mot ersättning”

Begreppet ”tillhandahålls mot ersättning” i LEK kommer från direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (”ramdirektivet”)¹². Ramdirektivets definitioner i artikel c) och d) lyder enligt följande.

c) elektronisk kommunikationstjänst: en tjänst som vanligen tillhandahålls mot ersättning och som helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät, däribland teletjänster och överföringstjänster i nät som används för rundradio, men inte tjänster i form av tillhandahållande av innehåll som överförs med hjälp av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster eller utövande av redaktionellt ansvar över detta innehåll.

Den omfattar inte de av informationssamhällets tjänster enligt definitionen i artikel 1 i direktiv 98/34/EG som inte helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät.

d) allmänt kommunikationsnät: elektroniskt kommunikationsnät som helt eller huvudsakligen används för att tillhandahålla allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster.

Kriteriet ”vanligtvis tillhandahålls mot ersättning” i ramdirektivet har i sin tur sitt ursprung i direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden ”tjänstedirektivet”¹³ som i sin tur hänvisar till artikel 50 i EG-fördraget från 1958 om upprättandet av Europeiska Gemenskapen (”Rom-fördragen”).¹⁴ Det innebär att kriteriet ”vanligen tillhandahålls mot ersättning” härör från den ursprungliga

¹² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0033:0050:SV:PDF>

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:SV:PDF>

¹⁴ http://www.ena.lu/treaty_establishing_european_community_rome_march_1957_consolidated_version_1997-020302231.html

definitionen av en tjänst såsom begreppet utformades när regelverket kring EU:s inre marknad skapades.

Av Punkt 34 i ingressen till tjänstedirektivet diskuteras huruvida offentligt finansierade verksamheter utgör tjänster ur ett EU-rättsligt perspektiv.

”I enlighet med domstolens rättspraxis bör bedömningen av huruvida vissa verksamheter, särskilt verksamheter som är offentligt finansierade eller tillhandahålls av offentliga enheter, utgör en ”tjänst” göras från fall till fall mot bakgrund av respektive verksamhets utmärkande drag, särskilt hur de tillhandahålls, organiseras och finansieras i den berörda medlemsstaten.

Domstolen har slagit fast att det som framför allt utmärker ersättning är att den utgör en ekonomisk kompensation för en berörd tjänst och att ersättningskriteriet saknas i sådan verksamhet som utan ekonomiskt vederlag bedrivs av staten eller för statens räkning inom ramen för dess skyldigheter på det sociala och det kulturella området samt inom utbildning och rättsväsende, exempelvis kurser som tillhandahålls inom ramen för det nationella utbildningssystemet eller förvaltningen av sociala trygghetssystem som inte är inblandade i ekonomisk verksamhet.

Avgifter som betalas av tjänstemottagare, t.ex. den kursavgift eller inskrivningsavgift som en studerande betalar för att i viss mån bidra till driftkostnaderna för ett system, utgör inte i sig någon ersättning eftersom tjänsten fortfarande till största delen finansieras med offentliga medel. Dessa verksamheter omfattas därför inte av definitionen av begreppet tjänst i artikel 50 i fördraget och omfattas alltså inte av detta direktivs tillämpningsområde.”

Innebörden av begreppet ”tillhandahålls mot ersättning” i den svenska lagen utvecklas på sidan 122 i propositionen till LEK under rubriken anmälningsplikt m.m.

”Anmälningsplikten bör begränsas till tillhandahållande av allmänna kommunikationsnät mot ersättning och allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster. Det saknas skäl att införa en anmälningsplikt för tillhandahållande av slutna nät (benämns även enskilda eller privata), allmänna kommunikationsnät för icke-kommersiellt bruk eller för kommunikationstjänster som inte är allmänt tillgängliga.

Eftersom det förekommer att nät tillhandahålls på kommersiell grund enligt kostnadsdelningsprinciper och inte mot ersättning och då det inte finns anledning att särskilt undanta nät från anmälningsplikt av denna anledning, bör kravet på ersättning uttryckas så att anmälningsplikten omfattar allmänna kommunikationsnät av sådant slag som vanligen tillhandahålls mot ersättning. Detta är då avsett att täcka de fall där näten tillhandahålls på kommersiell grund.”

I samma proposition i författningskommentaren på sidan 358 fortsätter diskussionen om innebörden av ”tillhandahålls mot ersättning”.

”Definitionen av elektronisk kommunikationstjänst är avsedd att urskilja sådana tjänster som innebär ett kommersiellt tillhandahållande av tjänster till andra, genom att ange att tjänsterna skall tillhandahållas vanligen mot ersättning. I vissa fall tillhandahålls dock kommersiella tjänster gratis till slutkunden. Det kommersiella inslaget manifesteras då på något annat sätt, vanligen genom reklamfinansiering. Sker tillhandahållandet på rent ideell basis omfattas däremot tjänsten inte av begreppet. Exempel på det kan vara tillhandahållande av s.k. forskarnät eller liknande nät främst inom universitetsvärlden.”

PTS utvecklar vidare på sidan 21 och 22 i ovan nämnda rapport (PTS-ER-2009:12).

”Endast tjänster som tillhandahålls på kommersiell grund omfattas av lagstiftningen.

Uttrycket ”vanligen tillhandahålls mot ersättning” är tänkt att tolkas som att även andra slags betalningsmodeller än direkt betalning omfattas, till exempel avräkning eller utbyte mot andra tjänster, (Prop. 2002/03:110, sid 122). Tjänsten ska alltså tillhandahållas på kommersiell grund. Att tjänsten tillhandahålls på kommersiell grund behöver inte betyda ersättning genom direkt betalning för användning av tjänsten utan kan även utgöras av till exempel reklamfinansiering eller annan indirekt betalning. Tjänster som till sin karaktär är ideella faller utanför lagstiftningen. Det exempel som ges i förarbetena till LEK är tillhandahållande av så kallade forskarnät inom universitetsvärlden.”

4.7 Slutsats datalagringskyldighet

Sammantaget är det rimligt att göra tolkningen att SUNET inte utgör ett allmänt kommunikationsnät eftersom SUNET inte tillhandahålls öppet på marknaden och enbart är tillgängligt till en på förhand avgränsad användargrupp.

Särskilt klagande är uttalandet på sidan 362 i proposition 2002/03:110 ”Slutna nät är t.ex. interna företagsnät och nät inom myndigheter och andra organisationer.”.

Styrkan i denna tolkning är på sikt beroende av att SUNET upprätthåller nuvarande relativt snäva ramar för anslutning vilka bland annat återges på www.sunet.se enligt följande:

”Relativt många externa organisationer kan peka på ett samarbete med högskolan och hävda att deras anslutning skulle vara till nytta för högskolan. SUNET måste dock noga pröva om organisationen har tillräckliga skäl för att anslutas genom SUNET i stället för genom en kommersiell operatör, när sådana alternativ finns.

Exempel organisationer vars verksamhet till mycket stor del är till nytta för högre utbildning och forskning är: högskolemyndigheter, forskningsråd, akademier, arkiv, muséer med egen forskning eller forskningsanknytning samt bibliotek som används av universitet och högskolor.”

Företag, vanliga myndigheter, föreningar m.fl. organisationer har normalt inte möjlighet att ansluta sig till SUNET. Vissa av dem har emellertid ett nära samarbete med högskolan och kan då tillåtas ansluta sig även de.”

SUNET och dess verksamhet utgör sannolikt inte heller ett allmänt kommunikationsnät på grunden att varken nätet eller kommunikationstjänsterna ”vanligen tillhandahålls mot ersättning”.

Särskilt stöd för tolkningen att SUNET inte tillhandahåller allmänna elektroniska kommunikationstjänster och därmed inte utgör ett allmänt kommunikationsnät ger det tidigare citerade förarbetsuttalandet på sidan 358 i propositionen till LEK, ”*Sker tillhandahållandet på rent ideell basis omfattas däremot tjänsten inte av begreppet. Exempel på det kan vara tillhandahållande av s.k. forskarnät eller liknande nät främst inom universitetsvärlden.*”

Därmed bör den slutsatsen kunna dras att om det antas en lag, baserad på Trafikuppgiftsutredningens lagförslag, så kommer SUNET sannolikt inte att träffas av den föreslagna datalagringskyldigheten.

Det är rimligt att anta att de slutsatser som ovan dragits rörande SUNET även gäller de organisationer som är anslutna till SUNET. Att organisationen är ansluten till SUNET är dock inte i sig en omständighet som innebär att organisationen faller utanför LEK:s anmälningsplikt och den föreslagna lagringsskyldigheten. För att med säkerhet avgöra om en enskild organisation omfattas krävs således en närmare analys av den aktuella organisationens inriktning och verksamhet.

5. IPRED-DIREKTIVET (2004/48/EG)

5.1 Bakgrund

I Sverige finns sedan länge en rätt för rättsvårdande myndigheter att under vissa förutsättningar begära ut information från operatörer. Denna gränsdragning framgår exempelvis av PTS sammanställning av lagstiftning och praxis kring utlämnande av teleuppgifter.¹⁵

Den 29 april 2004 antogs det så kallade IPRED-direktivet. Syftet var att närma medlemsstaternas lagstiftningar till varandra när det gäller säkerställandet av skyddet för immateriella rättigheter på EU:s inre marknad.

IPRED-direktivet innehåller regler som innebär att en domstol får ålägga en person som gjort intrång i en immateriell rättighet att under vissa förutsättningar lämna information om ursprung och distributionsnät för de varor eller tjänster som intrånget gäller. Även andra aktörer än den som gjort intrång ska kunna åläggas att lämna sådan information.

¹⁵ <http://www.pts.se/upload/Ovrigt/Internet/Branschinformation/lagstiftning-teleuppgifter-uppdatering-100127.pdf>

IPRED-direktivet implementerades i svensk lagstiftning den 1 april 2009. Enligt utredningen som förgick införandet (Ds 2007:19)¹⁶ uppfyllde Sverige redan IPRED-direktivets krav i de flesta avseenden. Införandet ledde dock till justeringar i ett antal immaterialrättsliga lagar.¹⁷

Bland annat infördes regler som gör det möjligt för en domstol att vid vite förelägga den som påstås ha gjort eller medverkat till ett intrång att tillhandahålla information om ursprung och distributionsnät för de varor eller tjänster som intrånget gäller ("informationsföreläggande").

Ett informationsföreläggande får även meddelas mot den som i kommersiell skala har tillhandahållit en tjänst, exempelvis en elektronisk kommunikationstjänst, som har använts vid det intrång som påstås ha begåtts. För att information skall lämnas ut krävs domstolsprövning och att det finns sannolika skäl för intrång.

Vidare infördes regler om att rättighetshavare får samla in och behandla personuppgifter om intrångsgörare, i den mån detta är nödvändig för att ett rättsligt anspråk ska kunna fastställas, göras gällande eller försvaras.

Domstolarna har vidare fått möjlighet att ålägga den som har begått ett intrång att bekosta lämpliga åtgärder för att sprida information om en eventuell dom, (tex. via tidningsannonser eller på en hemsida).

Skadeståndsbestämmelserna i den immaterialrättsliga lagstiftningen förtydligades i vissa avseenden och det infördes även regler som ger domstolarna möjlighet att vid vite förbjuda den som gjort sig skyldig till ett försök eller en förberedelse till intrång att fortsätta med detta.

I förtydligande syfte infördes slutligen bestämmelser om att de åtgärder som kan vidtas mot den som gör intrång även kan vidtas mot den som medverkar till ett intrång.

5.2 Vilken information måste lämnas ut av den som träffas av ett informationsföreläggande?

Av IPRED-direktivets artikel 8 (1) följer:

"information om ursprung och distributionsnät för de intrångsgörande varorna eller tjänsterna"

Vad formuleringen *"information om ursprung och distributionsnät"* närmare omfattar preciseras i IPRED-direktivets artikel 8 (2).

¹⁶ <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/08/53/57/5d4f0798.pdf>

¹⁷ Upphovsrättslagen (1960:729), Varumärkeslagen (1960:644), Patentlagen (1967:837), Mönsterskyddslagen (1970:485), Firmalagen (1974:156), Lag (1992:1695) om skydd för kretsmönster i halvledarprodukter, Växtförädlarrättslagen (1997:306).

”a) namn och adress på producenter, tillverkare, distributörer, leverantörer och andra som tidigare innehaft respektive använt varorna eller tjänsterna, samt på tilltänkta grossister och detaljister,

b) uppgifter om hur mycket som producerats, tillverkats, levererats, mottagits eller beställts samt om erhållet pris på varorna eller tjänsterna.”

I de svenska immaterialrättsliga lagarna har följande snarlika formulering införts.

”information om ursprung och distributionsnät för de varor eller tjänster som intrånget eller överträdelsen gäller”.

Innebörden preciseras enligt följande.

”Information om varors eller tjänsters ursprung och distributionsnät kan särskilt avse

1. namn på och adress till producenter, distributörer, leverantörer och andra som har innehaft varorna eller tillhandahållit tjänsterna,

2. namn på och adress till avsedda grossister och detaljister, och

3. uppgifter om hur mycket som har producerats, levererats, mottagits eller beställts och om vilket pris som har bestämts för varorna eller tjänsterna.”

5.3 Vem kan träffas av ett informationsföreläggande?

Av IPRED-direktivets artikel 8 (1) följer att information skall lämnas...

”av intrångsgöraren och/eller annan person som

a) har befunnits förfoga över intrångsgörande varor i kommersiell skala,

b) har befunnits använda intrångsgörande tjänster i kommersiell skala,

c) har befunnits i kommersiell skala tillhandahålla tjänster som använts i intrångsgörande verksamhet,

eller

d) har pekats ut av en person som avses i a, b eller c såsom delaktig i produktion, tillverkning eller distribution av varorna eller tillhandahållandet av tjänsterna”

Av de svenska immaterialrättsliga lagarna har följande formuleringar införts rörande vem som skall lämna information. Information skall lämnas av den som...

1. har gjort eller medverkat till intrånget eller gjort sig skyldig till eller medverkat till överträdelsen,

2. i kommersiell skala har förfogat över en vara som intrånget eller överträdelsen gäller,

3. i kommersiell skala har använt en tjänst som intrånget eller överträdelsen gäller,

4. i kommersiell skala har tillhandahållit en elektronisk kommunikationstjänst eller en annan tjänst som har använts vid intrånget eller överträdelsen, eller

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

Av proposition 2008/09:67 ” Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG”¹⁸ framgår på sidan 261 angående formuleringen ”i kommersiell skala”:

”Uttrycket kommersiell skala, som är hämtat från direktivet, indikerar att det ska vara fråga om ett agerande som har viss omfattning. I skäl 14 i direktivets ingress anges dock endast att uttrycket omfattar handlingar som utförs för att uppnå en direkt eller indirekt kommersiell eller ekonomisk fördel samt att detta i allmänhet utesluter handlingar som utförs av slutkonsumenter i god tro (se avsnitt 8.2.3 i den allmänna motiveringen). Den mer exakta tolkningen av uttrycket får därför överlämnas till rättstillämpningen, i sista hand EG-domstolen.”

Senare på samma sida kommenteras lagtextens hänvisning till elektroniska kommunikationstjänster:

”I bestämmelsen anges uttryckligen att elektroniska kommunikationstjänster omfattas. Detta uttryck definieras i 1 kap. 7 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. Uttrycket omfattar Internetleverantörer och andra som tillhandahåller tjänster som helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät. Det innebär bl.a. att en Internetleverantör kan föreläggas att tillhandahålla information om intrång som har begåtts med hjälp av Internet. Bestämmelsen omfattar alltså, som framgått ovan, även varor och tjänster som tillhandahålls i digital miljö. När domstolen meddelar ett informationsföreläggande mot en Internetleverantör bryts den tystnadsplikt enligt 6 kap. 20 § lagen om elektronisk kommunikation som Internetleverantören annars har att iaktta”

¹⁸ <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/11/69/38/c18e5f5a.pdf>

5.4 Slutsats rörande skyldighet att lämna information

Om det skulle finnas sannolika skäl att anta att SUNET i sin egen verksamhet begår eller medverkar till intrång kan SUNET efter domstols beslut bli skyldig att lämna ut information. Formuleringen ”medverkar till” skall ha den generella innebörd som följer av 23 kap. 4§ brottsbalken. Det innebär att den som uppsåtligen främjar ett intrång med ”råd eller dåd” kan anses medverka till intrånget. Tingsrätten fann i det så kallade Pirate Bay målet att uppsåt till det förhållandet att upphovsrättsligt skyddat material förekommit på webbplatsen samt att de åtalade trots denna kännedom valt att inte vidta några åtgärder för att förhindra aktuella upphovsrättsintrång var tillräckligt för att döma för medverkan, (målet prövas för närvarande i hovrätten).

Av större praktisk betydelse är sannolikt frågan i vilken mån SUNET är skyldig att lämna information enligt regeln att information skall lämnas av den som ”i kommersiell skala har tillhandahållit en elektronisk kommunikationstjänst eller en annan tjänst som har använts vid intrånget eller överträdelsen”.

Enligt denna bestämmelse kan alltså den som inte själv anses ha begått eller medverkat till intrång vara skyldig att lämna information. Bestämmelsen torde dock inte träffa SUNET eftersom SUNET inte tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster eller andra tjänster i kommersiell skala i den mening som avses i definitionen som framgår av ingressen till IPRED-direktivet ”utförs för att uppnå en direkt eller indirekt kommersiell eller ekonomisk fördel”).

Även i denna fråga är det rimligt att anta att motsvarande normalt gäller de organisationer som är anslutna till SUNET. För att avgöra om en enskild organisation träffas krävs dock en närmare analys av den aktuella organisationens inriktning och verksamhet.

Viss osäkerhet om denna slutsats råder av naturliga skäl eftersom innebörden av ”uppnå en direkt eller indirekt kommersiell eller ekonomisk fördel” inte har prövats av EU-domstolen.

6. DEN NÄRMASTE FRAMTIDEN

6.1 Datalagringsdirektivet

Enligt regeringens planering skall en proposition med ett förslag till svensk implementering av datalagringsdirektivet presenteras i december 2010. Frågan är om detta nya förslag kommer att innehålla en förändrad avgränsning av vilka som är lagringsskyldiga. Kontakter har tagits med PTS och ansvarig utredare på Justitiedepartementet. PTS uppgav att de inte fått någon information om att gränsdragningen i det nya förslaget skulle förändras. Från Justitiedepartementets sida hänvisar man till den lagrådsremiss som enligt planeringen skall presenteras inom kort (hög tid om en färdig proposition skall läggas fram i december 2010).

Under våren 2010 läckte ett icke undertecknat utkast av lagrådsremissen ut i media.¹⁹ På sidan 39 framgår att regeringen precis som Trafikuppgiftsutredningen föreslår att ”De leverantörer som är anmälningspliktiga enligt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation ska vara skyldiga att lagra trafikuppgifter.”

Vidare beskrivs på sidan 39 att rikspolisstyrelsen förespråkat en utvidgning av kretsen lagringsskyldiga.

Flertalet remissinstanser har lämnat förslaget utan erinran. Rikspolisstyrelsen har förespråkat en utvidgning av kretsen av lagringsskyldiga, med hänvisning till att det hos de brottsbekämpande myndigheterna finns ett behov av att fler leverantörer än de som följer av direktivet får skyldighet att lagra trafikuppgifter.

På sidan 40 utvecklas skälen för regeringens förslag att låta lagringsskyldigheten följa anmälningsplikten.

”Med den omfattning som direktivet anger blir alla leverantörer inte lagringsskyldiga. I de flesta fall då exempelvis en e-posttjänst tillhandahålls ett slutet sällskap såsom anställda i företag och myndigheter (där e-postadressen ofta slutar med företags- eller myndighetsnamnet), är företaget respektive myndigheten närmast att betrakta som tjänsteleverantör utan att samtidigt leverera en allmänt tillgänglig tjänst. Företaget eller myndigheten omfattas då inte heller av skyldigheten att lagra enligt direktivet.

Rikspolisstyrelsen har förespråkat att kretsen av lagringsskyldiga vidgas med hänvisning till att det hos de brottsbekämpande myndigheterna finns ett behov av att fler leverantörer än de som följer av direktivet får skyldighet att lagra trafikuppgifter. Ur ett brottsbekämpande perspektiv ligger det förvisso en begränsning i att direktivet om lagring av trafikuppgifter enbart omfattar leverantörer av allmänna kommunikationsnät eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster.

Regeringens ansluter sig dock till utredningens bedömning att ett system som innebär att andra än anmälningspliktiga leverantörer skulle omfattas av lagringsskyldigheten skulle bli svårt att överblicka och kontrollera. Skyldigheten att lagra trafikuppgifter bör därför ansluta till direktivet och till anmälningsplikten i 2 kap. 1 § lagen om elektronisk kommunikation. Det är till PTS som anmälan ska göras och det blir PTS som i första hand genom sin tillämpning av bestämmelsen om anmälningsplikt avgör vilka leverantörer som också ska vara lagringsskyldiga.”

Samtidigt på EU-nivå leder Sveriges EU-kommissionär Cecilia Malmström en utvärdering av datalagringsdirektivet som skulle ha varit klar den 15 september 2010. Utvärderingen är inte klar men en rapport förväntas enligt PTS presenteras på en workshop kring datalagringsdirektivet som EU-kommissionen planerat den 25 november 2010.

¹⁹ <http://sverigesradio.se/diverse/appdata/isidor/files/1646/9321.pdf>

Krav på förändringar av direktivet har vidare framförts av en expertgrupp (Article 29 Data Protection Working Party) inom EU med representanter från medlemsstaternas dataskyddsmyndigheter.²⁰

En annan intressant fråga som är uppe till prövning av HD, som i sin tur skickat frågan till EU-domstolen²¹, är om datalagringsdirektivet hindrar att en Internetoperatör (ePhone) i en civilprocess föreläggs att ge upphovsrättsinnehavare information om vilken abonnent som använt en viss IP-adress från vilken intrång påstås ha skett.

Skulle EU-domstolen komma fram till att datalagringsdirektivets regler står i strid med utformningen av de svenska reglerna om informationsföreläggande förändras rättsläget och reglerna måste ändras.

Sammantaget är området något av ett politiskt slagfält och det är klokt att räkna med en del förändringar inom de närmaste åren.

Göteborg 2010-11-03

Foyen Advokatfirma KB

Johan Dahlsjö
Jur. Kand.

²⁰ http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp172_en.pdf

²¹ http://www.hogstadamstolen.se/templates/DV_InfoPage_4576.aspx