

UPPHOVS RÄTTEN

– viktigare än någonsin

Upphovsrätten

– viktigare än någonsin

Rapporten kan beställas från:

Svenska Förläggare AB

Drottninggatan 97

113 60 STOCKHOLM

tfn 08-736 19 40

info@forlaggare.se

© Författarna och Svenska Förläggareföreningen

Redaktör Barbro Waldenström

Grafisk form Majbritt Hagdahl

Tryckt av EO Grafiska, Stockholm 2007

Stockholm november 2007

ISBN 978-91-976255-3-1

INNEHÅLL

1. Inledning <i>av Kjell Bohlund</i>	5
2. Upphovsrätten – en överblick <i>av Jan Rosén</i>	11
3. Upphovsrätten i en digitaliserad värld <i>av Jan Rosén</i>	41
4. Upphovsrättslagen och förlagsavtalen <i>av Per Jonas Nordell</i>	46
5. Upphovsrätt och fildelning – några sammanfattande punkter <i>av Daniel Knutsson</i>	65

PRESENTATION AV FÖRFATTARNA

Kjell Bohlund ordförande, Svenska Förläggareföreningen

Daniel Knutsson jurist, Svenska Förläggareföreningen

Per Jonas Nordell professor, Handelshögskolan i Stockholm

Jan Rosén professor, Stockholms universitet

1. Inledning

Utan upphovsrätten finns varken författare eller bokförlag!

Detta kan enkelt avfärdas som ett förutsägbart påstående från bokförlagen och deras företrädare som naturligtvis talar i egen sak när förbudet mot kopiering av upphovsrättsligt skyddat material diskuteras. Det kan också ses som en kraftig överdrift. Det konstnärliga skapandet och skrivandet drivs inte bara av ekonomiska intressen.

Syftet med denna skrift är att visa att förlagens arbete med att försvara och stärka upphovsrätten har ett vidare syfte, att det inte enbart handlar om egna ekonomiska intressen. Upphovsrätten är en förutsättning för den förlagskultur vi har, med en rikhaltig och bred bokutgivning, oberoende i förhållande till stat och myndigheter. En bokutgivning som möjliggörs och bestäms av läsarnas intresse och vilja att betala för böckerna. Det är en förlagskultur som har växt och utvecklats som en del av den demokratiseringsprocess vi genomgått de senaste tvåhundra åren och som är vital inte bara inom de litterära och konstnärliga områdena utan även för politisk opinionsbildning, utbildning och vetenskap. I den förlagskulturen har upphovsrätten och yttrandefriheten aldrig stått mot varandra utom tvärtom varit varandras förutsättning.

Förlagskulturen upprätthålls av ett stort antal författare och konstnärer, ett stort antal bokförlag och en distributionsapparat med bokhandlare, bokklubbar och många andra återförsäljare och i vidare mening även av tidningar och andra medier som bevakar bokutgivningen. En del författare tjänar så mycket på sitt skrivande att de kan leva på det, de flesta kombinerar skrivandet med annan yrkesverksamhet. Men royaltyinkomsterna är viktiga för alla. ”Försvinner royaltyn så försvinner författarna”, säger Författarförbundets ordförande Mats Söderlund i en intervju i Svenska Dagbladet den 16 juni 2007.

Motsvarande kan sägas om bokförlagen. Det finns ett stort antal bokförlag i Sverige. Man brukar räkna med att det finns omkring trehundra förlag med yrkesmässig verksamhet – ett fåtal stora, några medelstora och ett stort antal små förlag. Det är en mångfald som hela tiden förändras. Den minskar genom fusioner och uppköp, och den stärks genom nyetableringar. Mångfalden bland förlagen driver och utvecklar nyhetsutgivningen och är en viktig del i vår förlagskultur. Det statliga litteraturstödet är i förhållande till branschens totala ekonomi litet, men det är viktigt för många små förlag och bidrar därmed till att upprätthålla bredden i utgivningen. I huvudsak lever förlagen dock på marknadens villkor, på att läsarna betalar för böckerna, och på att författarna till sina förlag genom avtal upplåter rätten att ge ut verken.

Författarna och andra rättsinnehavare har idag en stark ställning rent upphovsrättsligt. Den har i många avseenden stärkts under senare år, senast genom de förändringar i upphovsrättslagen som trädde i kraft den 1 juli 2005. Samtidigt som det legala skyddet har stärkts har det i praktiken kommit att urholkas, vilket i första hand beror på att den tekniska utvecklingen erbjuder snabbt växande möjligheter att enkelt och billigt kopiera, mångfaldiga och sprida texter, ljud och bilder.

Musikbranschens ekonomiska problem är väl kända och beskrivna. Piratkopiering och fildelning är kanske inte den enda anledningen till problemen, men de har med stor sannolikhet bidragit till musikförlagens sjunkande försäljning, musikhandelns död och andra tecken på djup kris.

Bokbranschen har till skillnad från musikbranschen haft en positiv utveckling under de senaste tio åren med växande nyhetsutgivning, ökad spridning genom nya försäljningskanaler – både vanlig fysisk handel och internethandel – och stigande försäljning. Den piratkopiering som bevisligen förekommer har hittills inte påverkat bokförsäljningen lika mycket som film- och musikindustrin. Det är därför inte så överraskande att bokförlagens försvar för upphovsrätten ibland beskrivs som en strid mellan å ena sidan unga och fattiga nätpirater, å andra sidan välmående medieföretag och en handfull mycket framgångsrika författare.

Valrörelsen 2006 låg tidsmässigt nära den ovan relaterade skärpningen av upphovsrättslagen som trädde i kraft den 1 juli 2005. Förlagsbranschen skakade till när Temos opinionsmätning inför valet visade att tre fjärdedelar av förstahångsväljarna tyckte det var OK att ladda ner filer med upphovsrättsligt skyddat material. Det var inte bara Piratpartiet som gav stöd åt den uppfattningen. ”Det går inte att kriminalisera över en miljon svenskar”, sa Tasso Stafilides, vänsterpartiets dåvarande representant i riksdagens lagutskott, lite uppgivet. Och han var inte ensam, flera av riksdagspartierna talade om behovet av att se över den upphovsrättslag de just varit med om att skärpa. I en valrörelse kan kulturskaparnas villkor komma att väga lätt jämfört med intresset hos sex- sju miljoner konsumenter som vill ha tillgång till ett så stort utbud som möjligt genom sina bredbandsuppkopplingar.

Efter valet blev diskussionen mera återhållsam, den nya justitieministern var tydlig i sitt försvar av upphovsrätten. Men då den av Thomas Bodström tillsatta utredningen om upphovsrätt på Internet i september 2007 lade fram sitt betänkande tog debatten fart igen. Utredaren Cecilia Renfors föreslog att ett ökat ansvar skulle läggas på Internetleverantörerna att motverka olaglig fildelning, bl.a. genom att stänga av personer som laddar upp skyddat material i stor omfattning. Renfors föreslår således inte åtgärder mot dem som laddar ner upphovsrättsskyddat material, vilket många debattörer tycks tro.

Renfors förslag möttes av stark kritik från olika håll, i första hand med motiveringen att det skulle utgöra en allvarlig kränkning av den personliga integriteten. Det var inte helt oväntat – även för oss förläggare finns det en målkonflikt och en balansgång mellan integriteten och upphovsrätten. Men att som många gör ensidigt låta upphovsrätten vika är ett ohållbart ställningstagande. Frågorna om hur upphovsrätten skall hävdas i det nya mediesamhället, hur de konstnärliga och litterära skaparnas intressen skall tillgodoses och hur Sverige skall leva upp till sina internationella åtaganden går inte att lämna obesvarade.

Mot denna bakgrund är det inte konstigt att det finns en stark oro hos bok-

förlagen, en oro som inte bara hämtar sin näring från musikbranschen. Delar av förlagsbranschen har drabbats mycket påtagligt. Kursboks-försäljningen har sjunkit och läromedelsförlagen har visat att den illegala kopieringen i flera universitetsstäder drivs yrkesmässigt. Hos allmänförlagen är det i dagsläget ljudböckerna som är mest utsatta. En av de mest sålda nyheterna 2007 – *Lufslottet som sprängdes* av Stieg Larsson – hade den 7 oktober laddats ned över åttatusen gånger enbart från Pirate Bay. Det motsvarar mer än femton procent av den sålda upplagan. Det är, föga överraskande, bestsellerförfattarna som är de mest nedladdade på Pirate Bay: Liza Marklund, Jan Guillou, Håkan Nesser, Viveca Lärn osv. Men listan över tillgängliga författare blir allt längre. Och det är inte bara ljudböcker som sprids gratis genom fildelning. Norstedts stora engelska ordbok, där förlaget gjort extremt stora investeringar (mer än femtio arbetsår), ligger sedan länge på Pirate Bay som textfil.

Siffror som dessa är provocerande och oroande för både förläggare och författare. De är tydliga tecken på att systemet läcker, på att modern kopieringsteknik och Internet används på ett sätt som berövar både författare och förlag deras rättmätiga ersättning. Det är mer än en marginell företeelse och det mesta tyder på att den växer i omfattning.

Men problemet är större än Pirate Bay, och det är inte bara en strid mellan fatiga nätpirater och mediemoguler. Frågan om upphovsrätten är en intressekonflikt med många parter inblandade, parter som inte alltid ser på upphovsrätten på samma sätt som förlagen.

En grupp av intressenter finns inom IT-industrin – företag med affärsmodeller som går ut på att bygga upp en stor nättrafik i syfte att bli attraktiva reklammedier. De behöver redaktionellt innehåll för att attrahera läsare och användare, och på bokmarknaden finns ett sådant. Här är det inte bara bestsellers det gäller, här är det den stora bredden, variationen och mångfalden som gör bokutgivningen intressant. De flesta företagen följer säkert upphovsrättslagstiftningen men skulle sannolikt välkomna en uppluckring

Google är den mest synliga representanten för denna industri. Google, grundat 1998, hade en omsättning på drygt sjuttio miljarder kronor 2006, tio gånger större än den svenska bokmarknaden. Med sin affärsstrategi strävar Google efter att bli världens dominerande reklammedium. Det bör understrykas att Google i huvudsak respekterar den upphovsrättsliga lagstiftningen i Europa, och det finns ingen konflikt mellan svenska bokförlag och Google. Det gör det däremot i Nordamerika, där förläggarna driver en process mot Google, som agerat på annat sätt än i Europa. Google hänvisar till de för USA speciella upphovsrättsliga bestämmelserna om *fair use* som inte har någon motsvarighet i europeisk rätt.

Google är ett exceptionellt företag, men det är bara ett av många i den snabbt växande industri som Chris Anderson skriver om i sin bok *The long tail* som kanske lite oväntat blivit en internationell bestseller. Bokutgivningen, med sin

extremt stora titelbredd, är ett bra exempel på det ökade kommersiella intresset för ”den långa svansen”, det vill säga böcker med en begränsad eller avgränsad läsekrets.

En annan intressent i debatten är det allmännas företrädare. Inte bara politiker utan lärare, bibliotekarier, forskare och andra tjänstemän, som med begränsade ekonomiska resurser ibland ser upphovsrätten som ett otidsenligt hinder för möjligheterna att erbjuda allmänheten tillgång till kultur, underhållning och kunskap i olika former.

Och den tredje gruppen intressenter är allmänheten, som vill få tillgång till böckernas innehåll snabbt, enkelt och billigt genom sina bredbandsuppkopplingar. Konsumenterna och deras företrädare visar inte så sällan prov på en uppfattning som inte respekterar upphovsrättens likställighet med annan äganderätt. Ofta möts man av föreställningen att den som en gång offentliggjort ett verk skulle ha någon sorts skyldighet att även fortsättningsvis tillhandahålla detta på marknaden och att det annars vore om inte fullt lagligt så i vart fall legitimt att skaffa sig tillgång till det på eget initiativ, eller med andra ord genom kopiering

I denna intressekonflikt representerar bokförlagen inte bara sina egna ekonomiska intressen utan även författarna och andra upphovsmän som upplåtit delar av sin upphovsrätt till förlagen. Upplåtelsen avser normalt bok i tryckt form, men kan också avse ljudbok, e-bok eller annan användning. I förlängningen representerar förlagen även övriga delar av förlagskulturen. Bokhandeln, bokklubbarna och andra återförsäljare drabbas också av illegal kopiering och fildelning, det är inte den vägen piratkopior sprids.

År 2006 såldes böcker för drygt sju miljarder kronor (exklusive moms) i Sverige. Beroende på vilken definition man använder kom det ut mellan femtusen och femtontusen nya böcker det året. Bakom siffrorna finns förlag, bokhandlar, bokklubbar, tryckerier och distributörer. Men i grunden vilar denna industri på författarnas, översättarnas, illustratörernas och fotografernas arbete. För att bokbranschen i sin nuvarande form skall fungera måste upphovsmännen få inkomster från sitt arbete. Och förlagen måste kunna bygga en långsiktig verksamhet på avtal med författarna. Allt det vilar på upphovsrätten.

Det finns ingen samlad statistik över de svenska författarnas royaltyinkomster, de siffror som här redovisas är uppskattningar baserade på interna uppgifter från ett antal förlag och på statistiken över den samlade bokförsäljningen.

År 2006 betalade bokförlagen ut ca trehundra miljoner kronor i royalty till svenska upphovsmän för försäljningen av deras verk i Sverige. Från utlandsförsäljningen kom royalty på ytterligare omkring hundra miljoner kronor. Dessa royaltyutbetalningar var kopplade till omkring sextiotusen olika boktitlar som lagerförs av svenska förlag och bokhandlare. Den genomsnittliga svenska royaltyn var alltså cirka femtusen kronor per titel, men spridningen är mycket stor. För de flesta böcker var royaltyn betydligt lägre än femtusen kronor, men det rör

sig i många fall om äldre titlar – backlist – där den årliga royaltyn till författaren är låg men återkommande år efter år.

Från mera eftertänksamma företrädare för en uppluckrad upphovsrätt kommer tankar som denna: ”Om författare eller andra upphovsmän blir lidande får man väl lösa det på något annat sätt.” Skatt på bredbandsabonnemang har nämnts som ett sätt att finansiera en statlig stipendieverksamhet för att kompensera upphovsmän som drabbas.

De ovanstående siffrorna bör ge en uppfattning om realismen i detta – eller snarare bristen på realism. Det är i praktiken omöjligt skapa ett annat ersättningssystem för författare än det som baseras på upphovsrätt och royalty. Det är inte bara ett finansiellt problem. Hur skall man bygga ett system för att fördela så stora belopp till så många mottagare i form av bidrag eller stipendier utan risk för maktmissbruk och godtycke?

En annan del av problematiken, som belyses mera ingående i andra avsnitt i denna rapport, är våra internationella åtaganden. Sverige har förbundit sig att följa Bernkonventionen och andra internationella överenskommelser på upphovsrättens område. Och de svenska förlagen måste, för att kunna förvärva utgivningsrätten till utländska böcker, garantera att man kan förvalta författarens rättigheter på ett korrekt sätt. Alla som sysslat med att sälja svenska rättigheter utomlands vet med vilken tvekan man upplåter rättigheter till förlag i länder med omfattande piratkopiering eller oklara upphovsrättsregler. Utan stabila upphovsrättsliga regler riskerar Sverige att hamna utanför det kulturella kretslopp vi tillhör.

Upphovsrättens betydelse är – det bör understrykas – inte bara ekonomisk. En aspekt, som berörs på annat håll i den här rapporten, är den ideella rätten. Den är för upphovsmannen ett skydd mot förvanskning och användning av verket i kränkande sammanhang. För läsaren är den en garant för autenticiteten.

Förlagens roll i detta system är central. Det är till förlaget författaren upplåter rätten att ge ut boken, och det är förlagets uppgift att på ett professionellt och aktivt sätt sköta redaktionellt arbete, produktion, distribution och försäljning. Inte bara tillhandahålla texten utan att marknadsföra verket i form av bok, ljudbok, e-bok eller på annat sätt. Alla författare är inte nöjda med det sätt deras förlag fullgör sina uppgifter. Men för att behålla sina författare måste förlaget svara mot förväntningarna, annars byter författarna förlag. Det är den drivkraften som gör att förlagskulturen är så livskraftig och det är så det skapas en bokmarknad.

Det är ett välkänt förhållande att de flesta författare i början av sin karriär ofta säljs i små upplagor och att de då inte är vinstgivande för förlaget. Förlagsverksamhet bygger på långsiktighet, på att förlaget kan ta igen sådana förluster längre fram, när författaren har blivit mera känd och hittat sin läsekrets. Sökandet efter nya författare och utgivningen av debutanter är själva livsnerven i förlagskulturen. Det är en komplicerad process med ett stort mått av risktagande.

Förlagens aktivitet för att hävda upphovsrätten måste ses i det perspektivet. Det är upphovsrätten som gör att systemet fungerar, håller ihop och utvecklas.

Utgivningen av denna skrift är, som jag skrev i inledningen, en markering av att upphovsrätten är livsviktig för de svenska förlagen. När den aviserade översynen av upphovsrättslagens tredje kapitel sker kommer den för bokbranschen viktigaste frågan att vara avtalsfriheten. Den svenska förlagskulturen bygger på att bokförlagen kan träffa långsiktiga och stabila avtal med författarna och andra upphovsmän. God kvalitet i utgivningen förutsätter långsiktighet hos förlagen, och den upprätthålls bäst när förlagen kan balansera risktagandet i utgivningen med stabila förlagsavtal.

Att skydda upphovsrätten är en uppgift för regering och riksdag, men frågan berör också företag, institutioner och privatpersoner. Upphovsrättslagen skall efterlevas, det är en samhällsangelägenhet. Om klyftan mellan lagstiftningen och verkligheten fortsätter växa kommer vår stora utgivning av romaner, barnböcker, debattböcker, faktaböcker och handböcker att påverkas negativt. Den professionella standarden sänks om författarna inte får betalt för sitt arbete och om förlagens ekonomi urholkas genom brott mot upphovsrättslagen.

Då blir vi alla, inte bara författare och förlag, fattigare.

Kjell Bohlund

Ordförande i Svenska Förläggareföreningen

3. Upphovsrätten – en överblick

av Jan Rosén

1. Det historiska perspektivet

Sällan har upphovsrätten fått sådan uppmärksamhet som under de två senaste decennierna. Men det är inte så konstigt med tanke på hur snabb marschen in i informationssamhället varit. Den dynamiska IT-branschen har i rasande fart utvecklat ny, hyperavancerad informationsteknologi och mängder med nya typer av produkter och tjänster. Internet intar förstås en central plats i denna utveckling, men strängt taget berör IT-kulturen alla slags media, pappersboken inbegripen. Anspråken på kultur-, bildnings- och underhållningsprodukter, kort sagt medieinnehåll, eller ”information” med en slarvig term, är historiskt sett skyhöga, något som förstås sammanhänger med möjligheterna för gemene man att kunna tillgodogöra sig litteratur och konst i vid mening. Upphovsrätten är det legala instrument som styr all medieproduktion, oavsett om det är fråga om verklig masskommunikation eller mer privata sammanhang.

Upphovsrätten har alltid varit teknikdriven. Nya tekniska faciliteter har efter hand drivit fram allt mer utvecklade och ändamålsenliga normer för upphovsrätten. Inte oväntat är den som rättsfigur sprungen ur en nödvändighet som uppkom med möjligheten att industriellt reproducera texter – konsten att trycka böcker – alltså för ungefär femhundra år sedan. Det engelska uttrycket för upphovsrätt, *copyright*, anger just ett behov av att etablera en rätt till kopiering. Senare har förstås nya tekniker vidgat perspektivet bortom exemplarframställning. Edisons och Berliners uppfinningar gav gramfonindustrin nya möjligheter vid slutet av 1800-talet och radio- och TV-teknik per hertzvågor, i kabel och sedermera via satellit och telefoni och halvledare och den digitala revolutionens globala nätverk har fört medie- och kulturproduktion till nivåer och sammanhang som ingen kunnat föreställa sig ens för några decennier sedan.

Men strängt taget är upphovsrätten som idé långt äldre än så. Föreställningen om att den som presterat något nytt, som förmått uttrycka sig originellt eller som på annat sätt förmedlat något självständigt och individualiserat är värd uppskattning och skydd torde vara lika gammal som människan som art. Likaså invändningarna mot den som tillgodogör sig andras arbetsresultat som om det vore hans egna. Redan i gamla kulturer i Indien, Egypten och den hellenistiska världen kunde det anses förkastligt att efterapa andras litterära och konstnärliga prestationer, liksom att åstadkomma förvanskningar. I Hellas förekom att manuskript till de dramatiska tragedierna skulle deponeras i offentliga arkiv så att det blev möjligt att kontrollera att framförandet skedde i överensstämmelse med originalen och det blev från 400-talet f.Kr. allt vanligare att dramatiska, filosofiska och historiska författare började signera sina alster.¹

Det utvecklade juridiska instrumentet lät dock vänta på sig. Under antiken och fram till senare medeltid fanns helt enkelt inte reproduceringsmedel och distributionssystem som möjliggjorde ett omfattande och systematiskt utnyttjande av litteratur och konst. Värdet av civilrättslig kontroll över prestationerna framstod som så begränsat att lagstiftaren inte fäste nämnvärd uppmärksamhet

vid saken. Det är nog skälet till att inte ens antikens mest utvecklade rättssystem – den romerska rätten – innefattade någon egentlig immaterialrätt eller upphovsrätt. Det som vi idag känner som ideell rätt eller *droit moral* – rätten till namngivelse av kreatörens namn och respekt för verkets integritet – kunde däremot tillgodoses genom samfundets moralregler, ibland utvecklade till en sedvanerätt.²

Likväl är svensk upphovsrätt en av de äldsta rättsfigurerna i vår rättsordning. Via boktryckarnas privilegiebrev, ett slags ensamrätt som skydd för investeringar i bokproduktion, tog utvecklingen av en upphovsrättslig ordning av modernt snitt sin början vid mitten av 1700-talet. Det var i korsvägen där boktryckerireglementen, importordningar, etableringskontroll och allsköns stöd för inhemsk företagsamhet mötte tankar om främjande av opinionsbildning, stöd för det fria ordet och tryck- och yttrandefrihet och idén om att författaren äger verkets form men inte dess sakliga innehåll som något civilrättsligt bärkraftigt kunde utvecklas. Den nybildade konstitutionen i USA, med dess erkännande av upphovsrätten, och franska revolutionens intellektuellt rediga försvar för en upphovsrättslig privaträtt blev givna inspirationskällor.

I Sverige kom det legala genombrottet i 1809 års regeringsform eller snarare i den tryckfrihet som där garanterades. Det närmare innehållet skulle nämligen uttryckas i en särskild tryckfrihetsförordning som utfärdades året efter. I den slogs en litterär äganderätt fast i form av att författaren skall ha en i princip evig ensamrätt till sina skrifter. Denna ensamrätt fick dessutom grundlagsskydd genom att ingå i tryckfrihetsförordningen, vars 1 § 8 mom. TF av den 9 mars 1810 kom att lyda: ”Hvarje skrift ware Författarens eller des lagliga rätts Innehafwares egendom. Hwilken som Skrift trycker eller eftertrycker utan Författarens eller förläggarens skriftliga tillstånd, miste Uplagan eller böte des fulla värde, målsägandens ensak. . .”³

Därmed hade man funnit en juridisk formel som sedermera visat sig ändamålsenlig i alla rättsstater och som fungerat i en dynamisk medieutveckling. Det är nämligen slående hur väl upphovsrättens konceptuella form, rättsskyddets fokus, visat sig fungera i samhällen och på marknader som under århundraden genomgått milt sagt genomgripande förändringar. Idén om en kreatörs eller rättsinnehavares ensamrätt för en begränsad period till sin skapelse, ett slags belöning för och incitament till kreativitet, samtidigt som ensamrätten motiverar andras investeringar i produktion, tillhandahållande och marknadsföring av nyskapelser och att därmed den breda allmänheten blir delaktiga i och dessutom ges motiv och inspiration till nytt skapande, har visat sig i grunden hållbar genom alla teknikskiften.

2. Upphovsrätten, yttrandefriheten och grundlagen

Upphovsrätt och yttrandefrihet är två fenomen som har mycket gemensamt men som också rymmer en inbyggd motsättning. För svenska förhållanden framgår det gemensamma av att upphovsrätten fick ett genomslag inom ramen för grundlagsskyddad yttrandefrihet redan genom den då helt nya tryckfrihetsförordning som följde på 1809 års regeringsform.⁴ De båda figurerna kan också naturligen ses som ett gemensamt uttryck för en respekt för människors skapande behov, för de individuella resultaten av mänsklig kreativitet och rätten att ge offentligt uttryck åt desamma – att yttra sig. Upphovsrättens personlighetsrättsliga dimension, dess ideellrättsliga sida, understryker likt yttrandefriheten en respekt för den enskildes sätt att ge en individualiserad litterär eller konstnärlig form åt en tanke.

Motsättningen är också lika klar, eftersom den enes rätt att yttra sig per definition måste begränsas av att annans upphovsrätt kan omfatta en ensamrätt till just den form i vilket ett yttrandes innehåll framträder. Om någon i sitt offentliga yttrande vill återge annans upphovsrättsligt skyddade formuleringar så framträder onekligen en konflikt mellan rätten att yttra sig och rätten till det yttrade. I detta ligger inget egendomligt. Yttrandefriheten är starkare konstitutionellt omhuldad i Sverige än i kanske något annat land. Men den underkastas närmare besett en rad inskränkningar som inte bara har med upphovsrätten att skaffa, framtvingade exempelvis av hänsyn till sekretess och bestämmelser om förtalsbrott och andra former av otillåtna yttranden eller otillåtna offentliggöranden.

I huvudsak får man betrakta saken som ett *internt* upphovsrättsligt problem. Det kan nämligen göras gällande att den antydda konflikten har lösts internt inom upphovsrättens ram, främst som en följd av upphovsrättens separation mellan *idé* och *form*, i internationell doktrin känd som *the idea/expression dichotomy*. Alltså att rättsskyddet inte omfattar uppgifter, sakförhållanden, upplysningar eller idéer i vid mening, utan bara den originella litterära eller konstnärliga form i vilken sådant kan ha kommit till uttryck. Här framträder egentligen ingen konflikt mellan rätten att föra fram idéer och tankar offentligt och någon annans ensamrätt till verksinnehållets individualiserade form. Det kan också göras gällande att ”konflikten” bilagts genom de många legala inskränkningarna i upphovsrättslig förfoganderätt som framträder direkt i den svenska upphovsrättslagen, liksom i de flesta jämförbara utländska upphovsrättslagar, såsom till förmån för möjligheten att citera eller att återge skyddade verk vid nyhetsförmedling, att återge offentliga debatter och allmänna handlingar och att företa annan angelägen informativ verksamhet med hjälp av i och för sig skyddade verk.

De nationellt konstitutionella lösningarna för såväl upphovsrätten som yttrandefriheten varierar ganska mycket från land till land. Under 1900-talet är det dock typiskt att internationella traktater som fokuserar på grundläggande

mänskliga friheter och rättigheter explicit nämner upphovsrätten och detta ofta i samma kontext som just yttrandefriheten och den därtill anknyttande informationsfriheten.⁵ Det är härvidlag knappast fråga om en konflikt mellan dessa storheter, utan snarare om samverkan dem emellan och en exponering av uppfattningen att respekten för yttrandefriheten inte kan upprätthållas utan att respekten för vars och ens litterära och konstnärliga skapande också respekteras, typiskt sett som en grundläggande mänsklig rättighet.

Framträdande exempel utgör Artikel 27 i FN:s allmänna deklaration om mänskliga rättigheter av den 10 december 1948. Den fokuserar bl.a. på rätten för envar att ta del av andras kreativitet – ett slags rätt att informera sig och att njuta av konstnärliga resultat, något som sedan anknyter direkt till den enskildes rätt till sina litterära eller konstnärliga skapelser:

Artikel 27 (1): Envar har rätt att fritt taga del i samhällets kulturella liv, att njuta av konsten samt att bli delaktig av vetenskapens framsteg och dess förmåner.

Artikel 27 (2): Envar har rätt till skydd för de moraliska och materiella intressen, som härröra från varje vetenskapligt, litterärt eller konstnärligt verk, till vilket han är upphovsman.

Genomslaget för upphovsrätten, till viss del även för annan immaterialrätt, som en grundläggande mänsklig rättighet i FN-deklarationen förstärktes sedermera i FN:s så kallade *Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* som antogs den 16 december 1966, där immaterialrätten särskilt nämns.⁶

Somliga har i Artikel 27 (1) sett en grund för en frihet att skapa – *a freedom of creativity* – något som i så fall inte är riktigt detsamma som yttrande- eller informationsfrihet. Det förra fenomenet är inte företrädesvis en politisk rättighet eller en rätt att ha och ge uttryck för en uppfattning, såsom yttrandefriheten är, låt vara att en skapande frihet kan ses som ett villkor för det ofjätratade utövandet av yttrandefriheten. På det ensamrättsliga planet anknyter *Freedom of Creativity* mer till frågan hur privaträtten skall förhålla sig såvida en kreatör vill låna skapade element från en annan upphovsmans arbetsresultat. När upphovsrätten ställs mot yttrande- och informationsfriheten kan man lättare väga in det beprövade motsatsparet *idé – form*, varvid svaret ges som en följd av huruvida ett utnyttjande hänför sig till det sakliga innehållet i ett verk – dess idéer – eller till dess originella form – uttrycket.

Upphovsrättens status som en grundläggande mänsklig rättighet och dess koppling härvidlag till yttrandefriheten framträder också i den Europeiska konventionen av den 4 november 1950 om skydd för mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, EKMR, vilken i Sverige inkorporerats som lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga

rättigheterna och de grundläggande friheterna. Under rubriken ”Yttrandefrihet” säger artikel 10 EKMR följande:⁷

Artikel 10 (1): Var och en har rätt till yttrandefrihet. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser. Denna artikel hindrar inte en stat att kräva tillstånd för radio-, televisions- eller biografföretag.

Artikel 10 (2): Eftersom utövandet av de nämnda friheterna medför ansvar och skyldigheter, får det underkastas sådana formföreskrifter, villkor, inskränkningar eller straffpåföljder som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till – – hälsa eller moral eller för annans goda namn och rykte eller rättigheter – –.

EKMR omtalar således inte uttryckligen upphovsrätten som en mänsklig rättighet, eftersom den närmast presenteras som en naturlig inskränkning i yttrandefriheten. Men den fundamentala basen för upphovsrätten utgörs likväl inom denna ram av ”skyddet för egendom” i Artikel 1 i det första tilläggsprotokollet (d. 20 mars 1952) till EKMR och Artikel 8 EKMR om rätt till skydd för privat- och familjeliv.⁸ Det anses nog tämligen allmänt att upphovsrätt också enligt EKMR utgör en grundläggande mänsklig rättighet.

Upphovsrätten har i vissa länder fått genomslag i nationell statsrätt, inte bara i vanlig civilrättslig lagstiftning. Ett typiskt exempel på ett sådant genomslag är USA, där den konstitutionella basen för upphovsrätten är helt klar, något som får sin betydelse för dess umgänge med yttrandefriheten. I USA erkänns upphovsrätten i en utilitaristiskt präglad formulering direkt i konstitutionen, den så kallade *Copyright Clause*, vilken understryker upphovsrättens roll – ”to promote science and the useful arts...”.⁹

Mötet mellan upphovsrätt och yttrandefrihet sker i något mer diskreta former i de flesta europeiska stater. EKMR är i och för sig gällande, över lag genom att den inkorporerats i nationell lagstiftning, något som skedde under 1990-talet och som fått fart på frågan om förhållandet mellan upphovsrätten och yttrandefriheten.¹⁰ Det typiska inom Europa synes dock vara att domstolarna är obenägna att direkt tillämpa konstitutionell lag eller ens Artikel 10 EKMR på upphovsrättsliga gränsdragningsfall, för att i stället pröva yttrandefrihetsaspekter vid tolkning av de legala inskränkningar som upphovsrättslig lagstiftning själv tillhandahåller.¹¹ Det är också symptomatiskt att man i Europa haft en tendens att anlägga upphovsrättslig ensamrätt relativt brett, under det att de legala inskränkningarna typiskt nog får påtagligt snäv utformning och underkastas en restriktiv tolkning i praktisk tillämpning.¹²

Faktum är att veterligen inget annat land i Europa kan uppvisa ett mer distinkt

konstitutionellt genomslag för upphovsrätten än Sverige. I 1974 års regeringsform, RF, klargörs dess förhållande till yttrandefriheten jämte bestämmelser i tryckfrihetsförordningen, TF, och yttrandefrihetsgrundlagen, YGL, på ett sätt som nog saknar motstycke i andra länder. Detta följer främst av de lagändringar som trädde i kraft år 1976, låt vara att upphovsrätten, som redan framgått, tagits med i ett svenskt grundlagssammanhang långt tidigare.¹³

Basen utgörs av § 2:19 RF i dess lydelse från år 1976, vilken lakoniskt uttalar att ”författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag”. Härav följer att det *skall* finnas lagstiftning om de olika upphovsrätter som närmare besett omfattas. Genom att normgivningen, såväl civilrättslig som offentligrättslig sådan, har bestämts ha karaktär av lag finns inte utrymme för regeringen att på detta område meddela föreskrifter genom förordningar, bortsett från rena verkställighetsföreskrifter till existerande lag enligt 8:13 p 1 RF.¹⁴ Att detta förhållande också inverkar negativt på domstolarnas möjlighet att i upphovsrätten göra anpassningar till exempelvis yttrandefrihetsintressen har många gånger bekräftats i domspraxis. Högsta domstolen har i anslutning till lagutskottets uttalanden framhållit att upphovsrättslagen i sin gällande utformning får anses innefatta en lämplig avvägning mellan uphovsmännens intressen och intresset av fri opinionsbildning. Lagstöd kan dock finnas för att i atypiska situationer beakta yttrandefrihetsintressen av sådan dignitet att domstolarna måste ta ansvar för en friande dom vid åtal för intrång i upphovsrätten. Men hittills har ingen svensk domstol fattat ett sådant beslut.

Upphovsrättens begränsning av det yttrandefrihetsrättsliga fältet är som sagt konstitutionellt glasklar. Vid sidan av möjligheten till en ändamålstolkning¹⁵ utifrån grundlagsregleringens syften förekommer nämligen en *delegationsregel*, det vill säga en uttrycklig undantagsbestämmelse i TF och YGL till förmån för upphovsrätten. I TF finns denna delegationsregel i 1 kap. 8 §, och den har lett till lagstiftning på en rad områden.¹⁶ 1 kap. 8 § 2 st TF lyder:

Om den rätt som tillkommer upphovsman till litterärt eller konstnärligt verk eller framställare av fotografisk bild, och om brott mot att återgiva litterärt eller konstnärligt verk på ett sätt som kränker den andliga odlingens intressen, gälle vad i lag är stadgat.

Denna bestämmelse skall i sin tur ses i samband med att yttrandefriheten och informationsfriheten, om än noterade som de primära av de grundläggande fri- och rättigheterna i regeringsformen, får begränsas enligt densamma, nämligen så som framgår av 2 kap. 12 § RF. Enligt sistnämnda bestämmelse får sålunda yttrande- och informationsfriheten begränsas genom lag till förmån för ett antal i 2 kap. 13 § RF särskilt angivna ändamål, men också med avseende på sådant som uppbärs av särskilt viktiga skäl, varmed i främsta rummet avses just upphovsrätten. Dessa undantag från TF:s och YGL:s tillämpningsområden tillkän-

nager också att grundlagsstiftaren ansett att de inte kunnat regleras på lämpligt sätt utan det uttryckliga grundlagsstödet.

Att just upphovsrätten bland immaterialrätterna beretts grundlagsskydd beror på att den anses ha en väsentlig betydelse för åsiktsbildningen. Utifrån denna synpunkt har området för ”upphovsrätt” avgränsats på särskilt sätt i grundlagen. ”Författare, konstnärer och fotografer” är nämligen de som omfattas, alltså inte bara skapande konstnärer i vid mening utan även utövande konstnärer, såsom musiker, sångare och skådespelare. Däremot faller utanför denna grupp t.ex. designers, i deras roll som mönsterskapare, och uppfinnare, liksom de som inom ramen för så kallade närstående rättigheter får skydd som ljud- och filmproducenter eller som radiobolag. Därmed torde även databasframställare, vilka grundar sin rätt på *sui generis*-skyddet i 49 § URL falla vid sidan av grundlagsskyddet, även om detta kan diskuteras – frågan är ju hur stor betydelse som skapandet av databasen har för åsiktsbildningen.

Detta kan möjligen också uttryckas som så att upphovsrättslig förfoganderätt egentligen inte kan uppfattas som en begränsning av yttrandefriheten i grundlagens mening, eftersom möjligheten att framföra åsikter och meningar i för yttrandefriheten angelägna ämnen över lag lämnas oberörd av upphovsrättslig ensamrätt.

3. Svensk upphovsrätt i det internationella rummet

3.1 Konventionsbundenhet

Liksom annan immaterialrätt är upphovsrätten i sin helhet utpräglat internationell genom att den i stor utsträckning bygger på internationella överenskommelser snarare än på nationella särlösningar. I linje härmed är Sverige på upphovsrättens och de närstående rättigheternas områden bundet av ett stort antal internationella konventioner och överenskommelser.²⁰ Härtill kommer EG-rättens regelverk och dess harmonisering av upphovsrätten och de närstående rättigheterna för de tjugofem medlemsländerna. Konventionerna utgör dock inte omedelbart gällande rätt i Sverige, men svensk lagstiftning har utformats så att den återspeglar konventionernas innehåll. I vissa fall har det skett genom särskild lagstiftning, så kallad transformation. Domstolar och myndigheter anses också underkastade ett krav på att tillämpa *fördragskonform tolkning* – svenska lagregler skall tolkas mot bakgrund av de konventionsbestämmelser som de grundar sig på. Denna princip gäller generellt för Sveriges konventionsåtaganden.

Detta utesluter inte att ganska betydelsefulla nationella skillnader förekommer, uttryckta såväl i lagregler som i domspraxis, och att varje stat har sin egen upphovsrättsliga lagstiftning. Upphovsrätten är alltså nationellt avgränsad på så vis att svenska domstolar i princip skall tillämpa vad svensk rätt anger beträf-

fande sådant som äger rum i Sverige. Upphovsrätten är i den meningen underkastad en *territorialitetsprincip*. Men utrymmet för att etablera nya normer som avviker från våra konventionsåtaganden är minst sagt begränsat. Detta är en viktig insikt för den som föreställer sig att Sverige skulle kunna hålla sig med upphovsrättsliga normer som i grunden avviker från omvärldens.

3.2 Bernkonventionen

På det internationella planet regleras upphovsrätten framförallt av Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, BK, tillkommen redan år 1886 och sedan reviderad många gånger. BK:s medlemsstater bildar den union som brukar kallas Bernunionen. Sverige tillträdde BK år 1904. Idag är mer än hundrasextio stater medlemmar, bland dem globalt betydelsefulla stater som USA, Kina och Ryssland. EU är i sin helhet ansluten till BK och detsamma gäller varje land för sig inom gemenskapen.

Av särskild betydelse är att BK inte medger att upphovsrättsskyddet görs beroende av några särskilda formaliteter som t.ex. registrering av rättighetsanspråk eller den i praktiken ofta använda copyrightsymbolen © för att markera ett innehav av upphovsrätt. Detta är alltså grunden till att upphovsrättsligt skydd i Sverige och alla andra unionsländer tillkommer uphovsmannen redan genom att han eller hon skapar ett litterärt eller konstnärligt verk. Någon ansökan, registrering eller liknande formalitet krävs inte och får inte heller förekomma för att rättsskyddet skall bli verksamt. Härmed kan rättsskyddet göras gällande i alla unionsländer utan vidare förberedelser – det räcker med att ett verk har skapats.

BK bygger på två huvudprinciper som skall slå igenom i nationell lagstiftning. Först och främst skall varje konventionsland åta sig att ge skydd för verk från andra länder som har tillträtt konventionen. Skyddet skall i princip motsvara det som landets egna uphovsmän har enligt vad som kallas principen om *nationell behandling*. En utländsk uphovsman som är medborgare i ett unionsland kan alltså påräkna samma skydd för sitt verk i Sverige som svenskar erbjuds, men kan inte kräva tillämpning här av det rättsskydd som vederbörande har i sitt hemland, även om det skulle vara mer förmånligt.

Det nationella rättsskyddet får dock inte vara sämre än det *minimiskydd* som föreskrivs i BK. Det betyder bland annat att skyddstiden för ett verk inte får understiga femtio år räknat från uphovsmannens dödsår, förutom den tid som kan ha förflutit dessförinnan sedan verket skapades. Inom EU har man numera höjt ribban och alla medlemsländer måste erbjuda rättsskydd till och med utgången av det sjuttionde året efter uphovsmannens dödsår.²¹

BK:s materiella regler normerar inte bara skyddet av litterära och konstnärliga verk som sådant utan ger även vissa förutsättningar för utformningen av begränsningar i rättsskyddet i nationell rätt. För *inskränkningar* i grundrättig-

heterna uppställer BK dock vissa restriktioner. Främst bör uppmärksammas att artikel 9 (2) BK anger att inskränkningarna i en upphovsmans rätt i nationell lag bara får förekomma i ”vissa särskilda fall”, att de inte får göra intrång i det ”normala utnyttjandet av verk” och att en inskränkning inte heller får vara så anlagd att den ”oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen”. Bestämmelsen ger tolkningsregler för nationell upphovsrätt samtidigt som den primärt anger gränserna för ett medlemslands möjligheter att införa legala inskränkningar i upphovsrätten. Denna så kallade trestegsregel i BK har bara avseende på mångfaldiganderätten. Men den har uppmärksammats starkt på senare år som en generell norm för upphovsrättens balansering bl.a. mot konkurrensrättsligt färgade intressen. Bestämmelsen har nämligen fått direkt genomslag också i andra internationella lagprodukter som behandlas nedan, såsom i artikel 13 i TRIPS-avtalet och artikel 5:5 i EG:s Infosocdirektivet. Den framstår därför som ett viktigt instrument mot nationella försök att ersätta upphovsrättslig ensamrätt med mer eller mindre grovt tillyxade kollektiva vederlagssystem, såsom införande av en bredbandsavgift för att klarera alla utnyttjanden av verk på Internet.²² Sådant skulle direkt strida mot Sveriges konventionsåtaganden.

Vissa typer av nationella ersättningssystem som anknyter till skyddade verk anses dock inte alls vara av upphovsrättslig natur. Dit hör den svenska biblioteksersättningen som alltså inte omfattas av BK eller andra upphovsrättskonventioner.

3.3 WIPO, WCT, WPPT, WTO, TRIPS och Världskonventionen om upphovsrätt

Bernkonventionen administreras av en så kallad *Specialized Agency* under FN, nämligen *World Intellectual Property Organization*, WIPO, med säte i Genève. WIPO tar mycket aktiv del i upphovsrättens utveckling, naturligt nog främst såvitt gäller utvecklingsländerna, men med avsevärd betydelse också på europeisk och nordamerikansk nivå. I grunden åsyftas en global harmonisering.

Den stora anslutningen till BK gör det paradoxalt nog svårt att åstadkomma nya revideringar av konventionstexten, exempelvis för att matcha snabbt utvecklade tekniker och förmedlingsformer för utnyttjanden av upphovsrättigheter. Det brukar också framhållas att ett globalt verkande instrument av BK:s grundläggande dignitet varken bör eller kan förändras i takt med en explosiv utveckling av digital informationsteknologi. En annan begränsning hos BK är dess fokus nästan bara på auktorer och litterära och konstnärliga verk, varför den inte omfattar närstående rättigheter och inte heller anses bära utbyggas till att omfatta sådana.

I ljust härav skall man se två internationella överenskommelser från år 1996 som tillkom på WIPO:s initiativ, *WIPO Copyright Treaty*, WCT, och *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, WPPT. De båda överenskommelserna har sin grund i behovet av att åstadkomma nya regler för användning av upphovsrätts-

ligt skyddat material på Internet och andra digitala eller analoga nätverk och att åstadkomma liknande regler också för utövande konstnärer och fonogramproducenter.

WCT och WPPT får sin särskilda betydelse genom att de utgör utgångspunkten för EG:s Infosocdirektiv från år 2002. De var också incitamentet till den *Digital Millennium Copyright Act*, DMCA, som i USA reglerar upphovsrätten i de digitala nätverkens miljö. Infosocdirektivet liksom DMCA är dock mer detaljerade och går i vissa hänseenden längre än WIPO-fördragen som ju bringats till den nivå där en global enighet kunnat uppnås. Flera angelägna frågor fick därför skjutas åt sidan inför slutförandet av WCT och WPPT. Det var exempelvis inte möjligt att nå enighet om det internationella skyddet för *databaser* och för *audiovisuella* prestationer.

Idag har WCT och WPPT tillträtts av närmare femtio stater. Sverige tillträdde dessa fördrag i samband med förverkligandet av Infosocdirektivet. Ratificeringen av WCT föranledde ingen ny lagstiftning utöver den som således följde av genomförandet av EG-direktivet. Detsamma kan sägas i fråga om WPPT, med ett undantag avseende folklöre. WPPT definierar en utövande konstnär som en sådan som framför ”litterära eller konstnärliga verk eller uttryck av folklöre”. Utövande konstnärer har därför numera de rättigheter som föreskrivs i 45 § URL även så vitt avser framföranden av folklöre.²³

I sammanhanget bör åtminstone nämnas den på papperet världsomspännande *Världskonventionen om upphovsrätt*, VK, tillkommen år 1951, administrerad av FN-organet UNESCO. Men den har förlorat nästan all betydelse under efterkrigstidens starkt ökade anslutning till BK och som en följd av att Världshandelsorganisationen (WTO) bildades i början av 1990-talet. Genom WTO togs nämligen initiativ till en internationell normering av immaterialrättigheter genom en särskild överenskommelse som redan nämnts ovan – TRIPS.²⁴ Det tillkom genom den s.k. Uruguayrundan inom GATT och har ratificerats av Sverige och ett stort antal länder världen över. TRIPS innehåller dels allmänna principer för skyddet, dels verkställighetsregler, och tillskapar en sammanhängande immaterialrättslig skyddsordning med i det närmaste global omfattning och som knutits till WTO:s system för övervakning och tvistelösning. Bakgrunden är att söka i industriländernas missnöje med den omfattande internationella handeln med piratkopior och, vid sidan av upphovsrätten, varumärkesförfälskade varor. Upphovsrättens och övrig immaterialrätts handelspolitiska betydelse framträder således med särskild pregnans i den internationella uppmärksamhet som WTO åstadkommit på detta område.

TRIPS stora värde ligger i dess generella bestämmelser om tvistelösning länderna emellan och att ett särskilt organ inom WTO, TRIPS-rådet, övervakar efterlevnaden av förpliktelserna enligt avtalet. Handelssanktioner kan riktas mot en part som inte lever upp till sina förpliktelser. TRIPS bestämmelser ansluter nära till BK:s regler, men uppställer därutöver ett krav på mest-gynnad-nations-

behandling. Det innebär att varje förmån i fråga om immaterialrättsligt skydd som ett medlemsland beviljar vilket som helst annat medlemslands rättssubjekt, måste villkorslöst medges rättssubjekten i alla andra WTO-länder. Dock medges vissa undantag, nämligen i de fall då BK ger skydd på grundval av reciprocitet i stället för nationell behandling. Därmed omöjliggörs i princip bilaterala avtal på upphovsrättens område mellan medlemmar av WTO.

URL uppfyllde redan tidigare de krav som TRIPS uppställer såvitt gäller speciella normer för rättigheternas utformning. Genom lagändringar under 1980- och 90-talen avseende immaterialrättens sanktionssystem i den svenska lagstiftningen, såsom möjligheterna till förbudstalan, interimistiska beslut m.m. i kombination med gängse regler för beslag och husrannsakan enligt rättegångsbalken, motsvarar svensk rätt även i dessa hänseenden vad TRIPS kom att föreskriva. Emellertid var det nödvändigt att komplettera svensk rätt med en form av civilprocessuell säkerhetsåtgärd, så kallad *intrångsundersökning*, nämligen för att uppfylla kraven i artikel 50 i TRIPS. Sådant förfarande beslutas nu av domstol på begäran av en rättsinnehavare – upphovsmannen själv, hans rättsinnehavare eller annan licenstagare – och genomförs av kronofogden i syfte att säkra bevis hos den som skäligen kan misstänkas för immaterialrättsintrång.²⁵

3.4 EG-rätten

Inom EU stod redan tidigt klart behovet av särskilda bestämmelser för immaterialrättigheter, eftersom sådana i grunden ansågs och anses synnerligen betydelsefulla och principiellt välmotiverade, något som framträder i den respekt för ”immateriell äganderätt” som kommit till uttryck i artikel 36 i EU-fördraget. Arbetet med att åstadkomma konventioner, förordningar och direktiv på upphovsrättens och det industriella rättsskyddets områden inom EU gick dock till att börja med ganska trögt, men accelererade snabbt med kulmen under 1990-talet. Gemenskapen har på ganska få år genererat inte mindre än åtta ingripande direktiv enbart på upphovsrättens och de närstående rättigheternas områden (till vilka i sammanhanget även skyddet för halvledare, chips, bör räknas):

Rådets direktiv av den 16 december 1986 om rättsligt skydd för kretsmönster i halvledarprodukter (87/54/EEG).

Rådets direktiv av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (91/250/EEG) – *Softwaredirektivet*.

Rådets direktiv av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (92/100/EEG) – *Uthyrnings- och utlåningsdirektivet*.

Rådets direktiv av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändringar via kabel (93/83/EEG) – *Sat/cab-direktivet*.

Rådets direktiv av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (93/98/EEG) – *Skyddstidsdirektivet*.

Europaparlamentets och Rådets direktiv av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (95/9/EG) – *Databasdirektivet*.

Europaparlamentets och Rådets direktiv av den 21 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (2001/29/EG) – *Infosocdirektivet*.

Europaparlamentets och Rådets direktiv av den 27 september 2001 om upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (2001/84/EG) – *Följerättsdirektivet*

Samtliga direktiv har implementerats i svensk rätt. Ytterligare ett direktiv med särskild betydelse för upphovsrätten i nätmiljön, 2004 års så kallade sanktionsdirektiv, skulle också ha varit förverkligat i medlemsländerna redan under år 2006. I Sverige föreslagna lagändringar för att genomföra sanktionsdirektivet avses träda i kraft den 1 juli 2008.²⁶

Allmänt sett finns en strävan inom EU att åstadkomma *harmonisering* av nationell upphovsrätt och närstående rättigheter, snarare än att tillskapa en särskild EG-rätt, varför just direktivet blivit EU:s speciella instrument på detta område. Ett särskilt problem är härvidlag att undvika konflikt med vad de redan etablerade internationella konventionerna bjuder. Alla staterna i Gemenskapen är därför anslutna till BK. Det föreligger också en rådsresolution av den 14 maj 1992 om att medlemsstaterna skall vara anslutna till BK i dess senast reviderade form, den så kallade Paristexten.

Kommissionens upphovsrättsliga policy inför 1990-talet kan alltså sammanfattas som en tydlig strävan till omfattande lagharmonisering. Utgångspunkten är uppfattningen att den tekniska utvecklingen kräver skydd för sådana kulturella och ekonomiska tillgångar som normalt baseras på upphovsrätt. Harmoniseringsdirektiven har genomgående utformats så att skyddsnivån höjts i paritet med nivån i det EU-land som erbjuder det mest omfattande skyddet på området. Tendensen inom EU är därför helt klart en förstärkning av upphovsmännens och de närstående rättigheternas positioner.

Tendensen till vidgat och fördjupat rättsskydd underblåses också av förbudet mot att diskriminera någon inom EU på grund av nationalitet, vilket uttryckts i

artikel 12.1 i EG-fördraget, något som befördrar likformiga regler för alla medborgare i EU-länderna. EG-domstolens uppmärksammade domar rörande den brittiske sångaren och komponisten Phil Collins ställer icke-diskrimineringen i ett intressant perspektiv, i det fallet med avseende på utövande konstnärers rättsskydd. En piratupptagning av en konsert med Phil Collins i USA hade spritts bl.a. i Tyskland. Tysk rätt förbjöd sådan spridning endast under förutsättning att artisten var tysk medborgare. Av domarna framgår att den tyska lagregeln medförde en otillåten diskriminering på grundval av nationalitet och att den upphovsrättsliga lagstiftningen i EU-länderna måste likabehandla upphovsmän från det egna landet och från andra EU-länder.²⁷

EU:s enhetssträvanden syftar dessutom längre än att bara avse medlemsstaterna och detta för att undvika regionala obalanser inom världssamfundet beträffande skyddsnivåer och därav följande olägenheter vid rättighetsbaserad handel. Kommissionens allt starkare engagemang i WTO- och WIPO-sammanhang skall ses mot den bakgrunden.

Intresset för rättsskyddets tillämpning inom ramen för ny informationsteknologi intar en särställning inom EU, något som fick stöd och substans också genom 1996 års WIPO-fördrag WCT och WPPT. Men inte förrän år 2001 kunde ett direktiv antas som smälte samman alla de synpunkter som upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället genererar, således i det så kallade Infosocdirektivet och som genomfördes i svensk rätt så sent som den 1 juli 2005. I särskild grad är det sådana fenomen som digital kopiering, överföringar till allmänheten, tillgängliggöranden vid *on-demand*-situationer och elektroniska skyddsåtgärder som övervägts under lång tid och som alltså slutligen inflöt i Infosocdirektivet. För svensk upphovsrätts vidkommande krävde genomförande inga särskilt långtgående lagändringar – däremot har förverkligandet inneburit att lagtexten blivit tydligare och att rättens tillämpning i den digitala miljön och på Internet underlättats.

En annan central EG-rättslig fråga rör den så kallade konsumtionspunkten för upphovsmäns rätt att sprida fysiska exemplar. Allmänt accepteras att spridningsrätten inte kan göras gällande beträffande specifika exemplar av verk sedan de lovligen satts på marknaden – rätten är då ”konsumerad”. Men frågan är om detta skall ha *nationell*, *regional* eller *global* effekt. Den frågan har påtagligt intresse vid handel med upphovsrättigheter. Traditionellt har de nordiska länderna hävdat principen om global konsumtion av spridningsrätten och har motsatt sig varje form av importförbud för exemplar som lovligen utgivits någonstans i världen. Men genom artikel 4:2 i Infosocdirektivet har nationell rätt harmoniserats på så vis att endast en första försäljning inom Gemenskapen med upphovsmännens samtycke skall ge upphov till konsumtion av spridningsrätten inom Gemenskapen, det vill säga att principen om regional konsumtion skall gälla som en maximiregel. Dessutom klargör artikel 4:1 i Infosocdirektivet att konsumtion bara kan tillämpas på spridning av *fysiska exemplar*, inte vid tillhandahållande av

tjänster. Därmed står klart att rätten till överföringar i elektroniska nätverk av skyddade prestationer – till exempel tillgängliggörande på en hemsida – inte är föremål för vare sig nationell, regional eller global begränsning av ensamrätten, eftersom fråga då inte alls är om spridning i upphovsrättslig mening.

Under 1980-talet kunde man notera att det främst var satellit- och kabeldistribution som på upphovsrättens område engagerade EU-organen. Detta ledde fram till det direktiv som påbjuder medlemsländerna att på särskilt vis reglera rätten för radio- och TV-företag att sända upphovsrättsligt skyddat material via satellit och kabel, det så kallade Sat/Cab-Direktivet. Avsikten var att tillförsäkra upphovsmännen ett effektivt och adekvat skydd och att minska de risker härvidlag som olikheter i nationell rätt kan medföra. Här kan särskilt noteras att rättigheterna enligt detta direktiv i grund och botten skall klareras genom frivilliga avtal, i vart fall inte genom någon form av tvångslicens. Detta är symptomatiskt – tämligen genomgående har de upphovsrättsliga EG-direktiven presenterat lösningar som bygger på att utnyttjanden skall regleras på grundval av sedvanlig avtalsrätt, det vill säga frivilliga överenskommelser mellan marknadsaktörer.

Inom EU är det EG-domstolen i Luxemburg som är den högsta uttolkaren av EG-rätten. Men i varje land inom Gemenskapen är det de nationella domstolarna som i enskilda mål skall tillämpa EG-rätten. Med ett medlemskap i EU skjuts därmed rättspraxis och arbetet med rättsfallstolkning mer i förgrunden än vad som har varit karaktäristiskt för svenska domstolars arbete, vilka varit påtagligt orienterade till svenska lagars förarbeten. Det kan även bli aktuellt för svenska domstolar att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen, något som hittills inte skett på den egentliga upphovsrättens område, men väl beträffande närliggande rättsfrågor om radorätt och även såvitt gäller Databasdirektivets *sui generis*-skydd. Flera av de direktiv som framlagts på upphovsrättens område är tillkomna som en direkt följd av EG-domstolens avgöranden, såsom uthyrnings- och utlåningsdirektivet och skyddstidsdirektivet.²⁸

4. Skyddet för självständigt skapande – det litterära eller konstnärliga verket

I linje med vad som sägs i Bernkonventionen har svensk upphovsrätt sedan gammalt skyddat enbart två kategorier av verk, vad som i 1 § URL anges ”litterära och konstnärliga verk”. De båda kategorierna famnar dock väldigt mycket och går utöver vad uttrycken i andra sammanhang skulle betyda rent språkligt. Det litterära verket inbegriper inte bara språkverk och det konstnärliga verket kan röra såväl rent estetiskt syftande prestationer på konstens klassiska områden som objekt med ren nyttoinriktning och har därmed en klar öppning såväl mot det industriella och nyttopräglade området som mot litteraturens, konstens och underhållningsvärldens alla yttringar. Den lista över verkstyper som finns i 1 §

1 st URL skall uppfattas som exemplifierande – där sägs också att skyddet även omfattar verk ”som har kommit till uttryck på annat sätt”.

I det moderna informationssamhället har det således en särskild betydelse att till de *litterära* verken hänförs inte bara litterära prestationer, språkverken, såsom skönlitterära och facklitterära framställningar eller varje annat uttryck i textuell form, utan alla former av beskrivande framställningar oavsett hur dessa kommit till uttryck. I 1 § 2 st URL anges särskilt att hit hör även ”kartor, samt andra i teckning eller grafik eller i plastisk form utförda verk av beskrivande art”. Man kan alltså ta fasta på att det upphovsrättsliga litterära begreppet omfattar alla mänskliga framställningar som i någon mening förmår beskriva något, oavsett om detta sker med ord eller något annat uttrycksmedel. Det är därför närmast självklart att exempelvis datorprogram hänförs till de litterära verken, och att detta var ett faktum redan innan lagstiftaren fann för gott att år 1989 uttryckligen ange programvarornas hemort i URL.²⁹ Genom anknytningen till egenskapen att beskriva något placerar således URL inom den litterära kategorin allt från i snäv mening litterära prestationer, såsom böcker, tidningsartiklar, reklamtexter och privatbrev, till i vid mening beskrivande objekt, såsom tabeller, grafiska framställningar, plastiska demonstrationsobjekt och datorprogram.

I URL görs däremot inget försök att definiera vad som menas med ett *konstnärligt* verk. I motiven framhålls att konstnärliga är ”alla former, i vilka det förekommer att verk tillskapas med konstnärlig ambition och i syfte att nå en konstnärlig verkan”.³⁰ Likväl skiljer URL mellan fyra kategorier av konstnärliga verk – *konstverk*, *filmverk*, *musikaliska verk* och *sceniska verk*. Åtskillnaden har inte minst betydelse för tillämpningen av lagens inskränkande regler i 2 kap URL, vilka alltså kan ha avseende på enbart en av de fyra kategorierna.

Upphovsrättens stora betydelse för det moderna informationssamhället är i mycket en följd av det flexibla verksbegreppet i URL. En dimension härav är att begreppet litterärt verk även kan omfatta resultat av *urval* och *redigering* eller en *sovrande* verksamhet med i och för sig oskyddade uppgifter eller element. Detsamma kan vara fallet när olika komponenter som ingår i ett dylikt arbetsresultat faktiskt är skyddade var för sig. Ett samlingsverk, såsom en lyrikantologi, består typiskt sett av ett antal var för sig skyddade dikter, vartill således kan läggas ett rättsskydd för den som gjort urvalet. Ett sådant modernt fenomen som den elektroniska databasen kan därför vara upphovsrättsligt skyddad just i de hänseenden som den uppvisar ett originellt urval av uppgifter eller genom den individuella redigering eller sökordning som flödet av information i databasen kan ha strukturerats efter. Härtill kommer att databaser har ett skydd *sui generis*, av sitt eget slag, enligt 49 § URL, alltså som en närstående rättighet.

Det upphovsrättsliga skyddet kommer dock inte i fråga redan genom konstaterandet av att något är litterärt eller konstnärligt. Härutöver krävs att en prestation är ett verk i lagens mening, varmed avses att prestationen uppvisar ett visst mått av *individuell särprägel* och *självständighet* gentemot vad andra har

gjort tidigare och, med den terminologi som används inom EU, *originalitet*. Man brukar säga att sådana egenskaper ger en prestation verkshöjd.

Däremot omfattar det upphovsrättsliga skyddet inte idéer, sakförhållanden, upplysningar, fakta, uppgifter och liknande fenomen. Något förenklat kan man därmed säga att skyddet endast avser *hur* något uttryckts av en människa, men däremot inte *vad* som kommit till uttryck. Det är nämligen bara den *form* som en upphovsman förmått ge åt dylika företeelser som kan ge underlag för rättsskydd. Originalitetskravet skall därför ha avseende på denna form, t.ex. den språkdräkt som förmedlar vissa idéer eller upplysningar. Formen skall kort sagt vara bärare av det personliga uttryck som en upphovsman förmått ge åt en idé och som kan karaktäriseras som en ”andlig, skapande insats”.³¹ Denna avgränsning av rättsskyddet medför alltså att spridning av upplysningar, slutsatser och information om händelser och allsköns fenomen i tillvaron aldrig kan vara beroende av upphovsrättsliga medgivanden – av det skälet finns inte heller någon egentlig konflikt med yttrande- och informationsfriheten och upphovsrätten, såsom noterades ovan i avsnitt 2.2.

Det sist sagda ger i sin tur konkretion åt uttryckssättet i 1 § URL, att upphovsrätt tillkommer ”den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk”. Det är alltid resultat av mänskligt skapande som ger underlag för upphovsrättsligt skydd, inte något som härrör från en slumpgenerator, en ”kreativ” dator, ett djur eller en juridisk person. Dessutom bör uppmärksammas att det upphovsrättsliga skyddet varken beror på någon som helst kvantitativ eller kvalitativ bedömning i bemärkelsen att viss volym måste uppnås, att viss arbetsvolym eller kostnad tagits i anspråk eller att ett resultat av mänsklig möda uppfyller någon gängse smaknorm. Begrepp som ”kvalitet”, ”ekonomiskt värde” eller ”avsedd användning” är inte relevanta för bestämning av skyddsobjektet.

Genom att det upphovsrättsliga skyddet anknyter till den originalitet eller den individuella särprägel som upphovsmannen förmått ge en viss form är det naturligt att skyddet även verkar mot andras *bearbetningar* av ett skyddat verk eller utnyttjanden av *delar* därav. För att konstatera förekomsten av ett upphovsrättsligt beroende utnyttjande är det tillräckligt att det originella momentet framträder i det som andra i övrigt gjort. Utnyttjanden av blott några takter ur ett musikaliskt verk eller en viss strukturering ur ett datorprogram kan därför vara nog för att tillstånd måste inhämtas. En annan sak är att även bearbetaren kan uppnå eget rättsskydd för sitt arbete. Såvida bearbetningen tillkommit i *fri anslutning* till ett redan föreliggande verk, alltså som ett nytt och självständigt verk av det slag som omtalas i 4 § 2 st URL, så erhåller bearbetaren skydd alldeles oberoende av förlagans rättsskydd. Om bearbetaren däremot översatt eller eljest överfört ett föreliggande verk till annan litteratur- eller konststart så får han skydd för sitt bidrag i denna gestalt, men är samtidigt beroende av det rättsskydd som alltjämt tillkommer det bearbetade verket, allt enligt 4 § 1 st URL.

Närmare besett ger anknytningen till originalitet ett *skyddsomfång* kring ett

verk som i praktiken varierar med måttet av originalitet eller individuell särprägel som ett objekt i förekommande fall kan anses uppvisa. Skyddsomfånget kan därför vara ganska ansenligt för vissa verk eller tvärtom vara så smalt för andra att det endast ger skydd mot mycket närgångna, nästan slaviska, efterbildningar. I detta hänseende skiljer sig upphovsrättigheter radikalt från de så kallade närstående rättigheterna – för de senare gäller att skyddet bara har avseende just på det framförande, den upptagning eller den fotobild etc som sådant skydd kan avse.

Det är nog obestridligt att kraven på sådan självständighet och individuell särprägel som kan sägas resultera i originalitet inte placerats på särskilt hög nivå i Sverige. Det är däremot knappast korrekt att påstå att kravet på originalitet numera skulle vara så obetydligt att det i realiteten upphört att vara en betydelsefull faktor vid bestämmande av rättsskyddet. Man kan nog säga att skyddskraven i Sverige väl motsvarar vad som numera är gängse i Kontinentaleuropa – i vart fall kan inga väsentliga skillnader påvisas i den jämförelsen. Också från rättspolitiska utgångspunkter, särskilt av hänsyn till yttrande- och informationsfriheten och inte minst för att upprätthålla rågången mot naken redovisning av information, fakta och upplysningar som sådana, är det betydelsefullt att ställa vissa krav på individuella och personliga drag hos den form i vilken ett verk kommit till uttryck. Det sker också i svensk och utländsk domstolsprövning.³²

5. Upphovsrättslig ensamrätt

5.1 Ensamrättens funktion

Upphovsrätt i dagligt tal avser en rättsinnehavares ensamrätt att förfoga över sitt verk på de sätt som bestämts i upphovsrättslagen. I grunden handlar det om två förfogandeformer – *framställning av exemplar* och *tillgängliggörande för allmänheten*. Det har sedan länge visat sig nödvändigt att använda sig av breda och förenklande uttryck för att beskriva förfogandeformerna – härigenom görs inte upphovsrätten beroende av varje steg i teknikutvecklingen och en viss medie- eller teknikneutralitet erhålls. Det är varken meningsfullt eller möjligt att ordna en upphovsrättslig lagreglering som är kasuistisk på det sättet att den i minsta detalj rabblar upp nyttjandeformer som skall vara omfattade av ensamrätten. Den givna utgångspunkten är att en upphovsman enligt 2 § URL har ”uteslutande rätt att förfoga över verket”, något som utgör ett samlande begrepp såväl för upphovsrättens föremål som dess innehåll. Tanken är att ensamrätten helt enkelt skall ha avseende på alla utnyttjanden som har någon ekonomisk betydelse i samhället.³³ I stort sett erbjuder alla länder inom Bernunionen ett rättsskydd av likartat slag.

Ensamrätten löper över ansenlig tid, alltså från det ögonblick som ett verk är

skapat och intill utgången av det sjuttionde året efter upphovsmannens dödsår. Därmed fokuserar rätten i princip på de angivna förfogandeformerna närhelst de inträffar under skyddstiden. Ensamrätten är sanktionerad, vilket förstås betyder att en överträdelse av uppställt förbud eller ett utnyttjande utan erforderligt medgivande kan bestraffas som det lagbrott det i förekommande fall är.

I anglo-amerikansk upphovsrätt är förfoganderätten lagtekniskt anlagd som en förbuds rätt, vilket nog ger en negativ klang i somligas öron. Emellertid ligger knappast upphovsrättens poäng i förbudet som sådant. Snarare tvärtom! Genom ensamrätten blir det möjligt för rättsinnehavaren att ställa verket till marknadens förfogande på rimliga villkor. Utan rättsskydd kan man räkna med att marknadens aktörer skulle eftersträva någon alternativ form av kontroll, till exempel genom hemlighållande, genom sekretessklausuler med motparter och eljest genom att avtalsvis försöka få ut all ersättning för gjorda investeringar i det initialskede i vilket man ännu har fysisk kontroll över sitt original. Fanns inte upphovsrätten skulle den genast behöva uppfinnas – historien ger klart besked härvidlag.

Det är onekligen så att ensamrätten inbjuder till en öppenhet och tillgänglighet som kommer den intresserade allmänheten till del och som ger underlag för den välordnade licensmarknad som i sin tur ger rättsinnehavarna en möjlighet till kostnadstäckning eller rentav vinst och därmed incitament till nya såväl kreativa som finansiella insatser till fromma för all slags medieproduktion. Ensamrätten har alltså förmågan att fördela kostnaderna för medieprodukterna över tid och dessutom relaterade till faktisk konsumtion – om ensamrätten inte fanns under den givna skyddstiden så skulle de som vill skapa och tillhandahålla verk vara tvungna att söka viss reveny enbart genom att försöka kontrollera något slags originalexemplar.

Genom ensamrätten kan rättsinnehavaren också välja när, var och hur marknaden skall adresseras från tid till annan, åtminstone så vitt gäller nya exemplar eller vid nya tillgänglighörenden som sker efter hand. Detta ger också stöd för ordnade marknadsförhållanden och för strategiskt viktiga val vid förmedlingen av verk till allmänheten. Den stimulerande effekt som ensamrätten har för insatser och investeringar i kulturproduktion är uppenbar. Härtill kommer förstås det rimliga i att upphovsmän kan vilja överväga huruvida deras prestationer alls skall nå allmänheten och i så fall i vilket skick. Ensamrätten har därmed även en ideellrättslig dimension genom att i praktiken skydda även annat än rent ekonomiska värden. Men rättsinnehavare vill typiskt sett att allmänheten skall få del av skyddade verk. Lagstiftaren har genom den civilrättsliga ordning som upphovsrätten utgör skapat den plattform på vilken olika intressen kan gynnas på ett för helheten riktigt sätt. Om detta råder konsensus i alla rättsstater världen över.

Ensamrätten framgår koncentrerat av 2 § URL, alltså dels som en rätt till exemplarframställning och dels en rätt att göra skyddade verk tillgängliga för

allmänheten. Numera har detta preciserats väl i lagtexten, främst genom att den senare huvudkategorin, tillgängliggörande för allmänheten, rymmer fyra klart åtskilda nyttjandeformer, nämligen *överföring till allmänheten*, *offentligt framförande*, *offentlig visning* och *spridning till allmänheten*. Sammantaget rör vi oss alltså med fem olika nyttjandeformer som utgör upphovsrättslig ensamrätt.

5.2 Exemplarframställning

Upphovsrättens klassiska fundament rör *exemplarframställning* av ett verk. Härmed avses verkets *fixering* i fysiska exemplar, något som kan ske med vilken teknik eller i vilken form som helst. Detta innebär att såväl nu kända som i framtiden tillkommande tekniker för exemplarframställning omfattas av detta lagrum. Det handskrivna brevet, den tryckta boken, ljudboken, tidningsartikeln, fonogrammet, fotokopian, CD:n, videogrammet och det litografiska bladet är alla exempel på sådana exemplarformer. Någon distinktion mellan original och reproduktion är inte nödvändig. Eftersom något krav på teknisk beskaffenhet hos exemplaret inte uppställts i lagen så kan man utgå från att även digitala eller eljest endast maskinläsbara fixeringar utgör exemplar i lagens mening, således i samma mån som för människor direkt läsbara eller eljest med mänskliga sinnen omedelbart förnimbara manifestationer. Skyddade verk som finns på hårddisken eller i datorns RAM utgör onekligen exemplar av verken i fråga. Över huvudtaget strävar lagstiftaren efter teknikneutralitet på detta område.³⁴

Ofta används i detta sammanhang uttrycket ”mångfaldiganderätt”. Men rätten till exemplarframställning utgör inget kvantitativt mått. Det är inte fråga om produktion av ett visst, större, antal exemplar för att rätten skall tas i anspråk, utan varje nytt exemplar omfattas av upphovsmannens ensamrätt om det återger ett skyddat verk. En enda kopia av ett verk, kanske den första och enda reproduktionen av förlagan som man känner till, omfattas av ensamrätten i samma mån som tusentals kopior av en bokutgåva.

Inte heller har tidsfaktorn någon reell betydelse. Även högst tillfälliga exemplar kan omtalas som exemplar i lagens mening, till exempel sådana som uppstår i en dators arbets- eller *cache*-minne eller i en server då datorn utnyttjas. Redan EG-direktiven om datorprogram och om databaser gav skydd inte bara åt ”permanent” reproduktion utan även åt ”tillfällig” sådan. Exemplarets upphovsrättsliga status är således inte en följd av dess potentiella varaktighet eller materiella beständighet. Efter implementeringen av Infosocdirektivet framgår detta direkt av lagtexten, 2 § 2 st URL: ”Framställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker. . .”

Tidigare fanns i URL en bestämmelse om en särskild form för exemplarframställning, nämligen med avseende på överföring av ett verk ”på anordning, genom vilket det kan återgivas”. Man åsyftade då exemplarframställning genom

överföring på särskilda anordningar som var ämnade för uppspelning eller annan *återgivning*, såsom upptagningar på grammofonskivor och film. Genom att lagändringarna per den 1 juli 2005 omfattar all exemplarframställning, oavsett metod och form, är det klart att även sådana medier för återgivning omfattas, varför bestämmelsen om överföring blev överflödigt. Den nya distinktionen framstår som betydelsefull i snabba digitala medier, främst vid gränsdragning gentemot vad som utgör en annan förfogandeform, nämligen *överföring* till allmänheten.

Tidigare har också gjorts gällande att lagen bygger på förutsättningen att en fixering skall vara så ”självständig” att den kan *spridas* bland allmänheten exempelvis genom försäljning.³⁵ Detta skulle kunna leda till en åtskillnad mellan en fixering på en dators hårddisk och andra, mer ”transienta”, fixeringar. Emellertid är en sådan åtskillnad mellan självständiga och osjälvständiga kopior i digital form inte längre relevant i ljuset av 2005 års lagändringar till förverkligande av Infosocdirektivet.

Sammanfattande kan sägas att exemplarframställningsrätten numera framstår som bättre tydliggjord i lagtexten än som tidigare var fallet och att den därmed är förhållandevis lätt att observera. Nyckelord för förståelse av denna del av ensamrätten är teknikneutralitet och oberoendet av kvantitet och tid.

5.3 Tillgängliggörande för allmänheten

Den andra grundläggande upphovsrättsliga nyttjandeformen avser alla slags åtgärder som syftar till att *göra ett verk tillgängligt för allmänheten*. Även detta är ett samlande uttryck som principiellt lämnar öppet hur tillgängliggörandet sker – det avgörande är att verket genom åtgärden potentiellt riktas till allmänheten. 2005 års lagändringar till förverkligande av Infosocdirektivet innebar att det övergripande begreppet tillgängliggörande för allmänheten visserligen kvarstod, således med samma innebörd som tidigare, men som redan nämnts finns numera under detta paraply de fyra separata förfogandeformerna överföring till allmänheten, offentligt framförande, offentlig visning och spridning till allmänheten. Dessa förfoganden inte bara exemplifierar vad som kan vara ett tillgängliggörande för allmänheten utan skall uppfattas som samtliga pusselbitar i den övergripande rätten. En betydande vinst som följer av den nya ordningen är att var och en av de olika förfogandeformerna kan ha avseende på vilken som helst typ av litterärt eller konstnärligt verk.

All överföring, framförande, visande och spridande av skyddade verk omfattas dock inte av upphovsrätten, eftersom dessa rättigheter företrädesvis begränsas till förfoganden som riktats till allmänheten. Vissa förfoganden i slutna kretsar jämföras dock med till allmänheten riktade åtgärder enligt den så kallade kompletteringsregeln som beskrivs nedan i avsnitt 2.5.7. Man bör också notera att begreppet ”allmänheten” inte alls har omdefinierats eller preciserats eller i

övrigt påverkats genom 2005 års lagstiftning – vägledning erbjuds i detta hänseende alltjämt av hittillsvarande ganska rika svenska domspraxis på området.³⁶ Klart är att man även härvidlag bör se bortom den tekniska konstruktion som valts i det enskilda fallet för att i stället på grundval av en helhetsbedömning se till effekterna av ett förfogande. Följande hållpunkter gäller därför alltjämt.

Det upphovsrättsliga offentlighetsbegreppet innefattar principiellt allt som inte sker inför helt slutna kretsar. Formell eller skenbar slutenhet utesluter inte ensamrättens tillämplighet. Det upphovsrättsliga begreppet ”allmänhet” kan därför sägas bygga främst på *faktisk öppenhet* mot allmänheten. I princip spelar därmed antalet faktiskt närvarande individer ingen som helst roll, inte heller om de potentiellt berörda individerna är samtidigt närvarande eller ej. Men en tillämplig parameter kan också vara, såvida ett visst mått av slutenhet föreligger, det antal individer som faktiskt berörs av framförandet, till exempel då så många som hundra personer fördelade på fyrtio bostäder kan få del av ett framförande. Moderna fenomen som *TV-on-demand*, då enskilda personer i sina bostäder väljer individuell tidpunkt för sitt TV-tittande, kan därför väl rymmas inom rätten till överföring eller framförande.

Något liknande gäller inte för spridning av verksexemplar, eftersom därmed avses varje form av försäljning, uthyrning, utlåning, pantsättning, gåva etc. som sker till ”allmänheten”. För att anses som en upphovsrättslig spridningsåtgärd kan det vara tillräckligt att exemplar hålles i lager för försäljning, alltså redan när de *erbjuds* en allmänhet. Den ovan allra först omnämnda grundrättigheten, att framställa exemplar, är däremot inte alls begränsad till förfoganden som riktar sig till någon form av offentlig krets eller allmänhet, låt vara att vissa undantagsregler praktiskt sett för in också den rättigheten på en spelplan som ligger utanför den enskilde individens privata utnyttjanden.

5.4 Överföring

Begreppet överföring till allmänheten avser varje *distansöverföring* av verk från en plats till en annan. Distansöverföring skall uppfattas som ett teknikneutralt begrepp och kan därför ske trådbundet eller trådlöst, i analog eller digital form och har förmågan att absorbera alla framtida, ännu ej kända, tekniker för överföring. De typiska fallen utgörs av radio- eller TV-utsändningar av rundradiotyp. Men också långt mer småskalig överföring, såsom mellan olika bostadslägenheter och mellan olika hotellrum.³⁷

Andra typiska överföringar till allmänheten är att göra verk tillgängliga på Internet genom att de laddas upp (läggs ut) på en webbsida. Över huvud taget torde alla former av tillhandahållande av verk på Internet vara omfattade av överföringsrätten, något som ligger helt i linje med de ambitioner som bär upp WIPO-fördragets och Infosocdirektivets ”communication to the public”, en förfogandeform som just avses täcka all slags transmittering och annat tillgäng-

liggörande av verk i moderna elektroniska nätverk. Endast tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för att överföring skall kunna ske utgör däremot inte i sig upphovsrättslig överföring. En nätverksoperatör som enbart tillhandahåller ledningar för andras överförande av verk är troligen inte beroende av rättsinnehavarnas tillstånd för den trafik som kan ske.³⁸

Att rigga så kallade hypertextlänkar på Internet kunde tidigare uppfattas som en art av offentligt framförande.³⁹ Numera bör samma typ av förfogande falla inom ramen för begreppet överföring. I vart fall så kallad djuplänkning och förmodligen också vad som brukar kallas *frame links*.⁴⁰ Vägledande är att länken fokuserar direkt på skyddade verk och inte bara utgör en hänvisning till en plats där det kan finnas skyddade verk. Men överföring rör förstås inte rumslig förflyttning av ett och samma fysiska exemplar – då är det fråga om spridning. Och förekommer förfoganden inom en och samma plats som adresserar en allmänhet så är det åter närmast fråga om offentligt framförande, såsom den nyttjandeformen numera bestäms – se nedan.

Överföring till allmänheten inbegriper också distansöverföring som sker på sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer. Därmed uttalas att *interaktiv* kommunikation, således beroende av individuella val och tillgängliga tekniker hos individer ur allmänheten, väl omfattas av ensamrätten till överföring. Att exempelvis göra verk tillgängliga genom filbytarprogram (*peer-to-peer*) är en fråga om överföring, givetvis under förutsättning att en allmänhet i tillräcklig mån är berörd av åtgärden.

5.5 Offentligt framförande

Rätten till offentligt framförande har tidigare varit en förfogandeform som förmått fånga upp alla möjliga beteenden, även sådana som inte helt naturligt ryms inom dess språkliga formel, såsom radiosändningar och djuplänkning på Internet. De nyss nämnda nyttjandeformerna faller ju numera inom ramen för överföringsrätten. Efter den 1 juli 2005 har offentligt framförande reducerats såtillvida som den endast har avseende på sådana fall då verket görs tillgängligt för allmänheten på *samma plats* som den där allmänheten kan ta del av verket. Liksom tidigare omfattar därför offentligt framförande alla levande framföranden till en närvarande publik, såsom konsertanta musikaliska framföranden eller skådespelares agerande på teaterscenen inför publik. Som tidigare är det inte heller nödvändigt att någon publik de facto är närvarande – det ligger i det gängse allmänhetsbegreppet i upphovsrätten att även den potentiellt närvarande publiken, möjligheten för en allmänhet att närvara, räcker för att framföranderätten skall anses ianspråktagen.

Emellertid kan framföranderätten göras gällande oavsett om framförandet sker med eller utan tekniskt hjälpmedel. Den potentiellt närvarande publiken kan alltså få del av verken via en TV:s bildskärm eller någon annan teknisk

anordning. En TV-utsändning utgör en överföring till allmänheten, under det att exempelvis den restaurang eller det offentliga bibliotek som fångar upp utsändningen och låter den framträda på en storbilds-TV åstadkommer ett offentligt framförande av sändningsinnehållet. TV-sändningen resulterar således i åtminstone två skilda förfoganden i det nämnda exemplet. Men ett offentligt framförande är givetvis inte beroende av att en föregående överföring har ägt rum. Eftersom 2005 års ändringar inte avsåg att utvidga upphovsmannens ensamrätt beträffande tillgängliggörande för allmänheten så har heller inte någon ny rättighet skapats som inte fanns tidigare inom den ramen.⁴¹

5.6 Offentlig visning och spridning till allmänheten

Före 2005 års förverkligande av Infosocdirektivet var det så att visningsrätten och rätten till offentligt framförande inte förmådde på nöjaktigt vis omfamna tillgängliggörande för allmänheten av texter, notblad, bilder och andra konstverk, särskilt inte om det skedde ”indirekt”, med hjälp av tekniska hjälpmedel. Numera har klarhet vunnits genom att visning, liksom spridning, alltid har avseende på det fysiska objektet som sådant i vilket ett verk framträder. Den gamla benämningen *exemplarrätt* för visnings- och spridningsrätten är numera helt adekvat – det är fråga om visning, exponering för det mänskliga ögat, eller spridning i geografisk mening av specifika exemplar av boken, notbladet eller etsningen.

Av visningsrätten kvarstår således numera bara sådana fall som då en tavla eller en skulptur eller en bok placerats i butikens skyltfönster eller när ett skyddat objekt finns till påseende inför allmänhetens blickar utan hjälp av teknisk förmedling. Hit hör förstås även gängse former för konstnärlig utställningsverksamhet, men inte i de fall då galleribesökare kan betrakta datorlagrade verk på en bildskärm. Även enkla tekniska anordningar som diabildsprojektorn, en overheadapparat eller andra former av hjälpmedel för projektion av ett verk på en vägg eller duk åstadkommer ett *framförande*, inte en visning av objektet i fråga. Såvida ett tekniskt hjälpmedel används dras alltså en gräns mot upphovsrättslig visningsrätt. Den sistnämnda rör alltid ett visualiserande direkt för det mänskliga ögat av ett fysiskt objekt, utan hjälp av några anordningar. Konstverk som samlats på en DVD blir föremål för ett framförande när upptagningen spelas upp inför en publik, under det att objekten i fråga visas om de faktiskt finns i samma rum som tittarna. Från visningsrätten har helt enkelt förts bort alla fall där något tekniskt hjälpmedel används. Alla verk, oavsett kategori, som förmedlas med något tekniskt hjälpmedel *framförs* eller, om det sker på distans, *överförs*.

I linje med det sagda rör den andra formen av exemplarrätt, *spridning*, att exemplar av ett verk utbjuds till försäljning, uthyrning eller utlåning eller eljest tillhandahålls allmänheten i form av en fysisk vara. Detta är klart uttryckt i Info-

socdirektivet, något som understryker att förmedlingsformer i nätmiljön av skyddade verk och andra prestationer aldrig kan handla om exemplarspridning av det skyddade objektet. Den mest betydelsefulla inskränkningen i spridningsrätten, nämligen att exemplaret får fritt spridas vidare sedan det med upphovsmannens samtycke överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), spridningsrättens så kallade konsumtion, har därför ingen som helst bäring på verksanvändning i nätmiljön. Den betydelsefulla effekten härav är att annars skulle verk som med upphovsmannens samtycke lagts ut på Internet få ”spridas” vidare i nätverken. Sådan användning kan däremot utgöra exemplarframställning, överföring och framförande, förfoganden som inte är underkastade någon konsumtion. Samma norm gäller numera oavsett typ av verk.

Viss särreglering för olika verkstyper förekommer dock fortfarande beträffande de spridningsformer som inte alls är underkastade vare sig nationell, regional eller global konsumtion, nämligen *uthyrningsrätt* och *utlåningsrätt*, rättigheter som i olika mån hållits intakta av Uthyrnings- och utlåningsdirektivet. Uthyrningsrätten gäller således även efter överlåtelse inom EES för alla verk (utom för byggnader och exemplar av brukskonst). Utlåningsrätten är en betydligt svagare pjäs och konsumeras inom EES såsom annan spridningsrätt enligt huvudregeln, men med undantag för datorprogram i maskinläsbar form och filmverk. Exemplar av maskinläsbara programvaror och filmverk får därmed inte utan rättsinnehavarens medgivande utlånas till allmänheten i Sverige, inte ens av den som efter överlåtelse blivit ägare till exemplaret i fråga. För andra exemplarägare ligger utlåning däremot vid sidan av upphovsrätten, såsom biblioteksutlåning av böcker och fonogram.

5.7 Kompletteringsregeln

Såväl överföringsrätten som framföranderätten har byggts ut med en så kallad kompletteringsregel som utgör ett klart avsteg från kravet på att överföring och framförande av verk skall ske till allmänheten för att omfattas av ensamrätten. En upphovsman har nämligen ensamrätt även till överföringar och framföranden av skyddade verk som sker inför en *sluten* krets, om den kretsen kan uppfattas som *större* och under förutsättning att förfogandet sker i *förvärvsverksamhet*. Denna hjälpregel avser att tillgodose upphovsmannens intresse av att på basen av sin upphovsrätt få ekonomisk ersättning för framföranden i alla de situationer där ekonomisk kompensation ter sig rimlig och realistisk även om en allmänhet inte är närvarande, nämligen på arbetsplatser och eljest i sammanhang där yrkesverksamma är närvarande i sin förvärvsverksamhet men utan att allmänheten har tillträde.

Begreppet ”förvärvsverksamhet” har tolkats tämligen brett av Högsta domstolen. Även verksamheter som inte drivs i vinstsyfte eller som finansieras av allmänna medel omfattas, såsom medicinsk vård i landstingets regi.⁴² Också

sådant som inte kan betecknas som förvärvsverksamhet i företagsekonomisk mening kan inbegripas – det kan räcka med att i verksamheten ingår inslag av ”ekonomisk verksamhet”, bl.a. med avseende på byggnader, material och löner. Den springande punkten är alltså att verksamheten har starka inslag som kännetecknar näringsverksamhet. Framföranden i slutna personalutrymmen vid ett sjukhus som drivs av landstinget kan alltså falla under ensamrätten, såvida dessa utrymmen också samlar ett större antal individer, åtminstone över tid, något som kan vara fallet även om endast några få personer samtidigt brukar vara närvarande vid varje tillfälle.

Kompletteringsregeln har av gammalt främst berört så kallad industrimusik, exempelvis i form av återgivning av radioutsändning eller uppspelning av musik för de anställda på en gentemot allmänheten avgränsad arbetsplats. Även andra avgränsade utrymmen kan omfattas av hjälpregeln, såsom film- eller ljuduppspelningar på bussar eller flygplan eller ljudboksuppspelningar på bibliotek. Skall sådana utnyttjanden ske måste den för överföringen eller framförandet ansvarige teckna avtal med berörda upphovsmän.

Kompletteringsregeln berör efter lagändringar per den 1 juli 2005 alla slags verk. Numera kan ju alla typer av verk såväl överföras som framföras i lagens mening, varför också kompletteringsregeln fått en i motsvarande mån ökad betydelse. *Överföringar* och *framföranden* av texter, ritningar, tabeller och bilder, liksom alla andra typer av verk, inom ett företag eller en organisation som kan anses adressera en större krets människor i förvärvsverksamhet, om än ej riktad till allmänheten, omfattas således av kompletteringsregeln.

6. Inskränkningar i ensamrätten

Ensamrätten är onekligen brett anlagd eftersom den bärs upp av principen att rättsinnehavaren skall ha en möjlighet att få ekonomiskt utbyte av alla utnyttjanden av verk som är av någon betydelse. Härigenom är den också avgränsad på ett ganska naturligt sätt till just den ekonomiskt relevanta arenan. Detta är dock inte helt lätt att åstadkomma genom att positivt och en gång för alla i korta ordalag ange vissa ensamrättigheter. Det har sedan gammalt visat sig nödvändigt att balansera den grundläggande ensamrätten med en rad inskränkningar som anges direkt i URL och som tar hänsyn till olika intressen och behov hos allmänheten att kunna nyttja skyddade verk utan att behöva inhämta tillstånd vid varje enskilt tillfälle.

Skälet härtill är egentligen att upphovsrättsligt skyddade verk används ymnigt i alla tänkbara sammanhang i samhället, i privatlivet, i näringslivet, inom myndigheter och eljest i alla slags offentliga sammanhang – olika hänsyn till vägande samhällseliga behov måste då tas. URL har löst problemet genom att i lagtexten rada upp preciserade undantag från ensamrätten. Metoden är lite tungrodd, men

tillämpas i all upphovsrättslig lagstiftning världen över. Alla inskränkningar måste dock ses i ljuset av de konventionsåtaganden som Sverige underkastat sig och som framgick ovan främst i avsnitt 2.3. Avsteg från principen om ensamrätt kan alltså ske endast under särskilda omständigheter och måste vara förenliga med direktiv och internationella överenskommelser.

I anslutning härtill skall man observera att inskränkningarna i ensamrätten inte är anlagda som veritabla rättigheter för någon att kunna göra det som inskränkningen omtalar. Att framställa kopior för privat bruk utan att dessförinnan ha inhämtat det medgivande som annars, om inskränkningen inte fanns, skulle ha erfordrats, är alltså något som lagstiftaren erbjuder den enskilde individen såsom en möjlighet. Men den enskilde har ingen rätt att få en kopia – saknar den intresserade individen en erforderlig förlaga så kan vederbörande inte kräva att få en sådan för att kunna göra sig en egen kopia.

De laggivna inskränkningarna finns alla i 2 kap. URL, något som ger viss kontur åt ensamrätten. Exemplarframställning är den förfogandeform som till antalet underkastats flest inskränkningar. Detta torde främst vara en följd av att kopiering av verk inte avgränsats av något offentlighetskriterium och därför, genom tillgången numera på reproduktionstekniker, förekommer i så många sammanhang. Men även rättigheterna inom ramen för att göra verk tillgängliga för allmänheten omfattas av en rad inskränkningar i 2 kap. URL – i särskild mån gäller detta visnings- och spridningsrätterna.

Man måste korrekt fastställa vilken upphovsrättslig förfogandeform, om någon, som ett beteende i det enskilda fallet utgör. Varje inskränkning är nämligen typiskt sett knuten till endast någon eller några av de olika ensamrättigheterna. Inskränkningarna i 2 kap. URL utgör i huvudsak en uttömmande lista på de begränsningar som förfoganderätten enligt 2 § URL är underkastad. Högsta domstolen har som ovan nämnts principiellt avvisat möjligheten att intolka nya eller vidgade begränsningar annat än i helt atypiska situationer. Som en följd av upphovsrättens bas i grundlagen finns inte heller utrymme för regeringen att t.ex. meddela föreskrifter på detta område, bortsett från verkställighet till existerande lag.

Emellertid torde förekomma som en ren *de minimis*-regel att en upphovsman kan få tåla ej laggivna inskränkningar i sin rätt om fråga är om tredje mans möjlighet att försvara sig eller att i övrigt tillgodose sin rätt inför domstol.⁴³ I linje härmed ligger att tolkningen och tillämpningen av inskränkningarna skall ske med viss restriktivitet och att en diskutabel vägning i det enskilda fallet mellan det som framstår som huvudregeln, upphovsmannens ensamrätt enligt 2 § URL, och inskränkningen normalt får ske med särskild omsorg om huvudregeln.

Mot den bakgrunden ter det sig naturligt att inskränkningarna främst velat gynna högst väsentliga *informationsintressen* i samhället som inte omedelbart tillgodoses redan genom upphovsrätten som sådan – i grunden befördrar ju upphovsrätten den breda tillgången till information och upplysning i samhäl-

let. Sådana informationsintressen som gynnas förekommer i huvudsak inom bildnings-, forsknings- och biblioteksväsendet, vid nyhetsrapportering och genom tillgången till vad som framförts i offentliga debatter och i allmänna handlingar.

Här finns också en flora av inskränkningar som vill dra gränsen mellan privatliv och offentligt liv. Också detta ter sig naturligt inte minst därför att den publika marknadsplatsen, där ekonomiska nyttiggöranden historiskt sett, har funnits i en annan miljö än i privatlivet. Men privat kopiering kan numera framstå som en form av massutnyttjande eftersom den breda allmänhetens tillgång till hemelektronikens alla produkter medför att privata kopior kan framställas i en omfattning som förstås ter sig svindlande ur ett historiskt perspektiv. I den meningen har det ekonomiskt relevanta utnyttjandet ofta kommit att ske i konsumentledet. För datorprogrammets och databasernas vidkommande har sådan brist på kontroll över massutnyttjanden sett sig orimlig enligt givna EG-direktiv, varför också privat kopiering förts in under ensamrätten för sådana prestationer. För upphovsrättens alla typer av verk gäller i princip motsatt förhållande, men med flera reservationer för specifika verk eller verkstyper. En generellt giltig regel är dock att privat kopiering i vart fall inte får ske med utnyttjande av en förlaga som i sig är otillåten, typiskt sett en piratkopia som någon gjort tillgänglig på Internet.

Man måste också observera att de legala inskränkningar i förfoganderätten som upptagits i 2 kap. URL i stort sett över lag kan göras gällande endast i ett läge då upphovsmannen frivilligt lämnat sitt verk ifrån sig. De olika inskränkningarna förutsätter nämligen typiskt sett att verket i fråga antingen *offentliggjorts* eller att exemplar av verket *utgivits* eller *överlåtits* med upphovsmannens tillstånd. Någon av de nyss angivna förutsättningarna måste således vara uppfylld inför en korrekt tillämpning av inskränkningen, alltså den som uttryckligen har avseende på inskränkningen i fråga, eljest är den legala inskränkningen inte tillämplig.

Det kan också observeras att visningsrätten i sin nya tappning är underkastad blott några få inskränkningar, vilka främst har avseende på konstverk för vilka visning förstås har mer påtaglig betydelse. För alla slags verk gäller dock att exemplar som omfattas av utgivning får visas offentligt utan föregående medgivande av upphovsmannen, något som också gäller för överlåtna exemplar av konstverk, 20 § URL. För utgivna eller överlåtna exemplar av konstverk gäller att om de framträder i televisionsprogram eller i en film och där har en underordnad betydelse med hänsyn till programmets eller filmens innehåll, så får exemplarframställning, spridning, offentligt framförande och överföring till allmänheten av konstverket ske genom filmen eller programmet. Detsamma gäller för konstverk som förekommer i bakgrunden av eller eljest ingår som en oväsentlig del av en bild, 20 a § URL.

Sammantaget kan man se att rätten till exemplarframställning, överföring

och offentligt framförande är de mest värdefulla inslagen i den upphovsrättsliga ensamrätten, de till antalet många inskränkningarna i exemplarframställningsrätten till trots, eftersom de likväl har ansenlig bredd och styrka. Rätten till spridning och visning framstår däremot som svagare och därmed ekonomiskt mindre betydelsefulla för de flesta upphovsmän, eftersom upphovsmännen till de flesta typer av verk inte kan kontrollera specifika exemplar annat än fram till den första överlåtelsen. Den EG-rättsligt initierade utyrningsrätten utgör dock ett instrument för upphovsrättsligt kontrollerad spridning för vissa verkstyper, främst på film- och programvarumarknaderna.

Noter

1. Se *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, Frankfurt am Main 1962, s 21 f.
2. Se *Strömholm*, Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, bd I, särsk. s 46 f.
3. Se *Eberstein*, Den svenska författarrätten, Stockholm 1923, s 4 ff.
4. Se t.ex. *Petri*, Upphovsrätten och dess intressenter, Svenska Föreningen för Upphovsrätt 50 år, 2004, s 33 ff, särsk. s 36 f.
5. Se *Kerever*, Authors' rights are human rights, Copyright Bulletin 32/1999 s 18 ff.
6. Artikel 15 (1)(c) i United Nations Covenant on Economic, Social and Cultural Rights lyder: "The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone – – – To benefit from the protection of the moral and material interest resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author."
7. Texten återges här i den nya översättning som intagits i SFS 1998:712.
8. Jfr *B.P. Hugenholtz*, Copyright and Freedom of Expression in Europe, Rochelle Cooper Dreyfuss, Harry First and Diane Leenheer Zimmerman (utg.), Innovation Policy in an Information Age, Oxford University Press, 2000.
9. U.S. CONST. Art. I, § 8, cl. 8.
10. Se särskilt *M.D. Birnhack*, Acknowledging the Conflict between Copyright Law and Freedom of Expression under the Human Rights Act, [2003] ENT. L.R., issue 2, s 24 ff.
11. Se Court of Appeal [2001] E.M.L.R. 44 (CA), Ashdown v. Telegraph Group Ltd.
12. Se ALAI Study Days, The Boundaries of Copyright, Cambridge 1998.
13. Jfr *J. de Meij*, Copyright and Freedom of expression in the Swedish Constitution: An Example for the Netherlands? Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram, Kabel/Mom (ed.), The Hague, London, Boston 1998, s 323 ff.
14. Jfr SOU 1975:75 s 207 f och prop. 1975/76:209 s 262 ff.
15. En begränsning av grundlagsreglerad yttrandefrihet kan ske till förmån för tillämpningen av allmän lag redan på grundval av en ändamålstolkning av grundlagsregleringen utifrån dess syften. Ändamålstolkningen kanske främst kommit att åberopas i den marknadsrättsliga lagstiftningen, såsom beträffande marknadsföringslagen (1995:450) och lagen (1978:800) om namn och bild i reklam.
16. Sådana delegationsregler har också införts beträffande alkohol- och tobaksreklam, 1:9 p 1 och 2 TF, hälso- och miljöfarlig reklam, 1:9 p 3 och kreditupplysning, 1:9 p 4. Senast har barnpornografi genom regeln i 1:10 TF kommit att helt falla utanför TF.
17. Se *H. Ragnemalm/G. Petrén* Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, 12. uppl. 1980, s 77.
18. Se *G. Petrén/H. Ragnemalm*, a a s 86 f.
19. Jfr Rättighetsutredningens betänkande SOU 1978:34, Förstärkt skydd för fri- och rättigheter, s 181.
20. För en översikt av konventioner, direktiv och förordningar på immaterialrättens område i svensk språkdräkt kan hänvisas till *Nordell*, Traktatsamling i immaterialrätt, 2003.

21. Se *Ricketson*, The Berne Convention for the protection of literary and artistic works 1886–1986, London 1987, och (andra reviderade upplagan) *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond, Vol I & II, Oxford 2006. En god och väl genomarbetad introduktion till konventionerna på immaterialrättens område, som också kastar ljus över WIPO:s arbete, är WIPO:s Intellectual Property Reading Material, en publikation som kontinuerligt hålls uppdaterad och som finns tillgänglig genom nedladdning hos www.wipo.org.
22. Se *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, The Hague/London/New York 2004.
23. Se *Reinbothe/von Lewinski*, The WIPO Treaties 1996, The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty. Commentary and Legal Analysis, London 2002; *Ficsor*, The Law of Copyright and the Internet, the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, Oxford 2002.
24. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade of Counterfeit Goods; avtalet finns publicerat i prop. 1994/95:35, del C s 103 ff.
25. Reglerna om intrångsundersökning finns i 56 a–56 h §§ URL. Se gärna *Bengtsson/Lyxell*, Åtgärder vid immaterialrättsintrång, Stockholm 2006.
26. Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter. Föreslagna lagändringar finns i Ds 2007:19, Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG.
27. Se de förenade målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins/Imtrat, REG 1993 s 1-5145. Jfr EG-domstolens dom i mål C-360/00, REG 2002 s 1-5089, Land Hessen vs Ricordi, där domstolen fann det otillåtet för ett EU-land att tillämpa kortare upphovsrättslig skyddstid för ett verk av medborgare i ett annat EU-land än för landets egna medborgare.
28. En god och väl koncentrerad kommentar till alla EG-direktiv på upphovsrättens område, liksom till de viktigare internationella upphovsrättsliga fördragen, ges i Dreier/Hugenholtz (ed.), Concise European Copyright Law, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006.
29. Upphovsrätten gäller däremot inte i fråga om s k chips, det vill säga kretsmönster för halvledarprodukter, 10 § 2 st URL. För chips finns särskilda bestämmelser, först materialiserade i lagen (1986:1425) om skydd för kretsmönster i halvledarprodukter, främst tillkommen för att åstadkomma reciprocitet med USA, sedermera i den nya lagen (1992:1685), vilken utgör svensk rätts implementering av rådsdirektivet 87/54/EEG om rättsligt skydd för kretsmönster i halvledarprodukter. För rätt till kretsmönster krävs att det är resultatet av en ”egen intellektuell insats” av den som skapat det och att det inte är allmänt förekommande inom halvledarindustrin. Rätten till kretsmönster innebär en uteslutande rätt att framställa exemplar av mönstret, att i kommersiellt syfte importera exemplar av det och att göra mönstret tillgängligt för allmänheten.
30. Se SOU 1956:25 s 65.
31. Se SOU 1956:25 s 66.
32. Prejudikatbildningen är inte obetydlig avseende det originalitetskrav som lagstiftaren i huvudsak överlät till rättspraxis att utmejsla. Se NJA 1965 s 523, Svensk Bokkatalog (NIR 1966 s 250); NJA 1990 s 499 (NIR 1990 s 671), Gotlandsmotiv, kommentarer till sistnämnda fall av Rosén i Juridisk Tidskrift 4/1990-91 s 278 ff och *Karnell* i NIR 3/1990 s 591 ff; NJA 1994 s 74 (NIR 1994 s 143), Smultronmönster, kommentarer av *Karnell* i NIR 1/1994 s 85 ff och *Levin* i NIR 2/1994 s 237 ff; NJA 1995 s 164, Tunika; NJA 1995 s 256, Nummerbanken, kommentar av *Rosén* i JT 1/1995-96 s 124 ff; NJA 1998 s 563, Modulritningar; NJA 2002 s 178, EMI v. Drängarna; NJA 2004 s 149, Pergo. Samtliga domar mellan 1997 och 2002 finns kommenterade av *Rosén*, Svensk rättspraxis. Upphovsrätt och närstående rättigheter 1977 – 2002, SvJT 2/04, s 146 ff.
33. Se prop. 1960:17 s 60. Se också de kompletterande principiella övervägandena i prop. 1992/93:214 s 41 f.
34. Jfr övervägandena i prop. 1996/97:111 s. 31 f, jämförda med prop. 2004/05:110, särsk. s 53 f. Se även fallen NJA 1981 s. 313, Två herrars tjänare, och NJA 1995 s. 256, Nummerbanken – det förre avsåg ett fotografi av ett scenografiskt verk, det senare återgivning i digital form av en elektronisk nummerbank – båda ger vissa förtydliganden till vad som ligger i begreppet exemplarframställning. I NJA 1996 s 79 framhöll Högsta domstolen att varje överföring till en

BBS, varvid "upload" av ett datorprogram äger rum, utgör en kopiering av programvaran som kräver upphovsmannens medgivande. Se också Svea hovrätts dom 1997-11-28, DT 17, Skriet; ett fotografi av en uppblåsbar vinyldocka som återgav en figur från Munchs målning "Skriet" utgjorde ett exemplar av Munchs verk. Se om exemplarframställning i digitala former i *Rosén*, Swedish Software Law, Juridiska fakulteten i Stockholm; skriftserien nr 46, 1995.

35. Se propositionen 1996/97:111 om genomförandet av databasdirektivet, särsk. s 32.

36. Se t.ex. NJA 1980 s 123, Mornington, och NJA 1988 s 715, Södermanlands landsting.

37. Se prop. 2004/05:110 s 73.

38. Jfr prop. 2004/05:110 s 74 f, med referens till beaktandesats nr 27 till Infosocdirektivet.

39. Se NJA 2000 s 292, Djuplänkning av MP3-filer.

40. Se prop. 2004/05:110 s 71 ff.

41. I prop. 2004/05:110 s 67 påpekas därför att den rättspraxis som bildats rörande sådana distansöverföringar som dittills klassats som offentliga framföranden skulle vara vägledande även när dessa förfoganden benämns överföring till allmänheten. Att ett visst beteende faller inom ramen för tillgängliggörande för allmänheten framgår således alltjämt av NJA 1980 s 123, Mornington; NJA 1986 s 702, Demonstrationsmusik; NJA 1988 s 715, Södermanlands landsting och NJA 2000 s 292, MP3-filer. De tillståndsberoende offentliga framföranden som befanns ha ägt rum t.ex. i fallen från 1980 och 2000 skulle numera omtalas som överföringar till allmänheten.

42. Se NJA 1988 s 715, Södermanlands landsting.

43. Se *Rosén*, Offentlighetsprincipen och upphovsrätten, Medie- och immaterialrätt, 2003, särsk. s 135 ff; dens. Upphovsrätten som hinder för satir, parodi och travesti? Uppsatser i medierätt, Juridiska fakulteten i Stockholm; skriftserien nr 42, 1993, s 118 ff. Jfr NJA 1985 s 892, Manifestet; NJA 1987 s 89, Demonstrationsmusik; NJA 1993 s 482, Uppsala stadshus.

3. Upphovsrätten i en digitaliserad värld

av Jan Rosén

1. Upphovsrätten i digital miljö

1.1 Lagstiftarens förhållningssätt till ny teknik

Den senaste men säkert inte sista hållplatsen på upphovsrättens resa med en dynamisk teknikutveckling är förstås digitaliseringen och digitalteknikens användning i världsomspännande trådburna nätverk eller vid trådlös kommunikation. Internet och *world wide web* står som samlande fenomen för kommunikation med objekt som typiskt sett omfattas av upphovsrättsligt skydd. Som så ofta förr under upphovsrättens långa existens kan vid olika teknikskiften viss dissonans uppstå vid utformning och tillämpning av upphovsrättens regelsystem. Men man bör observera att grunddragen i den upphovsrättsliga regleringen håller rätt väl för tekniska innovationer och nya förmedlings- eller distributionsformer. Det har alltså visat sig att inriktningen på exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten utgör väl användbara formler för att upphovsrättens övergripande idé och funktion skall uppfyllas, oavsett i vilken miljö den förekommer. I den meningen utgör den digitaliserade nätmiljön ingen dramatisk nyhet. Lagstiftarens förhållningssätt har alltid varit att sträva efter lagreglernas teknikneutralitet och oberoende av varje teknikskifte.¹

Därmed är förstås inte sagt att upphovsrätten, lika lite som annan lagstiftning, inte kan behöva uppdateras så att den fungerar väl i det samhälle den skall tjäna. I Sverige liksom i alla andra jämförbara stater har detta entydigt skett genom att rättsskyddet över tid har förstärkts så att det inte skall falla vid sidan av nya och ständigt tillkommande nyttjandeformer. Inte minst har de senaste decenniernas vård av upphovsrätten inom europeiska gemenskapen tagit sig uttryck just i en anpassning av rättsskyddet så att det förmår behålla sina goda funktioner också i en föränderlig värld av massutnyttjanden. Det är i det ljuset man skall se till exempel Infosocdirektivet, vilket ju har som övergripande syfte att hålla upphovsrätten uppdaterad i en digitaliserad nätmiljö.

1.2 Tekniska skyddsåtgärder

En relativ nyhet är att sistnämnda direktiv, mot bakgrund av Sveriges tillträde till WIPO-fördragen, erbjuder skydd för så kallade tekniska skyddsåtgärder. Det rör sig nämligen om straffsanktioner riktade mot den som, utan samtycke från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare, kringgår en digital eller analog spärr som hindrar eller begränsar exemplarframställning av ett skyddat verk. Detsamma gäller kringgående av ett tekniskt skydd som hindrar eller begränsar tillgängligheten för allmänheten av ett sådant verk. Inte heller är det tillåtet att tillverka, importera, överföra, sprida eller att i förvärvssyfte inneha eller eljest marknadsföra anordningar för brytande av teknisk skyddsåtgärd. Det är alltså fråga om att vid sidan av vad upphovsrättslig ensamrätt innebär erbjuda straffsanktioner mot vissa åtgärder som är riktade mot tekniska skyddsanordningar.

Informationsfriheten hålls dock intakt genom att teknikskyddet inte har

avseende på allmänna handlingar eller i övrigt vid användning i rättsvårdens intresse. Inte heller rör det ljudradio- eller TV-sändningstjänster. Ett undantag från förbudet gäller också för den som kringgår en teknisk åtgärd för att kunna se eller *lyssna* på ett skyddat verk som finns på ett exemplar till vilket vederbörande har lovlig tillgång.

Reglerna om tekniska skyddsåtgärder skall ses i ljuset av skyddsbehov som uppkommer framförallt vid digitaliserade massutnyttjanden på Internet och som upphovsrättslig ensamrätt som sådan inte anses kunna erbjuda. Redan år 1992 infördes för övrigt straffbestämmelser i URL riktade mot tillhandahållande i förvärvssyfte av ”hjälpmedel” som kan användas för att bryta skyddsanordningar för exemplarframställning av datorprogram. Utanför URL finns också åtskilliga lagregler om förbud för tillhandahållande, marknadsföring eller användning av avkodningsutrustning, såsom i avkodningslagen (2000:171).

1.3 Tillfälliga exemplar

En betydelsefull nyhet per den 1 juli 2005 är att rätten till exemplarframställning inte skall ha avseende på ”tillfälliga former av exemplar”. Det är främst fråga om sådana flyktiga exemplar som utgör en helt *integrerad del i en teknisk process* för överföring i nät mellan ”tredje parter” och som därvid spelar en underordnad roll, 11 a § URL. Bestämmelsen återgår direkt på den för medlemsstaterna tvingande artikeln 5.1 i Infosocdirektivet och har alltså som huvudsyfte att möjliggöra överföringar i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller eljest genom någon användning som sker med upphovsmannens tillstånd.

Denna inskränkning bygger på föreställningen att det vid all användning som sker på Internet och i andra digitala nätverk uppkommer tillfälliga kopior i servrar och routrar som tas i anspråk vid överföringar. Vad som åsyftas är företrädesvis användningsformer för vilka varken nätverksoperatörer eller användare av persondatorer kan påverka den omständigheten att kopior i och för sig uppkommer. Men även så kallade *cache*-kopior torde omfattas av inskränkningen, vilka faktiskt kan tidsbestämmas för effektiviserade funktioner i nätverken. Inskränkningen gäller även för enskilda personer som via sin dator tittar eller lyssnar på material som återfinns på Internet, men utan att vederbörande laddar ner materialet. Tillfälliga kopior uppstår visserligen även då – utan att den enskilde laddar ned någonting – men dylika tillfälliga kopior i samband med lyssnande eller betraktande omfattas således av undantaget i 11 a § URL.

1.4 Nedladdning, uppladdning och fildelning

Bland inskränkningar i rätten att framställa exemplar har ovan uppmärksamats enskilda personers möjlighet att utan konflikt med upphovsrätten utnyttja verk genom att framställa exemplar för helt privata ändamål av offentliggjorda

exemplar. Det har också framgått att denna möjlighet inte avser exemplarframställning med nyttjande av en förlaga som i sig är otillåtet framställd eller tillgängliggjord för allmänheten i strid med ensamrätten. Dessa distinktioner får sägas vara framdrivna av digitalteknikens tillämpningar just i nätmiljön.

Överlag gäller att även inskränkningarna är underkastade betydelsefulla *avgränsningar*, bl.a. såtillvida som datorprogram inte alls är föremål för någon inskränkning för privat kopiering och som enskild digital kopiering av sammanställningar (databaser) i digital form, inte berörs av reglerna om privat bruk. Avgränsningar framträder även i de särskilda reglerna för framställning av exemplar av musikaliska verk, filmverk, bruksföremål och skulpturer för enskilt ändamål, 12 § 2 st. URL – för sådan framställning får inte utomstående anlitas.

Samtidens hypereffektiva kopiatorer har också lett till att det ter sig orimligt att någon ens för privat bruk skall få kopiera hela bokverk. Litterärt verk i skriftlig form får därför kopieras i sin helhet endast om det är av begränsat omfång, eljest endast med avseende på begränsade delar av verket i fråga. Sistnämnda avgränsning av möjligheten till privat kopiering är teknikneutral och avser således såväl papperskopior som digitala exemplar.

Detta betyder att enskilda fysiska personer väl kan ladda ned verk från källor i nätmiljön för sitt eget privata bruk utan att inhämta tillstånd från rättsinnehavaren, men nyss angivna restriktioner måste förstås beaktas. Privat exemplarframställning genom *nedladdning* och bevarande på en nätansluten dators hårddisk ligger alltså principiellt utanför ensamrätten, såvida inte förlagan är i sig otillåten genom att vara framställd eller tillgängliggjord i strid med ensamrätten. Inte heller får den enskilde bryta ett digitalt kopieringslås eller annan så kallad teknisk skyddsåtgärd för att kunna kopiera en förlaga som finns på Internet. Det är också förbjudet för den private kopiatören att använda det framställda exemplaret för andra ändamål än privat bruk. Att juridiska personer, företag, organisationer och sammanslutningar inte kan framställa kopior inom ramen för privat bruk ter sig givet. Andra inskränkningar, såsom kopiering inom ramen för citaträtt, kan däremot gynna även juridiska personer, förutsatt förstås att detaljregleringen i varje inskränkande bestämmelse efterföljs.

Uttrycken *nedladdning* och *uppladdning* används numera som benämningar för vad som tidigare ofta kallades *download* och *upload* även i svenskt språkbruk. I ett upphovsrättsligt relevant sammanhang står uppladdning snarast för placering av ett skyddat verk i minnet hos en dator som är tillgänglig för andra än uppladdaren. Sådan uppladdning kan alltså ta sig uttryck i exemplarframställning som inte faller inom ramen för privat bruk, såsom nedladdning kan göra. Uppladdning av skyddade verk är alltså typiskt sett en sådan exemplarframställning som kräver medgivande av rättsinnehavaren. Högsta domstolen har också lakoniskt konstaterat att såväl *upload* som *download* utgör upphovsrättsligt relevanta handlingar, låt vara att en inskränkande regel kan ge viss befrielse från att inhämta tillstånd i det enskilda, privata, fallet.²

Att placera skyddade verk på en server för att bli tillgängliga via någon hemsida eller att hålla vad som finns på en vanlig PC:s hårddisk tillgängligt för ett anslutet nätverk kan alltså vara olika former av uppladdning som åtminstone utgör sådan exemplarframställning som kräver upphovsmannens tillstånd.

Handlingen att framställa ett exemplar av skyddat verk som därmed blir tillgängligt på Internet eller andra nätverk kan uppenbarligen leda till mer än bara en exemplarframställning som i och för sig kräver rättighetsklarering. Som framgått ovan i avsnitt 2.5.4 blir ett sådant exemplar typiskt sett också tillgängligt för allmänheten genom att potentiellt *överförs* till dem som är intresserade av att ta del av verket. Placeringen av skyddade verk så att de är åtkomliga för andra i nätmiljön innebär normalt att de i upphovsrättslig mening överförs till allmänheten. Förutsättningen är att de som kan åtkomma verket på angivet sätt utgör en allmänhet. Så är givetvis fallet vid ett reservationslöst utlägg på Internet och detta oavsett om det sker på den enskildes begäran eller genom någon interaktiv service som anknyter till innehållet på en webbsida. Men också intranät och andra mer småskaliga eller på något sätt begränsade nätverk kan adressera en allmänhet i upphovsrättslig mening. I det nyss omtalade BBS-målet hade ett trettiotal intressenter access till en nätansluten dators hårddisk, en grupp individer som ansågs utgöra en allmänhet i upphovsrättslig mening.

Det tillkommer ständigt nya former för att tillgängliggöra verk, inte minst på Internet och i övrigt i digital nätmiljö. Fenomen som *fildelning* eller användning av tekniker som *bit torrent* eller vad den senaste teknikutvecklingen kan erbjuda, kan a priori tyckas röra enbart (en rad) enskilda personers nyttjanden och således inte adressera en allmänhet. Fråga är ju om nätverk för *peer-to-peer*-förmedling av verk som inte innehåller någon central server utan innebär att en nätverksansluten användare tillåter att andra användare med hjälp av ett särskilt datorprogram tar del av material som finns på den anslutne användarens dator.

Likväl ställs inte upphovsrätten inför något rejält dilemma vad gäller dess tillämplighet när dylika eller andra nya tekniker kommer till användning. Enligt regeringens bedömning, nu liksom tidigare, skall man normalt se bortom den tekniska konstruktion som i varje enskilt fall valts och i stället låta en helhetsbedömning vara avgörande, varvid effekten av ett visst förfogande ställs i fokus.³ Det är därför som upphovsrätten visat sig fungera genom alla teknikskiften.

Avgörande vid den upphovsrättsliga bedömningen av fildelning, liksom vid prövning exempelvis av *streaming* av material som olikt vid fildelning inte kan nedladdas utan bara ställs till förfogande på annat sätt, är just att skyddat material faktiskt ställs till förfogande för en allmänhet och detta oavsett om någon ur allmänheten väljer att utnyttja erbjudandet. Åtgärden att ställa material till förfogande för andra är onekligen det centrala för fildelaren, låt vara att vederbörande också får motsvarande tjänst av andra inom nätverket i vad som kan leda till ett slags utbyte av skyddat material. Motsvarande gäller i princip även för mindre cellsystem i form av så kallade *hubbar* – helhetsbedömningen får avgöra

om en allmänhet är träffad av verksamheten. Att ställa material till förfogande för andra under dylika omständigheter, alltså från en nätverksansluten dator till andras datorer vilka innehas av medlemmar av allmänheten, rör onekligen överföring i upphovsrättslig mening.

Därutöver får man räkna med att även den som ställer programvara till förfogande just för att fildelning skall kunna ske eller att den som eljest bidrar med teknik i akt och mening att åstadkomma just tillgängliggörande för allmänheten av skyddade verk har att göra detta efter överenskommelse med rättsinnehavarna.⁴ Medelbart eller omedelbart ansvar prövas enligt de principer som allmänt gäller. Fildelning som fenomen är givetvis inte något i sig otillåtet – det är däremot upphovsrättsligt beroende förfoganden som sker mot rättsinnehavarens vilja.

Om det nyss sagda råder i stort sett fullständig internationell konsensus. Internationell rätt på upphovsrättens område öppnar visserligen för möjligheten till inskränkningar i ensamrätten, såsom beträffande exemplarframställning som sker för privat bruk. Som framgått finns också sådana inskränkningar i svensk upphovsrätt, vilka upptagits i 12 § URL, och som bl.a. medför att privat nedladdning normalt inte kräver medgivande från upphovsmannen eller någon annan rättsinnehavare. Något annat gäller för fildelning och annan överföring eller tillgängliggörande för allmänheten. I denna ensamrätt förekommer just inga legala inskränkningar, eftersom den rör upphovsrättens kärnområde – den som vidtar mått och steg för att andra skall få del av skyddade verk får lov att klarera detta med rättsinnehavarna. Också härvidlag råder internationell konsensus och något utrymme för enskilda stater att radera denna rättsuppfattning ger inte EG-rätten, Bernkonventionen eller andra internationellt giltiga fördrag och konventioner på upphovsrättens område.

Noter

1. Se t.ex. prop. 2004/05:110 s 76.
2. Se NJA 1996 s 79, BBS-ansvar.
3. Se prop. 2004/05:110 s 74 och med särskild referens till Högsta domstolens prövning av fallet NJA 1980 s 123, Mornington.
4. Se t.ex. amerikanska Supreme Courts dom den 27 juni 2005, Metro Goldwyn Mayer Studios et al. vs. Grokster et al.

4. Upphovsrättslagen och förlagsavtalen

av Per Jonas Nordell

1. Utgångspunkter för upphovsrättsavtal

Upphovsmannen har inte alltid möjlighet att själv nyttiggöra sina verk, utan måste träffa avtal med producenter, förlag eller andra mellanhänder för att på bästa sätt kunna skörda frukterna av sin skapargärning.

Även om upphovsrätten alltid uppstår hos upphovsmannen, kan den överlåtas eller upplåtas genom avtal, såsom t.ex. att en författare upplåter rätten att ge ut sitt verk i bokform till ett förlag. I princip råder *avtalsfrihet*. Eftersom rätten varar till det sjuttionde året efter upphovsmannens dödsår, kan den också övergå genom arv eller testamente. Regler härom finns i 41–42 §§ lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Lagens regler om rättighetsöverlåtelse är begränsade till ett fåtal allmänna bestämmelser och därtill några särskilda avtalstyper. Att göra detaljerad lagstiftning för alla tänkbara utnyttjandesituationer skulle bli mycket komplicerat. Det är ju en högst varierande samling av skyddsföremål och utnyttjandesituationer som ryms under upphovsrättens tak, såsom förlagsavtal, film- och musikproduktionsavtal, uppdrags- och anställningsavtal, merchandiseavtal, reklamavtal, designavtal m.fl. I stället tillämpas allmänna avtalsrättsliga regler och principer och i förekommande fall *handelsbruk*. På upphovsrättsområdet finns i dag också en ganska omfattande flora av *standardavtal* för skilda avtalstyper och områden.

I 27 § URL, som inleder lagens tredje kapitel om *upphovsrättens övergång*, anges att rätten *helt eller delvis får överlåtas*. Medan *överlåtelse* innebär en *äganderättsövergång* som följer t.ex. av köp, arv eller gåva, ger *upplåtelsen* en mer begränsad rätt att använda eller utnyttja verket. I URL används emellertid uttrycket *överlåtelse* för all övergång av förfoganderätt, således även för det som i allmänhet är att betrakta endast som en *upplåtelse*. Det bör också påpekas att avtalsföremålet här utgörs av en *immateriell tillgång*. Det som upp- eller överlåts är således upphovsmannens rätt enligt 2 § URL att *framställa exemplar* av verket eller att *tillgängliggöra det för allmänheten*. Rätten till fysiska exemplar, såsom t.ex. böcker och CD-skivor följer vanligen allmänna köprättsliga regler. Det framgår också uttryckligen av 27 § första stycket andra meningen URL, enligt vilken överlåtelse av exemplar inte innefattar överlåtelse av upphovsrätt.

Formellt sett är *köplagen* tillämplig på upphovsrättsöverlåtelser. En annan sak är att köprätten generellt sett lämpar sig mindre väl för upphovsrättsöverlåtelser, något som också antyds i köplagens förarbeten. För vissa avtalstyper, såsom t.ex. uppdragsavtal (se härom nedan under avd. 4), passar dock köprätten ganska väl. Om upphovsmannen inte levererar ett beställt manuskript vid den avtalade tidpunkten, är han onekligen i dröjsmål, och om han visserligen levererar manuskriptet i tid, men det har annat innehåll än vad som avtalats eller har ett undermåligt språk, borde beställaren kunna åberopa fel. En annan typ av fel som har bäring på köprätten är s.k. *immateriellt fel* och som avser fall när någon oriktigt påstår sig inneha en ensamrätt, som i själva verket tillkommer *tredje man*. Vid köp anses en sådan belastning utgöra fel enligt 17 § tredje stycket *köp-*

lagen. Förvärvaren kan ju då inte förfoga över avtalsobjektet utan tillstånd från rättighetshavaren. För upphovsrättens del kan en sådan situation aktualiseras i fråga om *plagiat* där en författare ingår avtal med ett förlag om utgivning av ett verk, och det sedermera visas att författaren inte är upphovsman till verket. I så fall brister ju avtalet av att författaren ursprungligen inte innehade den rätt som har överlåtits till förlaget. Juridiskt sett blir författaren därför ansvarig för den skada som förvärvaren åsamkats på grund av att rätten till verket tillkommer *tredje man*, vilken är den som i realiteten skall få bestämma under vilka premisser som verket skall få nyttiggöras. Därför förutsätter många avtal att upphovsmannen *garanterar att verket är en produkt av hans eget arbete och inte innebär intrång i annans upphovsrätt*. Om verket innehåller bidrag av annan än upphovsmannen, kan det också åligga honom att upplysa om det.

En upplåtelse kan vara antingen *exklusiv* eller *enkel*. Vid en *exklusiv* upplåtelse får förvärvaren en absolut ensamrätt inom ett visst område och upphovsmannen förpliktigar sig att inte till någon annan upplåta samma rättighet inom området. Han avstår dessutom själv från att utnyttja rättigheten. Vid en *enkel* upplåtelse får förvärvaren inte någon ensamrätt. Upphovsmannen kan upplåta samma rätt till tredje man och har även rätt att själv utnyttja verket. Som regel delas rätten också upp så att en förvärvare får rätten att använda verket på ett visst sätt inom ett visst geografiskt område – s.k. *partiella överlåtelser*. Ett exempel kan vara att ett förlag får rätten att ge ut en roman i bokform, medan en filmproducent får rätten att filmatisera den. Förvärvarens rätt kan också begränsas i tid och rum, till visst antal exemplar eller tillfällen när verket får tillgängliggöras för allmänheten.

Inom upphovsrätten brukar man tala om *primära* och *sekundära* rättigheter. Med avtal om primära rättigheter förstås det första huvudsakliga utnyttjandet av verket, t.ex. när ett litterärt verk ges ut i bokform. Verket kan därefter bli föremål för *vidareutnyttjanden*, såsom att boken läses upp i radio eller fotokopieras för undervisningsändamål. Då blir ju utnyttjandet av verket *sekundärt* i förhållande till verkets ursprungliga utgivning.

2. Begränsningar i avtalsfriheten

Trots att upphovsrätten vilar på avtalsfrihetens grund, är den begränsad i flera hänseenden. Även om upphovsmannen teoretiskt sett kan överlåta *hela* sin förfoganderätt, har det diskuterats i vilken utsträckning det är möjligt i praktiken. Det har t.ex. ansetts att upphovsmannen inte kan överlåta rätten till ett *obestämt antal framtida verk* eller *hela sin framtida produktion*, något som skulle kunna strida mot den *ideella rätten* (jfr strax nedan). Sådana totala överlåtelseavtal har tidigare ändå varit vanliga och förekommer fortfarande för vissa avtalstyper. Det gäller kanske särskilt vissa anställnings- och uppdragsavtal

(se härom vidare nedan under avd. 4). För att ett sådant avtal skall vara giltigt, torde dock vanligen förutsättas att upphovsmannen *tydligt manifesterar att överlåtelsen är total*.

2.1 Den ideella rätten

Utöver den ekonomiska förfoganderätten, innefattar upphovsrätten en personlig eller ideell rätt – *droit moral*. Enligt 3 § första stycket URL har upphovsmannen rätt att få sitt namn angivet i anslutning till verket i den omfattning som *god sed* kräver, den s.k. *paterinitetsrätten* eller *namnangivelsesrätten*. Upphovsmannen kan också ingripa mot en ändring eller ett tillgängliggörande för allmänheten av verket, som kränker hans litterära eller konstnärliga *anseende eller egenart* (3 § andra stycket URL), den s.k. *respekträtten*.

I lagens förarbeten diskuterades i vilken utsträckning upphovsmannen kan förfoga över sin ideella rätt. Om han överlät rätten till verket generellt, kan överlåtelsen ofta anses formellt innefatta även den ideella rätten, så att förvärvaren kunde ge ut verket under annat namn eller godtyckligt ändra verket eller framföra det i vilket sammanhang som helst. Eftersom den ideella rätten var av så djupt personlig natur, borde avtal som innebar att upphovsmannen avstod från eller överlät sin ideella rätt vara ogiltiga. Därför har i 3 § tredje stycket URL införts en bestämmelse, enligt vilken den ideella rätten inte kan överlåtas, utan endas *efterges* i fråga om en till *art och omfattning begränsad användning av verket*. Enligt 27 § första stycket URL får rätten också överlåtas endast med den begränsning som följer av 3 § URL. Därav följer motsatsvis att upphovsmannen kan förfoga över sin ideella rätt inom det *begränsade* området och han kan alltid i efterhand godkänna annans förfogande över verket.

2.2 Vidareöverlåtelseförbud

En viktig begränsning i utnyttjarens rätt att förfoga över verket följer av 28 § URL, där det anges att – om annat inte har avtalats – rätten inte får *vidareöverlåtas*. Upphovsmannen kan godkänna vidareöverlåtelsen antingen i samband med den ursprungliga överlåtelsen, eller senare, när frågan om vidareöverlåtelse aktualiseras, något som dock inte behöver vara uttryckligt, utan i förekommande fall kan antas följa av avtalets typ, syfte eller andra omständigheter.

Enligt 28 § andra meningen URL får rätten emellertid vidareöverlåtas – även utan att det har avtalats – när det sker i samband med överlåtelse av rörelsen eller en del av den. Ett exempel kan vara ett förlag, som överlåter hela sin förlagsrörelse, eller en avdelning, t.ex. för läromedel. Ett par problem som är förknippade med övergång i samband med överlåtelse av rörelse är dels vad som skall avses med *del*, dels vilken *anknytning* som skall föreligga mellan det aktuella verket och rörelsedelen. Ett visst samband mellan verket och den *del* av rörelsen som över-

låts måste ju finnas, eftersom vidareöverlåtelseförbudet annars alltför lätt skulle reduceras till ett undantag.

2.3 Tvångslicens och avtalslicens

En *tvångslicens* innebär att vem som helst får använda verket på visst angivet sätt, men att upphovsmannen har rätt till ersättning för utnyttjandet. URL innehåller endast ett fåtal sådana bestämmelser. I fråga om litterära verk kan dock nämnas bestämmelsen i 18 § URL om antologier för undervisningsändamål. Den som framställer en sådan får – utan tillstånd – återge verket, under förutsättning att upphovsmännen får ersättning för utnyttjandet och framställningen inte sker i förvärvssyfte. Ersättningens storlek kan antingen avtalas eller i sista hand fastställas av domstol eller av en skiljenämnd.

I URL förekommer också en särskild avtalskonstruktion, som har kommit att kallas *avtalslicens*. Den bygger på ett avtal om verksutnyttjande mellan utnyttjaren och en organisation som företräder ett flertal upphovsmän inom området. Enligt avtalslicensen får användaren rätt att utnyttja verk av det slag som avses med avtalet, även om verkens upphovsmän inte företräds av organisationen. Enligt huvudregeln har upphovsmännen emellertid rätt att meddela förbud mot att deras verk tas i anspråk enligt avtalslicensbestämmelserna, något som är förhållandevis ovanligt. Ett par sådana avtalslicensbestämmelser, som har särskild betydelse inom litteraturområdet, tillåter dels kopiering av litterära verk för att tillgodose informationsbehovet inom myndigheter, företag och organisationer (42 b § URL), dels framställning av exemplar inom undervisningsverksamhet (42 c § URL).

2.4 Oskäliga avtalsvillkor

I upphovsrättsavtal kan förekomma villkor som är till nackdel för upphovsmannen eller som av något annat skäl kan anses stå i strid med *god sed*. När URL trädde i kraft år 1960 infördes därför en särskild bestämmelse som möjliggjorde *jämkning* och *åsidosättande* av oskäliga avtal på upphovsrättsområdet. År 1976 infördes en generell jämkningsregel i 36 § *avtalslagen*, som på liknande sätt möjliggör jämkning eller åsidosättande av avtalsvillkor som är *oskäliga med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt*. I samband därmed upphävdes bestämmelsen i URL.

I förarbetena till den ursprungliga bestämmelsen i URL konstaterades att författare inte sällan stod främmande för affärsmässiga och ekonomiska överväganden och ofta saknade nödvändig erfarenhet för att bedöma det ekonomiska värdet av den upplåtta rätten. Ofta var det svårt att överblicka de konsekvenser som avtalet kunde medföra för framtiden. Ett exempel som angavs var att

verket överläts mot engångsersättning. Om verket vann framgångar, som vida överträffade vad parterna hade väntat sig vid avtalets ingående, kunde det anses otillbörligt att låta förvärvaren få en vinst som inte stod i proportion till vederlaget.

Uppenbart är att lagstiftaren har utgått ifrån att upphovsmannen är den svagare avtalsparten, men det omvända förhållandet, det vill säga att upphovsmannen är den starkare parten, kan naturligtvis inte uteslutas. Med den i dag gällande bestämmelsen i 36 § avtalslagen finns heller inte några formella hinder mot att i förekommande fall jämka avtalet till upphovsmannens nackdel. När ingen av avtalsparterna är upphovsman eller när upphovsmannen företräds av en organisation, kan styrkeförhållandet mellan parterna också antas vara relativt jämnt.

Ett företag som ensidigt upprättar oskäliga standardvillkor kan vid vite förbjudas att använda villkoret enligt *lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare*. I oskälighetsbedömningen skall särskild hänsyn tas till behovet av skydd för den som intar en *underlägsen ställning* i avtalsförhållandet. Avtal som har utarbetats i samråd mellan representativa organisationer på ömse sidor får enligt lagens förarbeten normalt antas ha en godtagbar avvägning mellan parternas intressen. Talan om förbud får föras av en sammanslutning av näringsidkare eller av den näringsidkare mot vilken det aktuella avtalsvillkoret har ställts upp.

3. Avtalstolkningsprinciper

Inte sällan uppkommer oklarhet om ett avtals egentliga innebörd. Inom avtalsrätten har därför en omfattande *tolkningslära* utvecklats. Tolkningsfrågor kan uppkomma i en mängd olika situationer och vid alla typer av avtal.

En generell utgångspunkt är att alla avtalsrelationer skapar en ömsesidig *lojalitetsplikt*, som innebär att avtalsparterna – inte heller utanför avtalets primära område – får agera på ett sätt som kan skada motpartens *legitima intressen*. Denna lojalitetsplikt blir särskilt tydlig i långvariga avtalsförhållanden och har därför tydliggjorts inom *anställningsavtal* (varom mera nedan under avd. 4). Den arbetsrättsliga lojalitetsplikten medför bl.a. att *arbetstagaren* inte får konkurrera med eller i övrigt handla gentemot arbetsgivaren på ett *illojalt* sätt och ett brott mot lojalitetsplikten kan utgöra saklig grund för uppsägning enligt lagen (1982:80) om anställningsskydd. I och med att *förlagsavtal* (varom mera nedan under avd. 5) ofta bygger på långvariga avtalsförhållanden, uppstår också lojalitetsförpliktelser mellan författare och förläggare. Lojalitetsplikten kan då ställas på sin spets avseende avtalets *materiella räckvidd*, t.ex. i vad mån författarens rätt att publicera verket i andra media, såsom *ljusbok* eller *e-bok*, kan inkräkta på förläggarens legitima intressen.

Upphovsrättens särskilda förutsättningar har också ansetts motivera särskilda

hjälpregler för tolkning av oklara avtal om rättens övergång. Framför allt är det upphovsmannens ställning som typiskt sett *svagare part* i förhållande till förvärvaren, som har motiverat tolkningsregler med syfte att stärka upphovsmannens avtalsposition.

3.1 Ändamålsprincipen

En tolkningsprincip som avser att skapa balans mellan parternas avtalsrelationer är den s.k. *ändamålsprincipen*. Den säger att vid oklarhet om överlåtelsens omfattning inte mer av upphovsrätten skall anses ha övergått till förvärvaren än vad som följer av avtalets *syfte* eller *ändamål*. Principen har sin grund i filmindustrin. Under 1900-talets början hade nämligen uppstått konflikter mellan författare och förlag om filmatiseringsrätten till deras böcker. Problemet var att författarna ofta hade överlåtit alla rättigheter till förlagen. När sedan fråga om filmatisering av deras verk aktualiserades, uppstod svårigheter med att hänvisa till en partsvilja som skilde sig från förlagsavtalets ordalydelse, eftersom filmatisering inte hade varit aktuell när förlagsavtalen ingicks. Principen blev därför att förvärvaren kunde göra anspråk endast på den rätt som svarade mot ändamålet, det vill säga att förlaget skulle förvärva enbart förlagsrätten.

3.2 Specialitetsgrundsatsen

En annan tolkningsprincip påbjuder *att endast i avtalet uttryckligen angivna utnyttjandeformer skall anses omfattade av avtalet*. Principen kallas vanligen *specialitetsgrundsatsen* eller *specifikationsprincipen*. Enligt förarbetena till URL ansågs inte att några tolkningsregler behövde vara uttryckligen lagfästa. Visserligen förekom i utländsk rätt bestämmelser av innebörd att en överlåtelse, som gällde rätt att utnyttja verket på ett bestämt sätt, inte gav förvärvaren rätt att utnyttja det på annat sätt. Att så var förhållandet borde emellertid – även utan särskilt stadgande – vara klart. När det gällde att avgöra vilka befogenheter, som genom en överlåtelse tillkom förvärvaren, skulle hänsyn tas inte endast till vad parterna uttryckligen hade avtalat, utan även till omständigheterna i övrigt. Därför borde en överlåtelse, som efter orden avsåg en mer omfattande rätt, ofta tolkas så att den medförde en rätt att utnyttja verket endast på visst sätt. En överlåtelse till förlaget borde i allmänhet sålunda omfatta endast förlagsrätt och en överlåtelse till ett teaterföretag rätt endast till sceniskt framförande.

Specialitetsgrundsatsen har också tillämpats av Svea hovrätt i ett par avgöranden som gällde dagstidningars rätt att tillgängliggöra journalisternas artiklar digitalt genom det s.k. *Mediearkivet*, i vilket lagras tidskriftsartiklar i digital form.¹ I dessa båda avgöranden ansågs rätten att publicera artiklarna digitalt ligga kvar hos författarna. För denna bedömning talade att upphovsrätten som

utgångspunkt från början tillhörde den upphovsman som hade skapat verket och att den övergick till annan endast om det fanns ett uttryckligt eller underförstått avtal därom. Framgick inte uttryckligen vad av upphovsrätten som hade överlåtits eller upplåtits, var ensamrätten i denna del kvar hos upphovsmannen.

Ett förhållande som har uppmärksammats i den juridiska litteraturen är hur *specialitetsgrundsatsen* är begränsad till *uttryckliga avtal*, medan tysta upplåtelser, samt avtal – även uttryckliga sådana – som ger en obegränsad förfoganderätt, inte omfattas. Därför har man antagit att det bakom *specialitetsgrundsatsen* finns en *princip*, enligt vilken tysta och oklara avtal om rättighetsöverlåtelse skall tolkas *restriktivt eller inskränkande till uphovsmannens förmån*. Denna princip har också uppfattats som en *presumtion mot totalöverlåtelse, liksom mot onödigt breda eller omfattande förvärv* (jfr ovan).

4. Anställning och uppdrag

Många verk – inte minst böcker – skapas i dag inom ramen för en anställning. Upphovsrättslagen saknar dock uttryckliga bestämmelser om rätten till arbetstagares verk, annat än i fråga om rätten till datorprogram (40 a § URL). Den principiella utgångspunkten vid anställning är att en arbetstagare som skapar verk inom ramen för sin anställning kompenseras genom sin lön och att arbetsgivaren därför förvärvar rätten till verksinnehållet. För de fall när oklarhet råder om omfattningen av arbetsgivarens förvärv av anställdas upphovsrättigheter och när det inte följer uttryckligen av anställningsavtalet, har utkristalliserats några *tumregler* i den juridiska litteraturen. Dessa tumregler har två utgångspunkter: *Anställningens ändamål* och *arbetsgivarens verksamhet*.

Principen om anställningens ändamål, vilken är färgad av den ovan (avd. 3.1) berörda *ändamålsprincipen*, ger arbetsgivarens rätt att utnyttja verket endast för de *ändamål som kunde förutses när det tillkom* och påbjuder därför restriktivitet till intolkande av omfattande överlåtelse. Även om arbetsgivarens primära syfte med en anställning är detsamma som arbetstagarens, nämligen att få så stort eget ekonomiska utbyte som möjligt, är de samtidigt även motstridiga, eftersom vardera parten ensam kan vilja tillgodogöra sig frukterna av arbetet. Därför kan en anknytning till *anställningens ändamål* kritiseras, eftersom den i praktiken inte ger något egentligt svar på frågan hur omfattande arbetsgivarens förvärv skall vara.

Enligt den andra utgångspunkten har arbetsgivaren rätt att *inom sitt verksamhetsområde och för sin normala verksamhet* utnyttja verk, vilka har tillkommit som resultat av arbetstagarens tjänsteåligganden. Även om denna tumregel kanske är att föredra framför principen om anställningens ändamål, kan också den kritiseras, eftersom man kan räkna med att varje enskild anställning rymmer olika

begränsningar i förhållande till vad som följer av arbetsgivarens *normala verksamhet*.

Det normala förfogandeobjektet vid rättighetsöverlåtelse är ett verk som redan är skapat. Men inget hindrar att ett förlag, en filmproducent eller en teater ger en upphovsman, som inte är anställd, i *uppdrag* att skapa ett verk. Uppdragsavtalets likheter med anställningsavtal är tydliga och inom många branscher har det blivit allt vanligare att företagen hellre tar in konsulter än att anställa personal. Liksom vid anställningsavtal, är huvudregeln vid uppdragsavtal att det är någon annan än upphovsmannen som tar initiativet till verkets skapande. På liknande sätt som övergångens omfattning i anställningsförhållande, måste man då tolka uppdragsavtalets omfattning. Om arten och omfattningen av rätten till avtalsföremålet inte uttryckligt har angivits, får avtalets art, syfte, varaktighet m.m. sätta gränsen. Skillnaden mellan anställning och uppdrag framträder i att det vanligen är arbetsgivarens *verksamhet* som får primär betydelse vid tolkning av upphovsrättens övergång vid anställning (jfr strax ovan), medan *specialitetsgrundsatsen* (jfr ovan avd. 3.2) kan antas ta över vid uppdrag.

5. Bokförlagsavtal

Den primära formen för produktion och distribution av litterära verk har under århundraden varit förlagsavtalet. Avtal mellan en författare och en tryckare om exemplarframställning och utgivning av författarens verk är kända praktiskt taget sedan boktryckarkonsten togs i bruk i Venedig vid slutet av 1400-talet. Förlagskonstruktionen har under lång tid också varit den enda realistiska vägen att ge ut böcker på, eftersom författaren normalt inte är i stånd att bära de kostnader och risker som är förknippade med utgivningen. Naturligtvis finns det alternativ till traditionell förlagsutgivning. *Författarnas Bokmaskin* tillkom år 1972 som en väg för författare att oberoende producera sina egna verk. På senare tid kan också ses en förändring av utgivningsstrukturerna för litterära verk, vilken har sin förklaring i teknikutvecklingen och förutsättningarna för elektronisk kommunikation. Att producera sin egen bok är inte lika kostsamt i dag som i äldre tider och möjligheterna till s.k. *print-on-demand* gör att upplagens storlek bättre kan anpassas till efterfrågan. Inte heller är boken den allenarådande formen för förmedling av textinnehåll. Det gäller särskilt i dag, när allt medieinnehåll kan förmedlas via Internet. Vanligare blir att facklitteratur och vetenskapliga verk publiceras *on-line*. Det fråntar emellertid alls inte förlagen deras betydelse. Förlagsavtalet avser ju, såsom visas nedan, mycket mer än att bara producera böcker.

Lagen innehåller några mycket allmänt hållna regler om förlagsavtal (31–38 §§ URL), vilka syftar till att täcka inte endast bokförlagsavtal, utan även musik- och konstförlagsavtal. Lagreglerna är i huvudsak *dispositiva*, vilket betyder att de

får ge vika för vad som uttryckligen har avtalats mellan författare och förlag i det enskilda fallet. Det finns flera skäl till att området inte är detaljreglerat i lagen. Ett skäl är att branschsedvänjor och affärsprinciper i praktiken är ganska olikartade för skilda områden. Skilda villkor har således utvecklats för skönlitteratur, läromedel, fack- och uppslagsverk. Särskilda förhållanden kan även följa av distributionsformen, såsom för bokhandelsförsäljning eller via en bokklubb. Dessutom förekommer beställnings- och uppdragsavtal inom förlagsutgivningen, särskilt i fråga om läromedel och facklitteratur, vilka följer andra principer än det traditionella förlagsavtalet (jfr ovan avd. 4.). Ett annat skäl är att den svenska förlagsmarknaden sedan länge på egen hand har kunnat normera området genom standardavtal. De svenska förlagen har varit kritiska till en detaljerad lagstiftning, som antas snabbt bli föråldrad, som en följd av teknikutvecklingen. En detaljerad lagstiftning kan också vara svår att tillämpa inom ett område som i många fall kräver flexibla avtalslösningar anpassade till varje enskilt bokprojekt.

Reglerna om förlagsavtal i URL bygger på det s.k. *Nordiska normalformuläret för förlagsavtal* från år 1947 mellan författare och förlag, vilket under många år dominerade den svenska förlagsmarknaden. Detta avtal ersattes i Sverige år 1980 av det s.k. *Ramavtalet för förlagsavtal mellan författare och bokförläggare* (RAM), vilket ingicks av *Svenska Bokförläggareföreningen* (SBF) och *Sveriges Författarförbund* (SFF). Till RAM var knutna individuella kontraktsformulär och honoraravtal. I samband med digitalteknikens genombrott under mitten av 1990-talet inledde parterna diskussioner om hur den elektroniska utgivningen skulle regleras. Av flera anledningar, som inte bara hänför sig till den elektroniska utgivningen, kunde parterna inte komma överens och avtalet sades upp av Svenska Förläggareföreningen (SvF) hösten 1995. Emellertid finns ett *översättaravtal* mellan samma parter, som trädde i kraft år 2004. Också inom läromedelsområdet finns ett ramavtal (LÄR) från år 1984, vilket har ingåtts mellan *Föreningen Svenska Läromedelsproducenter* och *Läromedelsförfattarnas Förbund*.

Även om det således är osäkert om eller när ett nytt avtal kan träffas, kvarstår ändå RAM – trots att det sades upp för ett decennium sedan – i praktiken som vägledande för stora delar av bokförlagsmarknaden. Skälet är att det har uppfattats som ett mycket gediget avtal som bär prägelse av ett långvarigt samarbete mellan partsorganisationerna. Även om varje enskilt bokförlagsavtal är unikt och kan variera högst väsentligt i omfattning och detaljeringsgrad, bygger således många individuella förlagsavtal än i dag på RAM. Sedan RAM sades upp har de större förlagen tagit fram egna grundvillkor för förlagsavtal, som huvudsakligen bygger på RAM, och som används som utgångspunkt för de individuella avtalen med författarna.

Att lagens regler om förlagsavtal är *dispositiva* borde betyda att dessa skall träda in om inget annat uttryckligen har avtalats mellan parterna eller tjäna som utfyllnad vid brister i det individuella avtalet. Eftersom reglerna i URL länge har uppfattats som föråldrade, kan man emellertid ifrågasätta om de verkligen

bör anses utgöra gällande rätt. Redan vid tiden för RAM:s tillkomst ansågs vissa bestämmelser i URL om förlagsavtal vara i behov av en revision. Närmare till hands skulle i så fall kanske ligga att låta standardavtal, såsom RAM, vilka har upprättats av företrädare för författare och förlag gemensamt – s.k. *agreed documents* – gälla före lagens regler, eftersom de i så fall kan anses utgöra handelsbruk. Å andra sidan kan det vara vanskligt att låta mer specifika regler i ett standardavtal som avviker från lagen ta över när det enskilda avtalet tigr.

För att ingå förlagsavtal finns inga formkrav. Men även om muntliga eller konkludenta förlagsavtal förekommer, ingås avtalen regelmässigt skriftligen. Om förlaget och författaren vid avtalsslutandet gör tillägg i eller till ett kontraktsformulär, brukar det anses visa på att parterna särskilt har uppmärksammat vissa frågor och velat klargöra sin uppfattning om dem. Det tillagda går vid tolkningen före det tryckta. Avtalar man muntligen något i tillägg till det tryckta avtalet, skall det gälla, men den som hävdar att muntligt tillägg gjorts, bär då också bevisbördan för det. Förlagsavtal kan därtill tolkas och utfyllas mot bakgrund av *god förlagssed*. Medan det var i kraft ansågs RAM ge uttryck åt sådan, och det är så som RAM har kunnat få normerande betydelse även för förlagsavtal som har ingåtts utan direkt tillämpning av det.

Med förlagsavtal förstås ett avtal, genom vilket en upphovsman till förlaget upplåter rätt att med tryck eller liknande förfarande mångfaldiga och ge ut ett litterärt eller konstnärligt verk (31 § första stycket URL). Själva kärnan i förlagsavtalskonstruktionen är att förlaget *finansierar* och tar på sig den fulla *ekonomiska risken* för verkets *produktion* och *utgivning* – sättning, tryckning, lagerhållning, distribution och marknadsföring. Om verket visar sig vara osäljbart, kan förlaget inte vältra över något ansvar på författaren. Författaren tar således ingen ekonomisk risk.

Ibland talas – främst utomlands – om *publishers' rights*, varmed avses den rätt som förlaget har till verket. Naturligtvis skulle förlaget i och för sig kunna förvärva – köpa – hela den ekonomiska rätten till verket, men i och med den svenska uppfattningen att rätten alltid uppstår hos upphovsmannen, kan förlagets rätt i praktiken aldrig bli annat än en avledd rätt att förfoga över det i enlighet med avtalet (jfr ovan under avd. 1–2). För en stor del av fackboksutgivningen liksom för läroböcker i allmänhet krävs ett omfattande redaktionellt arbete, vilket innebär att förlagets egen personal i hög grad bidrar till utformningen av den slutgiltiga produkten. I så fall förvärvar förlaget rätten till arbetet av den anställda personalen under de förutsättningar som har angivits ovan (avd. 4). Av 6 § URL följer att rätten till ett verk som har två eller flera upphovsmän, vilkas bidrag inte utgör självständiga verk, tillkommer upphovsmännen gemensamt. Det betyder att författaren inte får förfoga över den slutgiltiga förlagsprodukten utan förlagets medgivande och *vice versa*.

5.1 Avtalsparternas förpliktelser

Förlagsavtalet präglas i hög grad av parternas *ömsesidiga förpliktelser* som ger vardera parten både *rättigheter* och *skyldigheter*. Härav tillskapas också en ömsesidig *lojalitet* som byggs upp under ett i många fall långvarigt avtalsförhållande.

Ofta har författaren ett starkt personligt förhållande till sitt verk och har därför bildat sig en uppfattning om bokens materiella utformning. Å andra sidan är det ju vanligen förlaget som sitter på de marknadsmässiga kunskaperna om hur böcker av skilda slag lämpligen utformas grafiskt. Därför bör författarens synpunkter på verkets grafiska utformning – papperskvalitet, typografi, layout, illustrering och omslag m.m. – så långt möjligt respekteras, men i övrigt utformas i samråd med förlaget.

Enligt 33 § URL är förlaget *skyldigt* att ge ut verket inom skälig tid, på sedvanligt sätt sörja för dess spridning samt fullfölja utgivningen i den omfattning som betingas av de antagna möjligheterna till avsättning och övriga omständigheter. På motsvarande sätt får författaren inte ge ut verket i den form och på det sätt som avses i avtalet, förrän den eller de upplagor som omfattas av avtalet har sålt slut (37 § första stycket URL). Förlagsavtalet är nämligen ett *exklusivt* avtal som ger förlaget en *ensamrätt*. Ensamrätten begränsas dock normalt med avseende på såväl *tid* och *rum* som *modus*.

Det är inom förlagsrätten relativt ovanligt att avtalet har specifik begränsning i en på förhand fastställd tidsperiod. Utgångspunkten är i stället att avtalet består så länge utgivningen pågår eller så länge viss försäljningsvolym uppnås. För att förlaget inte skall kunna så att säga lägga en död hand på verket, krävs inte bara att det måste ges ut inom skälig tid, utan även att förlagsavtalet upphör viss tid efter att den senaste upplagan gavs ut. Enligt RAM är den tiden fem år. Därefter kan förlagsrätten, efter särskild överenskommelse, förlängas. Om upplagan har sålt slut och det fortfarande finns en efterfrågan, bör författaren kunna kräva att en ny upplaga ges ut. I så fall föreligger vanligen *hembudsskyldighet*, det vill säga att författaren i första hand måste vända sig till förlaget vid utgivning av en ny upplaga. Detsamma gäller om han vill ge ut boken som *lydbok* eller *e-bok*. Ett problem som ofta uppstår i samband med frågan om nyutgivning är naturligtvis i vad mån det finns en efterfrågan. Det avgörande bör vara om man kan räkna med så stor avsättning att det är affärsmässigt motiverat med nyutgivning.

Vanligen avser ensamrätten att ge ut verket *i bokform på svenska språket*. Om förlaget således vill ge ut verket i annan form än som bok, får särskilt avtal slutas om det. Ett sådant avtal kan gälla t.ex. mångfaldigande på ljudband, mikrofilm eller utgivning i tidskrift. Förlagsavtalet brukar också vara begränsat till den svenska marknaden, varför författaren behåller rätten att låta översätta verket och ge ut det på främmande språk. Från ensamrätten brukar undantas förfoganden som inte direkt påverkar förlagsutgivningen. Således brukar författaren ha rätt att viss tid efter utgivningen ge ut verket i sina samlade eller valda skrifter (jfr 37 § andra stycket URL) eller i en tidskrift eller antologi (jfr dock ovan under

avd. 2.3 ang. den särskilda tvångslicensbestämmelsen i 18 § URL om antologier för undervisningsändamål).

Eftersom förlaget vanligen har en god uppfattning om rådande marknadsförhållanden, brukar förlaget få rätt att bestämma antalet upplagor och deras storlek. Bakom denna huvudregel döljer sig naturligtvis en mer komplicerad funktion av olika förutsättningar. Om t.ex. författaren är väldigt mån om att verket får en omfattande spridning, kan ju avtalsparterna komma överens om att boken skall tryckas i en större upplaga och säljas till ett lägre pris på bekostnad av författarens ersättning (varom mera nedan).

Författarens huvudförpliktelse är att leverera ett tryckfärdigt manuskript. Om manuskript inte är avlämnat när förlagsavtalet ingås, bör senaste avlämningsdag bestämmas i avtalet. I dag överlämnas manuskript vanligen i digital form, via e-post, vilket naturligtvis önskas av förlaget, eftersom det annars måste sättas manuellt, något som inte bara är tidsödande, utan även lätt ger upphov till nya sättningsfel, som kan vara svåra att upptäcka vid korrekturläsning. Inkommer inte författaren i tid, bör förlaget påminna författaren och medge en rimlig frist. Har inte annat överenskommit, skall manuskriptet motsvara överenskommet omfång och format samt vara fullt utarbetat och färdigt till innehåll och språklig form. Utarbetas manuskriptet på *uppdrag* av förlaget, kan *felpåföljder* göras gällande, om det inte uppfyller de föreskrivna kraven, t.ex. beträffande innehåll och omfattning (jfr ovan under avd. 1 och 4.). Författaren bör också garantera att verket är ett resultat av hans egen självständiga skapargärning och att det således inte är ett plagiat, som kan göra intrång i annans upphovsrätt. Om det i verket ingår delar av annan upphovsman, bör författaren upplysa förlaget om det (jfr ovan under avd. 1 ang. s.k. *immaterialrättsliga fel*).

Författaren har såväl en *rätt* som en *skyldighet* att utan särskild ersättning själv *läsa korrektur*, varmed förstås att sak- och skrivfel korrigeras och enklare stilistiska ändringar kan göras. Vill författaren, sedan verket har blivit satt, göra mer omfattande ändringar i manuskriptet, kan han däremot själv få stå för merkostnaderna för att ändringarna införs. Om författaren inte har läst korrekturet inom överenskommen tid, anses han ha godkänt det och förlaget får rätt att trycka verket sedan sättningsfel har rättats. Naturligtvis är det i båda parter intresse att boken inte lider av språk- eller skrivfel och ofta bistår förlaget därför med korrekturläsning och språkgranskning av kvalificerade förlagsredaktörer. När manuskriptet har godkänts för utgivning, får författaren inte göra sådana ändringar som väsentligt ändrar verkets karaktär eller omfång.

När nytryckning eller utgivning av en reviderad upplaga aktualiseras, bör författaren ges möjlighet att revidera sitt verk, men revisionen bör inte vara så omfattande att den förändrar verkets karaktär. Yttre omständigheter i konstnärligt, politiskt, sakligt eller annat hänseende kan ju också förorsaka att upphovsmannen inte längre vill stå för sitt verk eller att förlaget inte vill ge ut det. Om förhållandet är av sådan art att det från början med säkerhet skulle ha avhållit

författaren eller förlaget från att ge ut verket, bör den part som så önskar, kräva att ny upplaga inte ges ut i oförändrat skick, något som – för författarens del – också kan antas följa av *respekträtten* i 3 § andra stycket URL (jfr ovan under avd. 2.1).

5.2 Honorar

Även om det undantagsvis förekommer att författaren ersätts med ett *engångsbelopp*, består honoraret i de allra flesta fall av en ersättning per sålt exemplar, s.k. *royalty*. Normalt modifieras dock royaltyprincipen av att förlaget betalar ett förskott, s.k. *garantibelopp*, till författaren. Det utgörs av en del av beräknad royalty för första upplagan. Förskottet återbetalas inte till förlaget, annat än i vissa undantagsfall, t.ex. om författaren inkräktar på förlagsrätten. Tidigare fastställdes royaltyunderlaget som en viss procent av bokhandelspriset, men sedan de fasta bokpriserna togs bort år 1970, beräknas det i stället med utgångspunkt i förlagets försäljningspris till bokhandeln, det. s.k. *F-priset*.

5.3 Avtalets upphörande

Avtalet upphör enligt huvudregeln när utgivningen är avslutad och det inte längre finns någon efterfrågan (jfr ovan under avd. 5.1). Avtalet kan också upphöra om samtliga upplagor är utgångna och förlaget avstår från rätten att utge en ny upplaga. Enligt RAM anses upplagan utgången när kvarvarande exemplar inte uppgår till etthundra. Grunderna för avtalets upphörande i övrigt följer på det hela taget förutsättningarna för avtalsparternas grundläggande förpliktelser. Om den ena parten inte uppfyller sina förpliktelser enligt avtalet, bör det således rimligen kunna sägas upp av den andra parten. Till att börja med, får *förlaget* häva avtalet om manuskript – efter påminnelse och tilläggsfrist – inte avlämnats inom avtalad tid eller i sättningsbart skick. Detsamma gäller om författaren inte har läst korrektur.

Författaren får häva avtalet om förlaget inte ger ut verket inom skälig tid och på sedvanligt sätt sörjer för dess spridning samt fullföljer utgivningen i den omfattning som betingas av möjligheterna till avsättning och övriga omständigheter (34 § URL).

Som en effekt av överlåtelseförbudet i 28 § URL (jfr ovan under avd. 2.2) upphör förlagsrätten också om förlaget försätts i *konkurs*. Om förlaget inställer sina betalningar eller träder i likvidation, får författaren på motsvarande sätt säga upp avtalet. Förlaget har emellertid vanligen rätt att fullfölja utgivningen på avtalade villkor beträffande de exemplar som finns i lager vid tidpunkten för betalningsinställelsen eller likvidationen. När förlagsrätten upphör återgår alla rättigheter enligt förlagsavtalet till författaren.

6. Utvecklingen

Lagens regler om upphovsrättens övergång är i dag i hög grad föråldrade och i behov av anpassning till bl.a. dagens digitala verklighet. Publicering sker i allt större utsträckning elektroniskt. Även om den tryckta boken också framdeles kommer att utgöra grunden för förlagsavtal, har såväl författaren som förlaget naturligtvis anledning att överväga om och under vilka villkor boken skall nedläggas i en databas, utges som CD-ROM eller förmedlas via Internet. Några bestämmelser härom finns emellertid inte i lagen. Längre har dock emotsetts en översyn av tredje kapitlet URL. I samband med det s.k. Infosocdirektivets² genomförande, konstaterade regeringen att ett stort antal ändringar hade skett i URL sedan 1960-talet. Det hade medfört att lagen hade kommit att bli svåröverskådlig. Därför var det hög tid att göra en redaktionell översyn av lagen. Under senare tid hade också framförts önskemål om en översyn av reglerna om upphovsrättens övergång. Avsikten var att såväl den redaktionella översynen som översynen av tredje kapitlet skulle påbörjas så snart som genomförandet av direktivet var klart.³ Den 27 december 2006 ställde riksdagsledamoten Hans Wallmark (m) en skriftlig fråga till justitieministern om regeringens planer på att se över URL:s tredje kapitel. I justitieministerns svar av den 11 januari 2007 framstod det som tydligt att kapitlet var i behov av en översyn och att denna borde omfatta ett flertal frågor med koppling till upphovsrättens övergång. Justitieministerns avsikt var att justitiedepartementet skulle kunna påbörja arbetet med en översyn under år 2007.

Inför en förestående översyn av lagens bestämmelser om rättighetsövergång, har såväl *SFF* som *SvF* uppvakttat regeringen och givit uttryck åt sina respektive uppfattningar om vilka krav som bör ställas på en framtida reglering av upphovsrättens övergång. I korthet förespråkar *SFF* en ökad detaljreglering av upphovsrättens avtalsförhållande med uttryckliga tolkningsregler till upphovsmannens förmån, tvingande rätt till skäligt vederlag och regler om medling mellan upphovsmän och förlag, med inspiration från tysk rätt. *SvF* välkomnar i och för sig också en översyn av tredje kapitlet i URL. Emellertid värnar *SvF* i stället avtalsfriheten och lagstiftningen bör även fortsättningsvis ge parterna frihet att själva förhandla fram de enskilda avtalen, utan tvångsmedling eller detaljstyrning. Enligt *SvF* har den tyska lagstiftning, som trädde i kraft år 2002 och som syftade till att stärka upphovsmannens ställning,⁴ fått negativa följder på den tyska marknaden, för såväl författare som förlag genom att bokutgivningen hämmats. Utdragna förhandlingar och dåliga relationer har tillsammans med det stora antalet processer bidragit till en osäkerhet och förvirring som missgynnar alla aktörer i bokbranschen. Även konsumenterna riskerar att drabbas, eftersom resultatet blir ett mindre och sämre utbud av litteratur. Tysk rätt borde därför inte användas som förebild vid en revision av tredje kapitlet URL. De villkor som medelstora och stora förlag i dag tillämpar är, enligt *SvF*, generellt sett mer gynnsamma för författarna än villkoren i RAM och för det fall ett

enskilt avtal skulle anses oskäligt, finns alltid möjlighet att jämka, alternativt ogiltigförklara, avtalsvillkor (jfr ovan under avd. 2.4).

Här kan avslutningsvis finnas skäl att närmare diskutera hur upphovsrättslagstiftningens övergång bör regleras för framtiden. Förenklat kan man då se tre skilda lagstiftningsvägar, vilka skapar ett *spektrum från tvingande detaljreglering till avtalsfrihet*. Den ena vägen skulle vara att, i enlighet med SFF:s önskemål, *detaljreglera* förutsättningarna för upphovsrättens övergång. Den andra vägen skulle vara att *behålla ett minimum av bestämmelser* som tar sikte på särdrag inom upphovsrätten och som utgör minsta gemensamma nämnare för alla upp- och överlåtelsesituationer. Tvingande regler skulle begränsas till vad som krävs enligt harmoniserad EG-rätt. Den tredje vägen skulle vara att *helt avstå från regler om upphovsrättens övergång*. Som nedan visas, finns för- och nackdelar med samtliga vägar.

Ett skäl för den *första vägen* kan vara att samhällets tilltagande komplexitet i skilda hänseenden motiverar detaljerade regler för avtal om övergång av upphovsrättigheter. Om man utgår från att upphovsrätten är kreatörernas legala plattform, kan naturligtvis hävdas att den inte ger samma trygghet som t.ex. *arbetsrätten* och inte heller samma skydd för den typiskt sett svagare upphovsmannen i förhållande till ett förlag eller annan som skall nyttiggöra hans verk som på motsvarande sätt ges åt konsumenter enligt *konsumenträtten*. Det talar i så fall för att upphovsrätten förses med ett finmaskigt skyddsnät som kan fånga upp upphovsmän som annars skulle fastna i oförmånliga kontrakt. För det talar även att vissa avtalstyper (förlagsavtal och filmavtal) redan i dag är uttryckligt reglerade i tredje kapitlet URL. En sådan väg är emellertid förknippad med avsevärda lagstiftningsproblem. Såsom konstateras inledningsvis griper ju upphovsrätten över en högst varierad flora av objekt och förfogandesituationer. Om en avtalstyp är uttryckligt reglerad i lagen, bör alla tänkbara nyttjanderättsavtal, såsom inte bara anställnings- och uppdragsavtal, utan även merchandiseavtal, reklamavtal m.fl. vilka omfattar upphovsrättigheter vara det, något som skulle bli mycket komplicerat. Risken med denna ordning blir naturligtvis att någon utnyttjandeform eller nyttjandenaspekt förbises, vilket skapar tolkningsproblem vid tvist om övergången av en sådan. En målsättning för lagstiftaren har därför alltid varit att lagen skall vara så generellt utformad och så teknikneutral som möjligt. Om man bygger en detaljerad lagstiftning på vår tids uppfattningar om teknik, nyttjandeformer och partsrelationer, finns också överhängande risk för att verkligheten och utvecklingen springer förbi lagstiftningen. Den gällande lagens bestämmelser, som tar sikte på vissa avtalstyper, vilka uppfattades som centrala för lagstiftaren vid mitten av 1900-talet, visar ju med stor tydlighet på det. De visar samtidigt på hur svårt det är att i lag detaljreglera grundförutsättningar för enskilda avtal, såsom upplagens storlek m.m. Det bör också tilläggas att tvingande lagstiftning inom förmögenhetsrätten generellt sett är främmande för en svensk lagstiftningstradition.

Om nackdelarna således överväger med den första vägen, kan man överväga den andra vägen. Bortsett från de särskilda bestämmelserna om förlagsavtal (31–38 §§ URL) och filmavtal (39–40 §§ URL) är det i princip också den väg som den svenska lagstiftaren hittills har valt. En första fråga som inställer sig är då vilket *minimum av bestämmelser* som tar sikte på särdrag inom upphovsrätten och som utgör minsta gemensamma nämnare för alla upp- och överlåtelsesituationer. Utgångspunkten borde väl vara vad som i dag regleras i 27–28 §§ URL. Dessa bestämmelser bör dock naturligtvis korrigeras så att det uttryckligen framgår att de tillämpas även på *upplåtelser* (jfr ovan under avd. 1). Man kan också överväga i vad mån dessa bestämmelser även borde ses över i materiellt hänseende, t.ex. i fråga om vidareöverlåtelseförbudet i 28 § URL så att en överlåtelse av rörelse, till vilken hör en upphovsrätt, skall innefatta upphovsrätten, om annat inte har avtalats. Därtill kan övervägas om ytterligare bestämmelser av mer allmän karaktär bör införas i lagen, såsom t.ex. särskilda avtalstolkningsprinciper, liksom regler om rättighetsövergång vid anställning och uppdrag.

I de danska och norska upphovsrättslagarna är den s.k. *specialitetsprincipen* (jfr ovan avd. 3.2) uttryckligen lagfäst. Där anges att *om upphovsmannen har överlåtit en rätt att utnyttja verket på ett bestämt sätt eller med bestämda medel, ger överlåtelsen inte rätt att utnyttja verket på annat sätt eller med andra medel*. I den danska lagen stadgas också att *om avtalet inte uttryckligen specificerar enskilda utnyttjandeformer som omfattas av övergången, kan upphovsmannen med rimligt varsel säga upp överlåtelsen av de icke specificerade utnyttjandeformerna*. Dessa bestämmelser har dock kritiserats för att inte ta sikte på det reella problemet, nämligen verkan av *obestämda* och *långtgående* rättighetsöverlåtelser, något som i så fall också borde regleras om man alls skall införa uttryckliga avtalstolkningsbestämmelser i lagen.

Införande av uttryckliga tolkningsprinciper i lagen, bör dock göras efter noggrant övervägande. Man måste då också överväga vilka regler som skall lagfästas och hur de skall förhålla sig till varandra, liksom till de allmänna avtalsrättsliga tolkningsprinciperna. Att lagfästa *specifikationsgrundsatsen*, på det sätt som har gjorts i Danmark och Norge, har t.ex. skapat nya tolkningsproblem i förhållande till *obestämda* och *långtgående* rättighetsöverlåtelser. *Ett skäl* mot att införa uttryckliga avtalstolkningsregler i lagen är upphovsrättsavtalens heterogena natur. Skillnaderna mellan avtalstyper i sig, såsom t.ex. mellan ett förlagsavtal och ett uppdragsavtal, är uppenbara. Sedan kan naturligtvis avtalstyper variera avsevärt beroende på avtalsobjekt och omständigheter i den enskilda avtalsituationen. Redan här är det lätt att se hur en tolkningsprincip kan tjäna olika syften i förhållande till det avtal som den skall tillämpas på. *Ett annat skäl* är att man inte förbehållslöst kan utgå ifrån att upphovsmannen är den svagare parten. Även om förlaget normalt är den både ekonomiskt starkare och erfarnare parten, finns det således ingen anledning att genomgående tolka lag och avtalsbestämmelser till upphovsmannens fördel.

Rätten till arbetstagares verk är reglerad endast i fråga om datorprogram.

40 a § URL, som införlivar art. 2.3 i EG:s s.k. Datorprogramdirektiv,⁵ säger att om ett datorprogram har skapats av en arbetstagare som ett led i dennes arbetsuppgifter eller efter arbetsgivarens anvisningar, skall arbetsgivaren ensam vara berättigad att utöva alla ekonomiska rättigheter till det program som skapats på detta sätt, om inte annat har föreskrivits genom avtal. Denna regel säger ju i grunden inte mycket mer än vad som redan följer av de ovan under avd. 4 beskrivna *tumreglerna*. Man kan då i och för sig på goda grunder också fråga sig varför uppdragsavtal inte skulle följa samma regler. Det gäller inte minst i dag när så många litterära verksproduktioner tillkommer i uppdragsförhållanden.

Det kan naturligtvis uppfattas som en drastisk lösning att helt utelämna bestämmelser om upp- och överlåtelse i lagen – *den tredje vägen*. Om man ser närmare på bestämmelserna i 27–28 §§ URL visar det sig dock att dessa egentligen inte ger uttryck åt så mycket mer än vad som redan följer av upphovsrättens systematik och immaterialrättsliga grundprinciper. Såsom konstaterats inledningsvis tillämpas också i hög grad allmänna avtalsrättsliga regler och principer och i förekommande fall handelsbruk. Det finns i dag också en ganska omfattande flora av *standardavtal* för skilda avtalstyper och områden. Teoretiskt sett skulle därför några större avtalstolkningsproblem sannolikt inte uppstå om tredje kapitlet URL utmönstrades. Vissa bestämmelser måste dock kvarstå i en eller annan form, eftersom de följer av harmoniseringsdirektiv inom upphovsrättsområdet. Det gäller förutom den ovan berörda 40 a § URL om rätten till arbetstagares datorprogram, bestämmelsen i 29 § om uthyrning av ljudupptagningar eller upptagningar av rörliga bilder, vilken införlivar art. 4 i EG:s s.k. Uthyrnings- och utlåningsdirektiv.⁶

Systematiska skäl talar ändå för att behålla vissa bestämmelser om upp- och överlåtelse i lagen. Eftersom övriga immaterialrättslagar, såsom varumärkeslagen och patentlagen, i dag har särskilda kapitel om rättens övergång genom avtal, är det därför rimligt att behålla ett separat särskilt kapitel härom också i URL. Övervägande skäl talar således för *den andra vägen*, det vill säga att *införa ett minimum av dispositiva bestämmelser*. Det betyder naturligtvis inte att det saknas grund för tolkningsprinciper till upphovsmannens förmån i förekommande fall, men de allmänna avtalsrättsliga tolkningsprinciperna, såväl som de upphovsrättsliga principerna för avtalstolkning, vilka har kommit till uttryck i den juridiska doktrinen, liksom även i domstolspraxis, borde väl kunna antas tjäna sitt syfte att åstadkomma balans mellan upphovsrättens avtalspater, även om de inte är uttryckligen lagfästa.

Litteratur i urval

- SOU 1956:25 (Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk. Lagförslag av Auktorrättskommittén)
- Bernitz, Ulf/Karnell, Gunnar/Pehrson, Lars/Sandgren, Claes: Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 10 uppl., Handelsbolaget Immateriellt Rättskydd i Stockholm 2007
- Bing, Jon: Forlagsavtalen, 1975
- Blomqvist, Jørgen: Overdragelse af ophavsrettigheder. Rettighetsoverdragelsen og dens fortolkning, Jurist og Økonomiforbundets forlag, Köpenhamn 1987
- Hartvig Jacobsen, J.: Forlagsretten, Gyldendalsk Boghandel – Nordisk Forlag, Köpenhamn 1951
- Kanter, Lennart: Det nya förlagsavtalet, PA Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1980
- Karnell, Gunnar: Arbetstagares upphovsrätt (Ulf 50!, IFIM nr 50), Stockholm 1986
- Levin, Marianne: Lärobok i immaterialrätt, 9 uppl., Norstedts Juridik 2007
- Nordell, Per Jonas: Den ideella rättens tvingande natur och oöverlåtbarhet, Festskrift til Mogens Kockvedgaard, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, Köpenhamn 2003 s. 383
- Rätten till det visuella, Stiftelsen Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet 1997
- Olsson, Henry: Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt, 7 uppl., Norstedts Juridik 2006
- Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar, 2 uppl., Norstedts Juridik 2006
- Rosén, Jan: Förlagsrätt. Rättsfrågor vid förlagsavtal, Juristförlaget 1989
- Förlagsrättens och upphovsrättens tidiga utvecklingsskeden i ett internationellt perspektiv (NIR 1990 s. 47)
 - Några reflexioner kring ramavtalet för förlagsavtal mellan författare och bokförläggare (NIR 1980 s. 325)
 - Upphovsrättens avtal, 3 uppl., Norstedts Juridik 2006
- Schovsbo, Jens: Immaterialretsaftaler. Fra kontrakt til status i kontraktretten, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, Köpenhamn 2001
- Saxen, Hans: Förlagsavtalet, Stockholm (Åbo), Norstedts 1955
- Svensäter, Lennart: Anställning och upphovsrätt. Om det enskilda anställningsförhållandets reglering och dess grunder samt om konsekvenserna av att framställa resultat omfattade av 1 § upphovsrättslagen, Norstedts 1991
- Wolk, Sanna: Arbetstagares immaterialrätter. Rätten till datorprogram, design och uppfinningar m.m. i anställningsförhållanden, Norstedts Juridik, Stockholm 2006

Noter

1. Svea hovrätt, dom den 10 december 2002 (Mediearkivet I) och dom den 23 maj 2006 (Mediearkivet II).
2. Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.
3. Lagrådsremiss. Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. s. 47 f.; jfr prop. 2004/05:110 s. 48 f.
4. Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern.
5. Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.
6. Rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter.

5. Upphovsrätt och fildelning – några sammanfattande punkter

av Daniel Knutsson

I media har då och då under de senaste åren florerat påståenden om och argument för att upphovsrätten inte passar i vårt moderna samhälle. I många fall verkar det handla om missförstånd och brist på kunskap och i andra mest om ett försök att motivera olaglig fildelning. Som Filmfolket, Svenska Filminstitutet och MIA har skrivit i sin broschyr *10 moderna myter om film- & TV-pirateri på nätet*, är det tid att avliva myterna. I det följande kommer kort att tas upp några punkter som är värda att fundera över i debatten om upphovsrätt och olaglig fildelning.

• **Det som skapas behöver ett starkt skydd**

Som nämnts genomgående i den här skriften fyller upphovsrätten en viktig funktion i ett modernt samhälle. Den främjar nyskapande och informations-spridning och den bidrar till samhällets utveckling. Ett system utan upphovsrätt skulle påverka vårt samhälle i negativ riktning – inte minst kulturellt och ekonomiskt. Det är mot den bakgrunden som samhället har valt ett starkt skydd för det skapade. Samhällets syn har även lämnat avtryck i den svenska grundlagen och i det internationella regelverket. Det bör noteras att avsaknaden av ett svenskt skydd för upphovsrätten skulle utesluta Sverige från den internationella handeln. Som har framgått av tidigare avsnitt har det upphovsrättsliga skyddet emellertid begränsats på olika sätt för att inte hämma informationsspridning, nyskapande och annan utveckling. Utifrån ett samhällsperspektiv har de relevanta intressena tagits väl om hand av vår tids upphovsrättsliga ordning.

Samhället utvecklas och upphovsrätten bidrar till detta. Det är fantastiskt att information på grund av ny teknik kan nå så många människor på så kort tid och till så liten kostnad som är möjligt i dag. Internet och fildelning, som i och för sig inte behöver vara olaglig, innebär att långt fler än tidigare har en möjlighet att snabbt och med mindre resurser än tidigare ta del av böcker, musik, film och annan information.

Utvecklingen och den nya tekniken har dock inte påverkat upphovsrättens betydelse. Skydd för det som skapas är alltså mycket viktigt. Det kan vara frestande att låta utvecklingen styras av de enorma informationsmöjligheterna som Internet och fildelningsprogram ger och att låta informationsintresset väga tyngre än upphovsmännens rätt till sina skapelser. Vi får dock inte glömma att med jämna mellanrum reflektera över varför vi har en upphovsrättslagstiftning.

• **Kultur är inte gratis**

Upphovsmännens ekonomiska incitament till skapande är viktigt – de måste kunna ta betalt för sitt arbete och utnyttja sin rätt på marknadens villkor. Det ankommer inte på författarna och bokförlagen att finansiera samhällets efter-

frågan på kultur. Kultur finns, precis som andra produkter och tjänster, att ta del av på de villkor som erbjuds på marknaden. Det är upp till ägaren av upphovsrätten att inom de ramar som skyddet ger bestämma till vilket pris och på vilket sätt någon annan skall få ta del av det som ägaren tillhandahåller. Detta är en normal ordning i en marknadsekonomi. Kultur är inte och kan inte vara gratis, den skulle då ytterst förlora sitt innehåll.

• ***Upphovsrätten fördelar kostnader***

Upphovsrätten ger upphovsmännen en möjlighet att kunna ta lite betalt av många. En annan situation skulle råda om upphovsmannen, för att kunna njuta de ekonomiska frukterna av sin investering, blev tvungen att ta mycket betalt av några få. Upphovsrätten möjliggör att upphovsmannen vågar framställa många exemplar till fler användare som är med och delar på kostnaden. En annan ordning skulle begränsa allmänhetens tillgång till det som skapas.

• ***Upphovsmannen bestämmer***

Det kommer alltid att finnas upphovsmän som är beredda att låta sitt verk komma allmänheten till del genom t.ex. fildelning utan ersättning. Och det är inte något konstigt med det. Det är nämligen innebörden av den upphovsrättsliga ensamrätten – ägaren, och bara hon eller han, skall i princip själv avgöra hur verket får användas.

• ***Ett system med en allmän bredbandsavgift kan inte ersätta den upphovsrättsliga ordningen***

Det är upphovsmannen som bestämmer när, var och hur allmänheten skall få ta del av det han eller hon har skapat, förutsatt att någon inskränkning i upphovsrätten inte föreligger. Denna ordning har Sverige även åtagit sig att upprätthålla på den internationella arenan. Att införa ett system med allmän bredbandsavgift är inte möjligt, varken rättsligt eller handelspolitiskt.

• ***Mediebranschen måste hänga med***

De flesta författare, bokförlag och andra upphovsmän och producenter vill få bästa möjliga avsättning för sina produkter och tjänster. Mediebranschen har därför också utvecklat en rad tjänster för den som vill ladda ned böcker, musik och film på Internet. Det bör understrykas att bokbranschen på ett mycket tidigt stadium, om man jämför med musik- och filmbranschen, har tillhandahållit legala nedladdningstjänster för ljudböcker. Trots detta sker en betydande olaglig fildelning via bl.a. The Pirate Bay.

Det finns inget egenvärde i att mediebranschen undanhåller sina produkter och tjänster för sina kunder. Men det kan finnas ekonomiska skäl till att rättsinnehavaren väljer att lansera en produkt i ett visst land före ett annat eller i en viss form före en annan. Att rättsinnehavaren väljer att göra på det ena eller andra sättet är givetvis inte en omständighet som utgör en godtagbar grund för olaglig fildelning.

- ***Upphovsrätten är inte förlegad***

Upphovsrättsintrång i miljön utanför Internet kan beivras av den enskilde rättsinnehavaren genom att han eller hon själv kontaktar domstol med krav om skadestånd mot den person som begår intrång. Intrånget kan dock även vara ett brott och beivras genom agerande från polis och åklagare. Att tekniken medför att myndigheter och rättsinnehavare har svårt att upptäcka och beivra intrång är givetvis inte ett skäl till att upphovsrätten skall anses förlegad och bör upphöra. Däremot kan den vara i behov av viss revidering från tid till annan.

- ***Bättre verktyg för att värna upphovsrätten ...***

Verkligheten har visat att polis och åklagare saknar resurser att i tillräcklig utsträckning kunna fullfölja de polisanmälningar om upphovsrättsintrång som begås genom t.ex. fildelning. I media har dessutom kritik framförts mot att myndigheterna använder delar av sina resurser till sådan ”ringa” brottslighet som olaglig fildelning. Samtidigt är rättsinnehavare förhindrade att själva kunna ta till vara sin rätt när någon begår upphovsrättsintrång på Internet eftersom identiteten på intrångsgöraren döljs av en IP-adress. Vad skall då rättsinnehavare göra? Frågan är berättigad och Sverige bör införa en ordning där rättsinnehavare själva kan ta tillvara sina rättigheter. Detta skulle lätta bördan för de rättsvårdande myndigheterna och undvika för samhället kostsamma rättsprocesser.

- ***... men inga privata poliser och åklagare***

I debatten om rättsinnehavarnas möjlighet att själva beivra upphovsrättsintrång uppkommer inte sällan frågan om balansen mellan skyddet för upphovsrätten och den personliga integriteten. All rättsskipning innebär att den person som har handlat i strid med viss lagbestämmelse identifieras. Detta gäller rimligen även handlingar som har begåtts via en IP-adress på Internet. Det är skäligt att rättsinnehavare skall ha samma möjligheter att själva agera för att tillvarata sina rättigheter även vid upphovsrättsintrång på Internet. Det nu aktuella lagförslaget avseende civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område (genomförandet av det s.k. sanktionsdirektivet) möjliggör detta, men först efter att en domstol har gjort en prövning av om intrång föreligger. Domstolen skall även

i övrigt bedöma om det finns skäl att lämna ut identiteten bakom IP-adressen. Lagförslaget innebär inte att enskilda rättsinnehavare själva kan, som polis och åklagare, begära ut information. Det är domstolen som skall besluta om detta.

- **Internetleverantörerna måste ta ansvar**

Internetleverantörernas tjänster är centrala för den olagliga fildelningen. Bland annat mot bakgrund av de värden som upphovsrätten skyddar är det välkommet om – och inte alls orimligt att – dessa aktörer tar ett större ansvar.

- **Slutord**

Det är olyckligt om de som deltar i debatten om den olagliga fildelningen inte förstår värdet av och grunderna för vår upphovsrättsliga ordning och hur den ser ut – nationellt och internationellt. I den här skriften har vi gjort ett försök att förklara varför några av de vanligaste påståendena och argumenten som har förts fram i debatten inte är hållbara och varför upphovsrätten är så viktig.