



LUND UNIVERSITY

För Individen, Kollektivet eller Industrin? – Om Upphovsrättens Digitala Utmaning

Larsson, Stefan

Published in:
Nordisk kulturpolitisk tidsskrift

2013

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Larsson, S. (2013). För Individen, Kollektivet eller Industrin? – Om Upphovsrättens Digitala Utmaning. *Nordisk kulturpolitisk tidsskrift*, 16(2), 269-293.

http://www.idunn.no/ts/nkt/2013/02/fr_individen_kollektivet_eller_industrin_om_upphovsrt

Total number of authors:

1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

För individen, kollektivet eller industrin? – Om upphovsrättens digitala utmaning

Stefan Larsson

PEER REVIEWED ARTICLE

Stefan Larsson

Stefan Larsson är föreståndare för Lunds universitets internetinstitut (LUI), har disputerat i rättssociologi och har en tydligt internet- och digitaliseringsinriktad forskningsprofil. I allmänhet studerar han frågeställningar i tvärsnittet mellan teknik och samhällsförändring, ofta i relation till konceptuell och språklig förändring, såsom gällande metaforer och rätten, fildelning och upphovsrätt, rättsliga och sociala normer. Han gör detta bland annat inom forskargruppen Cybernormer vid Lunds universitet.

E-mail: Stefan.larsson@soclaw.lu.se

Abstract

The article examines the underlying conceptions of the practices of creativity embedded in the global copyright construction, and argues that there is a prevailing idealized image expressed in terms of individual and autonomous performance of “solitary geniuses”. This conception is an important part of what may be called a copyright ideology that increasingly has let the law develop into an industrial protection regulation rather than an incentive legislation for creation and innovation – despite the rhetorical functions of the “solitary genius”. The article contrasts the underlying conceptions of the “solitary genius” with an increasing call for the collaborative and contextual dependence for creativity that can be found in the critical literature, particularly related to the Internet and digitization. The article discusses the globally homogeneous copyright that is focusing more and stronger protection with longer and longer terms of protection, in relation to a growing discourse on concepts of participation, crowdsourcing, Read / Write culture and the challenge this entails in terms of codifying emerging normative practices and social norms in law.

Keywords: Solitary genius, Collaborative creativity, Path dependence, Remix culture, Copyright, Intellectual Property, Normative practice, Metaphor, Conceptual metaphors, Conceptions, Digital culture politics

Den rättsliga utmaningen med att kodifiera sociala normer

Ett syfte med upphovsrätten som ofta förs fram är att stimulera kreativitet och innovation. I samma andetag nämns då ofta vikten av ett starkt och långtgående rättighetsbaserat skydd för verken. Det finns härmed något singulärt, dvs. individbaserat, förgivettaget i lagstiftningen, och, vilket många före mig har diskuterat, i någon mån en dold uppfattning om att dessa skapande individers beroende av sin omgivning, kultur och kontext är liten. Kultur tycks enligt denna föreställning inte vara något som flödar, inspirerar och utbyts mellan, runt och över kulturbärande melodier, språk, visuella medel, utan snarare något som emanerar från en viss typ av skapande individer. Därav det relativt enkla receptet; för att försäkra sig om mer skapande, så behövs därmed mer skydd åt dessa utvalda. Verkligheten är naturligtvis mer nyanserad än så, och debatten kring skapande och upphovsrätt och dess inneboende föreställningar har även förändrats tämligen dramatiskt över århundradena.

När Högsta Domstolen den 12 februari 2012 nekade prövningstillstånd för de män som dömts för medverkan till upphovsrättsbrott för skapandet och förvaltandet av den ökända BitTorrentfildelningstjänsten The Pirate Bay (TPB) markerade det – i relativ tysthet – en slutpunkt på en av upphovsrättens mest intressanta fall i modern tid (jfr Larsson, 2013a). När sedan dokumentärfilmaren, (juristen) och regissören Simon Klose, som hade följt de åtalade och dömda männen och det rättsfall som klättrat via Tingsrätt och Hovrätt, släppte sin uppmärksammade dokumentärfilm *TPB AFK* i februari 2013 valde han att både släppa den fritt enligt Creative Commonslicensen Erkännande-Ickekommersiell-Inga bearbetningar¹ och att samtidigt erbjuda den till försäljning. Men vad finns det egentligen för incitament för att släppa något fritt? Varför valde han därmed att inte utnyttja de privilegier och kontrollfunktioner som den flerhundraåriga upphovsrättsliga lagstiftningen erbjuder i Sverige, EU och globalt?

I korthet vill jag med denna artikel belysa några aspekter av hur kreativitet spelas ut i praktiken, i ett försök att relatera dessa metoder till uppfattningen om kreativitet som finns inbäddad i upphovsrättslagen. Det blir i detta sammanhang därför av intresse att diskutera både kreativitets relation till teknologi, men även bilden av vad kreativitet är och vem eller vilka som ofta betraktas vara den eller de kreativa. Här diskuteras därmed några aspekter av Internet och digitaliseringens betydelse för att utmana några för upphovsrätten centrala föreställningar, exv. i termer av individualitet kontra kollektivism. Det hägrande problemet som jag vill lyfta fram är huruvida lagstiftningen kan ha någon annan egentlig funktion än vad som ofta förs fram, och om den på något sätt förfelar sitt stimulerande syfte.

När det gäller relationen mellan teknik, samhällsförändring och juridik kan man – i vart fall översiktligt – fundera över om digitaliseringen i någon mån visar på liknande strukturella utmaningar som industrialiseringen visade. Om vi ser till Sveriges del så kan man läsa hur rättsvetaren Anna Christensen (1997) i en artikel med namnet *Rätten i ett samhälle under förändring* visar hur rätten har påverkats av det svenska samhällets förändring från jordbrukssamhälle till en modern industriell marknadsekonomi och välfärdsstat, och på vilket sätt rätten själv har bidragit till denna utveckling. Hon berör bland andra områdena äktenskapslagstiftning, arbetsrätt och reglering kring fast egendom. I samband med att Christensen konstaterar att det dröjde långt in på 1900-talet innan den ålderstigna giftemålsbalken hade ersatts med en ny skriver hon:

Rättens viktigaste uppgift är här att *urskilja* de nya normativa praktiker och de nya normativa föreställningar som utvecklas i samhället och att ge dem en juridisk kropp i form av ny

lagstiftning. Rätten kan ha större eller mindre beredskap att uppfatta och acceptera dessa normativa förändringar i samhället (Christensen, 1997, s. 110).

Jag vill först och främst med denna något anekdotiska anföring visa hur ”normativa praktiker” är något föränderligt, vilket för den ofta mer konservativa rätten blir en utmaning att hantera. När det gäller industrialiseringen så uppstod med den en ny form för arbete i det moderna lönearbetet i industrin. Christensen konstaterar att juristerna och juridiken spelade till en början en begränsad roll i denna utveckling. De ledande principerna hade till en början inte formen av rättsprinciper utan ”överenskommelser mellan arbetsmarknadens parter”. Lagstiftaren lät i stort sett händelserna ha sin gång och när man började lagstifta så handlade det i mycket om att kodifiera de ”normativa praktiker” och sociala normer som redan hade utvecklats (Christensen, 1997, s. 112). För strax över hundra år sedan var exempelvis arbetskraftens strejker olagliga i större delarna av Europa. Fackföreningarna hade inte rätt att representera deras medlemmar eller att förhandla med arbetsgivare. Kollektivavtal blev inte formellt accepterat förrän 1928 (Larsson och Hydén, 2010, s. 188). Det betyder att dessa rättsliga instrument hade en tämligen dramatisk förhistoria innan de blev den accepterade och ledande varianten (i Sverige) för att reglera arbetskraftens situation. Det betyder att de tekniker som uppfanns, ihop med de nya organisationsformerna för arbete med en ny och växande typ av arbetskraft, existerade en period innan dessa omvälvningar kunde finna sin väg in i en fungerande reglering.

Digitaliseringen av så många viktiga processer i samhället idag har lett till att liknande frågor ställs inom många rättsområden. Det rör frågor kring hur vanliga människors privatliv påverkas av den spårbarhet som uppkommer i den digitala miljön (Kullenberg, 2010; Larsson et al., 2012a; 2012b; Lundblad, 2007; Palmås 2009), hur yttrandefrihet fungerar och påverkas av upphovsrätt i en digital tid (Netanel 2008) och, vilket denna artikel fokuserar på, hur kreativitetens och skapandet former och förutsättningar påverkas (se även Larsson, 2013b). Det finns flera som ser problem med det sätt som regleringen är uppbyggd idag relaterat till digitaliserade ”sociala praktiker”, för att använda Christensens terminologi (Boyle 2011; Larsson 2011a; 2011b; Lessig 2004; 2008; Litman, 2001; Lundblad, 2007; Patry 2009; 2011; Svensson och Larsson, 2012; Vaidhyanathan 2001). Även i den senaste svenska kulturutredningen (SOU 2009:16) avhandlas samhällsförändring i termer av från agrarsamhälle till industrisamhälle och vidare till informationssamhälle. Om man ser den upphovsrättsliga regleringen som en stelnad kulturpolitik så finns det i denna upphovsrättsliga reglering tydliga och viktiga frågor kring hur rätten förstår och conceptualiserar skapande, vilket tycks genomgripande utmanat i en digital kontext. För att belysa den problematiska frågan kring att med rättslig reglering främja kulturell produktion och kreativitet kan man konstatera att den senaste kulturutredningen i viss mån duckar frågan – detta till trots att utredningen konstaterar (i relation till 1970-talets präglande kulturpolitik) att ”[d]en grundläggande frågan för vårt uppdrag är därmed i vilken utsträckning den politik som i så hög grad brukar anses bygga på synsätt och handlingsmönster, som nu är mer än en mansålder gamla, också svarar mot de behov och livsmönster som människor har i dagens samhälle” (SOU 2009:16, del 1, s. 45). De livsmönster och behov som finns i dagens samhälle, speciellt i förhållande till kulturproduktion och konsumtion, vilket denna artikel lyfter fram, är ju starkt präglade av digitalisering och framväxten av Internet.

Av specifikt intresse för den här artikeln blir det när kulturutredningen behandlar ”informationssamhället”, där man konstaterar, delvis genom referenser till Manuel Castells, att ”[t]eknologin har gjort nya organisations- och arbetsformer möjliga”, och att den har ”sociala och kulturella konsekvenser” (s. 56). Även om man diskuterar framväxandet av en kreativ klass, i Richard Floridas (2002) terminologi, så fokuseras inte de förändringar som Internet och

informationsteknologins utbredning betyder för skapande och föreställningar om skapande. I förhållande till den i andra sammanhang mycket omdebatterade relationen mellan digitalisering och upphovsrättslig reglering, så tecknas ingen problembild för kulturproduktion i sådana termer här.

Nielsén (2010) lyfter däremot fram en viktig kulturpolitisk poäng i att om 1970-talets kulturpolitik fokuserade att förse medborgarna med kultur så är frågan i dag mycket mer relaterad till att sortera i det massiva flöde och utbud som finns tillgängligt. Värderingsfrågan blir därmed central. I den ”digitala kulturpolitik” Nielsén efterlyser lyfter han bland annat frågor kring metoder för skapande och vad det är som bör skyddas och erhålla stöd:

Andra möjligheter än att få hjälp av förlag eller produktionsbolag står dock numera till buds. Inte minst har nätet bidragit till en potential för att kollektivt arbeta vidare med idéer och spridning. När mängder av människor deltar i eller kompletterar en produktion, kan det totala verket ofta överträffa grundarens eller grundarnas möjligheter. Denna amatörvåg skapar delaktighet för ett stort antal människor, samt inte minst mångfald i de kulturella uttrycken. Ska kulturpolitiken omfamna denna utveckling och i så fall hur? (Nielsén, 2010, 307).

Jag vill därmed betona vikten av att ta avstamp i den vidare kulturpolitiska diskussionen för att fokusera just den vinkel som har med upphovsrättslig reglering att göra, hur dess inneboende föreställningar om skapande ser ut, och hur detta tydligt utmanas i en digital kontext i förhållande till ”amatörvågen” och det kollektiva och kontextuella beroendet. Det finns anledning att återkomma till den kulturpolitiska relevansen i artikelns summerande del. När det gäller att använda den upphovsrättsliga fallbeskrivningen för att berätta om en större teknikrelaterad samhällsutveckling har jag på annat ställe (Larsson 2012) konstaterat att en analys av upphovsrätten i det digitala samhället kan användas för att visa på underliggande värderingar och förståelseramar kring både kreativitet och samhällelig förändring (se även Lundblad, 2007), vilket formar denna artikels kunskapsintresse:

[U]pphovsrätten utgör ett av de mest problematiska områdena i gränslandet mellan teknik och juridik. Detta är också anledningen till att den kan användas för att avslöja frågor om konceptuell och social förändring i ett digitalt samhälle, till exempel när det gäller hur vi förstår kreativitet och hur föreställningar om kreativitet kan dekonstrueras utifrån upphovsrätten och jämföras med digitala praktiker som utmanar dessa rättsligt inbäddade föreställningar om kreativitet (Larsson, 2012, s. 1022).²

Den moderna föreställningen om upphovsrätt har sitt ursprung i det tidiga 1700-talet (jfr Horten, 2012, s. 14), och var då knuten till ägandet av tryckpressen och innebär en rätt att trycka och distribuera böcker, pamfletter m.m. Det är efter detta som den moderna idén om författaren som litteraturens individuella upphovsman växer fram (Fredriksson, 2009, ss 31-46; Woodmansee, 1994). Woodmansee (1994) menar att det författarideal som växte fram kom att innebära att författaren således inte var så mycket av en arbetare utan ett ”inspirerat geni”, vars litterära kvaliteter var resultatet av dolda och mystiska inre processer. Även om den kreativa processen fortfarande kan förefalla ”mystisk”, är huvudargumentet här att det inte så mycket handlar om en socialt fristående inre process. De kulturella uttrycken är tvärtom i allra högsta grad både socialt och kontextuellt beroende, och på intet sätt skilt från den kulturella sfär som skaparen är en del av (Larsson, 2012; 2013b). Den underliggande tankestruktur som Woodmansee uppmärksammar har kritiserat från flera håll, inte bara i en digital kontext (Arewa, 2006; Jazri, 1994; Patry 2009, s. 71-75; Vaidhyanathan 2001, s. 117-126).³ Exempelvis, musik- och juridikforskaren Olufunmilayo Arewa konstaterar, gällande musikens kreatörer:

Denna individualistiska och autonoma vision av musikaliskt författarskap, vilken är centralt för upphovsrätten, har generellt tonat ner vikten av och kontinuiteten i det musikaliska lånandets praktik (Arewa 2006, s. 547).⁴

Arewa fokuserar därmed vikten av ”lålandet” för skapandeprocesser, och betonar dess betydelse. Här tycks med andra ord upphovsrätten utgå från en snäv föreställning kring skapandet och utövaren, som är inbäddade i en rad lagstiftningar, både nationellt såväl som internationellt.

Något förenklat kan man fråga sig i vilken utsträckning omgivningen bidrar till skapande och innovation. Här kan man både diskutera teknologier såväl som lånepraktiker i en kulturell kontext. Denna artikel fokuserar aspekter av hur kreativitet spelas ut i praktiken i ett försök att relatera dessa metoder till uppfattningen om kreativitet som finns inbäddad i upphovsrättslagen. I detta sammanhang analyserar och diskuteras även vad (kollektiva) digitala sociala praktiker betyder för upphovsrätten. I detta ligger även ett behov av att karaktärisera det skydd som lagen postulerar. Ett skäl till detta ligger i att se till vilken grad rätten i sig bidrar till ett upprätthållande av mediestrukturer som kan kallas *åbörarkulturella* eller vad Lessig kallat ”Read/Only culture” (2008). Dvs., där det finns en tydlig producent och en tydlig konsument, en tydlig avsändare och en tydlig mottagare och där mottagaren inte kan påverka det utsända budskapet/produkten. Detta till skillnad mot *deltagarkultur*, där fler är inkluderade i någon typ av skapelseprocess. Jag inkluderar här både det aktiva kollaborativa skapandet såväl som tankestrukturen om skapandets beroende av en social och kulturell kontext överlag. Motsatsvis, finns det i den globala upphovsrättsliga strukturen drag av att luta sig åt att skapande utförs av ”ensamma genier”, nästintill helt befriade från en större kulturell kontext av uttrycksformer (Larsson, 2011b, ss. 105-112; Larsson, 2013b).

Syftet är här inte att dra argumentationen för kollektivitet, öppenhet och flöden till sin spets. Man behöver inte hemfalla åt en komplett posthumanistisk bestämning av vad Kevin Kelly kallade Internet som en ”hive mind” (1994) för att kunna kritiskt granska vilken typ av skapandekonstruktion som den moderna upphovsrätten kommit att reproducera. När det gäller terminologin kring ”upphovsrätt”, finns det en viss anakronistisk behandling att notera här. Benämningen, och så även konceptualiseringen, dvs. hur man förstått skapandet och dess utövare, har förändrats tämligen drastiskt över seklerna. Där exv. Fleischer (2012, ss. 120-130) väljer att tydliggöra distinktionerna, finns i den här framställningen inte plats eller ens ett större behov för att tydligare åtskilja exempelvis föfattarens rätt från auktorrätten från upphovsrätten. Istället låter jag här den moderna benämningen upphovsrätt, som i svensk rätt i vart fall gällt sedan 1960-talets upphovsrättslag, gälla för en längre tidsperiod, oavsett om detta därmed är en anakronism.⁵ Samtidigt ska man heller inte tro att föreställningarna gäller allt skapande eller att alla sorters artister och författare har betraktats likadant. När sådana som Rose (1993) och Woodmansee (1984; 1994) gör sina analyser över längre historiska tidsperioder så rör detta först främst författarskap, dvs. i relation till text och böcker, vilket under sent 1700-tal kom att inkludera kompositörens ensamrätt till nottryck i engelsk rätt (Fleischer, 2012, s. 122) vilket inte fick någon svensk rättslig motsvarighet förrän nära nog hundra år senare (Volgsten, 2012). En annan konceptuell hopklumpning ligger i den rättsliga skillnaden mellan upphovsrättsligt skydd per se och så kallade närstående rättigheter. Det är kompositörer och författare som kan i lagens mening vara upphovsmän, medan även musiker (utövande konstnärer) och skivbolag (framställare av ljudupptagningar) erhåller rättigheter knutna till den specifika inspelningen. Den mer publika debatten i sig, och den argumentation som pågått under en lång tid, bland annat genom litteraturen, följer emellertid inte denna rättsliga distinktion särdeles slaviskt, varför en sammanblandning är tillåtlig i just denna analys.

Även om det kan tyckas lockande att översätta den romantiserade bilden av författarskapet som ett ”ensamt geni”, som växte fram under sent 1700- och 1800-tal, till enbart vad som idag är känt som upphovsrättens ideella del så vore det i någon mån både en anakronism och en alltför stor förenkling. Kopplingen är relevant, vilket inte minst visas i den *droit d’auteurtradition* som ofta tillskrivs den Europeiska kontinentens upphovsrättsliga utveckling, i en åtskillnad mellan vad Jakobsson i sin avhandling från 2012 beskriver som en skillnad mellan liberala och romantiska föreställningar om upphovsrätt. Vilket även syns i hur den för tiden mycket inflytelserika franske författaren Victor Hugo (*Notre-Dame de Paris*, 1831, och *Les Misérables*, 1862) spelade en viktig roll i Bernkonventionens utveckling (jfr Hemmungs Wirténs intresseväckande analys av hans tal vid världsutställningen i Paris 1878, bara 8 år innan Bernkonventionen till slut undertecknades i Hemmungs Wirtén, 2004). Hemmungs Wirtén har även beskrivit den specifika Bernkonventionens tillkomst som en förhandling mellan rättsliga system, ”between copyright and *droit d’auteur*, between civil law and common-law traditions” (2011, s. 11).⁶ Visst är det så att *droit d’auteur* och den ideella delen av upphovsrätten hänger ihop, men likväl vill jag visa på hur argument för ett starkare upphovsrättsligt skydd, oavsett under vilken tradition, i modern tid kommit att tjäna industriella behov, och – som en särdeles olycklig konsekvens – riskerar att därmed odla kontradiktoriska element som inte sätter nytt skapande i första rummet.

Från författarskap till kommodifiering

När det gäller bestämmande över verk hämtades det i det brittiska 1700-talet, framförallt från förlagshåll, styrka från John Lockes teorier om rätten till ägande (Volgsten, 201, s. 77f). Detta förhållningssätt bidrog troligen till en individualiserad syn på skapande, vilket även Foucault påminner i förhållande till författarskap som ”ett privilegierat ögonblick av individualisering” (Foucault, 1969). Innan denna ”individualisering” kring författarskapet, från slutet på 1700-talet, var det generellt sett tryckare och förlag som hade privilegiebaserad upphovsrätt.

I en studie av Woodmansee (1984) konstateras att så sent som under tyskt 1750-tal så sågs författaren enbart som en av den mängd av hantverkare som var inblandade i att framställa en bok (jfr, Woodmansee, 1994). Woodmansee (1994, s. 16f.) för fram att föreställningen om att författaren är en speciell och exceptionell deltagare i produktionsprocessen, rentav den enda som är värdig att uppmärksammas, är en biprodukt av den romantiska föreställningen om att det skapande är traditionsbrytande, nytt och unikt. Denna föreställning som upphöjde författaren till en enskilt viktig nyskapande entitet fördes fram av en växande profession av författare från olika håll, som Herder, Goethe, Coleridge och Wordsworth. Woodmansee argumenterar därmed för att författarskapet från medeltiden och genom renässansen får sitt värde och auktoritet från sin tillhörighet med de texter som föregick det, dess härledning snarare än avvikelser från tidigare texter (Woodmansee, 1994, s. 17).

Foucault uppmanade oss att föreställa sig en kultur där diskursen skulle cirkulera utan behov av en författare, en värld där det inte spelade någon roll vem som talade. Roland Barthes gick ett steg längre och deklamerade författarens död (Bently, 1994). Foucaults *What Is an Author?* var ursprungligen en föreläsning han gav 1969, bara två år efter den franske litteraturkritikern Roland Barthes publicerade sin essä med namnet *The Death of the Author*. Både Barthes och Foucault är överens om att ”författaren” är ett konstruerat, historiskt fenomen som har fått en mytologisk och heroisk status. Här argumenteras ibland för en länk mellan den upphovsrättsliga utvecklingen och litterära föreställningar av författarskap och skapande. Konsekvensen av detta (enligt exv. Rose, 1993), är att den litterära kritiken av författarskap även hotar de intellektuella grunderna för

upphovsrätten (se även Bently, 1994). Det betyder även att (den retoriska) tankefiguren om författarskapet och det individuella skapandet används för att motivera ett stärkt upphovsrättsligt skydd – alldeles oavsett om skyddet de facto kommer artister och de skapande till nytta eller om det är den innehållsberoende industrin som i praktiken skapar en rättsligt sanktionerad kontroll över sina produkter.

Enligt Jazri (1994) är det romantiska författarskapet i allra högsta grad levande, i vart fall i den amerikanska rättskulturen, vilket han menar får konsekvenser för lagens engagemang (eller brist på) i den nutida verklighetens månghövdade skrivande praktik, som han menar i ökande grad är kollektiv och kollaborativ (1994, s. 38). Detta leder, enligt Jazri, till att rätten också blir ogenerös gentemot icke-individualistiska kulturella produktioner, som folkloristiska verk, som inte kan förstås som produkter av ett enskilt, ursprungligt ”författarskap” hos en eller flera identifierbara ”författare” (Jazri, 1994, s. 38). Om detta problem vittnar även Drahos och Braithwaite i *Information Feudalism* (2002). Först och främst visar de tydligt på hur den globala immaterialrätten fullständigt fått underordnas handelsintresset, framförallt TRIPS-avtalet (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) förefaller designat av en mindre grupp USA-anknutna näringslivsintressenter vid rodret (2002, s. 10f.). TRIPS är här naturligtvis intressant även för upphovsrätten eftersom det sätter upp upphovsrättsliga minimistandarder för den majoritet av stater som är medlemmar i World Trade Organisation, WTO. Detta leder till att upphovsrätten ”handelifieras”, dvs. kommer att handla mer om mellanstatliga maktförhållanden än att stötta innovation. Dock, vilket Drahos och Braithwaite påminner om, har föreställningen om författarskapet som en individualiserad rättighet spelat in i de mångåriga förhandlingar som lett fram till denna uppmanande reglering, och det har då i mycket handlat om en uppdelning mellan de utvecklade länderna, med USA och Storbritannien i spetsen, mot de mycket svagare utvecklingsländerna. Mycket har handlat om patent, men upphovsrätten spelar en viktig roll den med. De standards som Bernkonventionen hade lett till i termer av bättre villkor för upphovsrättsägare kritiserades under 1960-talet av en växande skara utvecklingsländer, inklusive gamla kolonier som i uppbrottet med sina forna styrande uppmärksammat att immaterialrättsliga konventionsregleringar var påfallande vinklade åt de utvecklade ländernas nytta. Under vad Drahos och Braithwaite (2002, s. 76) beskriver som en ”förställande retorik om behovet av att skydda upphovsmännen och att skapa incitament ligger en hård global ekonomisk verklighet av kartelliserade förlag, prissättande och världsmarknadsavtal”. När man i Stockholm 1967 anordnade en revisionskonferens för Bernkonventionen var 24 av de 57 deltagande utvecklingsländer, som deltog med målet att styra åt en bättre reglering för ”upphovsrättsimportörer”. Dessa representanter presenterade ett utkastprotokoll till Bernkonventionen, vilket i sin tur mötte starkt motstånd från förlagsindustrin. Det var Storbritanniens förlagsrepresentanter som ledde motståndet mot förslaget, och ”[d]eras angrepp på utvecklingsländerna var beslöjade av en predikande diskurs om behovet av att skydda författarnas exklusiva rättigheter” (Drahos och Braithwaite, 2002, s. 77).

Det betyder att även när upphovsrätten utvecklas mot att bli ett instrument för global handelsreglering så är argument och föreställningar verksamma som ekar från en svunnen tid om ensamma genier och autonoma författare. Orsaken, utifrån Drahos och Braithwaites perspektiv, är inte att det egentligen var hela industrier som kände sig hotade utan snarare vissa aktörer inom industrier som inte ville förlora sin dominerande position (Drahos och Braithwaite, 2002, s. 169f.). Dessa aktörer såg i den upphovsrättsliga regleringen ett verktyg för att undvika konkurrens och den osäkerhet som den teknologiska utvecklingen medförde. Utfallet av den ojämbördiga regleringsmässiga globala kampen blev, enligt Drahos och Braithwaite, en ”upphovsrätt som troligen aldrig har varit längre ifrån sitt sanna mål att betjäna den offentliga välfärden” (2002, s. 169).

Upphovsrättens globala homogenitet och det 'ensamma geniet'

Den globala upphovsrättsliga homogeniteten är en följd av ett mer än hundraårigt internationellt arbete med fördrag som Bernkonventionen⁷, Romkonventionen, Pariskonventionen⁸, WIPO Copyright Treaty (WCT) från 1996, TRIPS⁹ – som har sin grund i Bernkonventionen och Romkonventionen men sträcker sig längre – vilket sammantaget förstärks genom USA:s internationella påtryckningar och den europarättsliga utvecklingen (Larsson 2011a; 2011c). Utrymmet för enskilda rättsordningar att själva avvika från regleringens konstruktion i syfte att försöka möta den digitala utmaningen på något annat sätt än genom ett utökat skydd med allt starkare verktyg för konstruktionens genomdrivande är minimal. Åtminstone fem centrala element är kännetecknande för den globala konstruktionen av upphovsrätt. Dessa handlar om: 1.) Att skyddet varar upphovsrättsinnehavarens livstid + 70 år (ibland 50, se Bernkonventionen och TRIPS-avtalet); 2.) Att skyddet för de företag som äger inspelningar (närliggande rättigheter) och artisters rättigheter är mestadels 50 år (se Romkonventionen och TRIPS), vilket inom EU kommer att förlängas till 70 år; 3.) Att ingen registrering krävs för att uppnå upphovsrätten när något skapas¹⁰; 4.) Att upphovsrätten innebär exklusiva rättigheter till upphovsrättsinnehavaren som både är ekonomiska – till exempel rörande kontroll över kopior och försäljningen av dem, och ideella – där upphovsmannen ska nämnas, och slippa bli förlöjligad, m.m.; 5.) Att undantag från dessa exklusiva rättigheter gäller i USA genom en inskränkingskatalog som är kombinerad med en "fair use"-regel, eller, som i svensk rätt enligt en inskränkingskatalog i 2 kap. upphovsrättslagen som bl.a. innebär att var och en får för privat bruk framställa ett eller några få exemplar av offentliggjorda verk, 12§ Upphovsrättslagen.

Dessa uttryck i den upphovsrättsliga konstruktionen har också lett till EU-rättslig reglering som en konsekvens av de problem konstruktionen stötte på i mötet med en digital kontext. Det är här direktiv som Infosoc¹¹ och Ipred¹² har utökat graden av kriminalisering och hur man genomdriver verkställigheten av denna (Larsson, 2011a; 2011c; Larsson och Svensson, 2010; Svensson och Larsson, 2012). Den senaste tiden har internetleverantörernas roll som neutrala trafikförmedlare även börjat ifrågasättas av både upphovsrättslobby och politiska aktörer på europeisk nivå (datalagringsdirektivet¹³, Telekompaketet¹⁴) vilket även syns i hemlighållna internationella handelsavtal med upphovsrättslig prägel som Anti-Counterfeit Trade Agreement, ACTA. Denna utveckling mot mer kriminalisering, längre skyddstider och ökad verkställighet blir intressant framförallt i relation till upphovsrättens bristande legitimitet i relation till sociala normer som uppstår i den digitala teknologins kölvatten, delvis på grund av regleringens till synes icke-adaptiva rigiditet och retrospektiva inlåsning (se Larsson, 2011a; 2011c).

Upphovsrätten är med andra ord i mycket en globalt sammanhängande konstruktion. Det finns en ständigt närvarande argumentation kring upphovsrätten som incitament för skapande. Innan jag går vidare i artikeln kring *vilket* skapande så ska vi titta på incitamentstanken i sig, för den är inte heller helt okontroversiell. Det finns en starkt rådande föreställning om upphovsrätten som ett viktigt incitament för skapande, där kreativitet ses som något som måste ha incitament för att hända (Lundblad 2007, s. 122; Larsson 2011b, ss. 104-105). Denna föreställning har dock inte alltid varit den rådande, och den amerikanska immaterialrättsprofessorn Jessica Litman argumenterar för att en "metaforisk evolution" har skett gällande (den amerikanska) upphovsrättslagstiftningen under nittonhundratalet: Från början fanns en mindre expansiv uppfattning om vilka rättigheter författare och kreatörer ska ha, vilket övergick i föreställningen om att ett mer ömsesidigt och balanserat förhållande skulle råda mellan kreatörer och allmänheten (2001, s. 79). Karl-Erik Tallmo beskriver

exv. den tanke om allmänhetens lärandeintresse som finns i engelska Statute of Anne i början av 1700-talet (2010). På 1970-talet började upphovsrätten (i USA) att uppfattas som en konstruktion som var full av hål, som kom att uppfattas som ett ägarintresse där allmänhetens intressen var motsatt intresset hos de som skapade verken. Litman menar att utvecklingen därmed kom att gå mot en ekonomiserad syn på rättighetsskyddet, som kännetecknar upphovsrätten som ett system av incitament. En konsekvens av att förstå upphovsrätten som ett ”incitamentssystem” är att det leder till en positiv retorisk position för de som argumenterar för mer skydd och starkare verkställighet av upphovsrätten, exempelvis på bekostnad av allmänhetens personliga integritet. Detta kan å andra sidan ifrågasättas utifrån att det inte riktigt speglar hur kreativitet bäst stimuleras (Boyle, 2008, s. 236; Patry 2011), kanske särskilt så i ett digitalt sammanhang, som Lawrence Lessig så starkt har argumenterat för (Lessig 2008). Beslutet i september 2011 inom EU om att förlänga skyddet för musikinspelning från 50 till 70 år motiveras exempelvis med att det nya direktivet ”har som intention att öka artisters produktivitetsnivå genom att erkänna deras kreativa och artistiska bidrag” (Europeiska Unionens råd, 12 september 2011, 13972/11). De utvecklar denna ståndpunkt med följande:

Artister börjar generellt sett sina karriärer som unga och dagens 50-åriga skyddstid skyddar oftast inte deras framföranden genom hela deras livstid. Därför har vissa artister ett inkomstbortfall i slutet av deras levnad. Dessa kan heller inte alltid förlita sig på sin rätt att undvika eller begränsa stötande användning av deras framförande under deras levnad (Europeiska unionens råd, 12 september 2011).¹⁵

Här tycks upphovsrätten ses som ett slags pensionssystem, som på något sätt tycks anta att musikers och producenters viktigaste och mest inkomstbringande tid sker mycket tidigt i deras karriärer och att de även på ålderns höst har rätt att tjäna på vad de gjorde på exempelvis en inspelning för 60 år sedan. Detta är problematiskt, dels för att antagandet är gjort på lösa grunder, det finns inget som hindrar att även äldre artister är aktiva och kreativa, och dels för att påståendet om en förlängning av skyddet från 50 till 70 år efter framförandet skulle ”öka artisters produktivitetsnivå” är helt evidensbefriat. Man kan med samma grad av trovärdighet föreslå en diametralt motsatt ståndpunkt, dvs. att en kortare skyddstid skulle stimulera även äldre artister att fortsätta skapa istället för att förlita sig på inkomster för något de gjort för mer än ett halvsekel sedan. Det nya direktivets argument kan ses som en återanvändning av argumentet för ”skapandets bästa”, oaktat det faktum att det snarare hindrar nytt skapande än stimulerar detta, dvs. väljer det gamla existerande framför det nya och kommande, till förmån för de som äger de flesta inspelningar, dvs. skivbolagen.

I övrigt har i stort sett alla större lagstiftningsförändringar de senaste åren som på något sätt förstärkt upphovsrätten motiverats med behovet av ett starkt skydd som incitament för skapande. WIPO (World International Property Organization) genomförde WIPO Copyright Treaty med målet att understryka ”den utomordentliga betydelsen av upphovsrättsligt skydd som ett incitament för litterärt och konstnärligt skapande” (i preambeln).¹⁶ Exempelvis Infosocdirektivet föreskriver följande:

Upphovsrätt och närstående rättigheter är av stor betydelse i detta sammanhang, eftersom dessa rättigheter skyddar och stimulerar utveckling och marknadsföring av nya varor och tjänster samt skapandet och utnyttjandet av det kreativa innehållet i dessa (Infosoc, pkt 2).

Det uppmärksammade och kritiserade Sanktionsdirektivet (IPRED) som ledde till den så kallade IPRED-lagens införande i svensk rätt från 1 april 2009, föreskriver att ”[o]m det saknas effektiva medel för att skydda immateriella rättigheter minskar intresset för innovation och nyskapande och

investeringsviljan dämpas”, och att det därför är “nödvändigt att se till att den materiella delen av immaterialrätten, som i dag till stor del utgör en del av gemenskapens regelverk, tillämpas effektivt i gemenskapen” (IPRED, pkt 3).

Peter Jakobsson (2012) beskriver en sådan utveckling i termer av en *upphovsrättsideologi*. I sin avhandling från 2012 relaterar han denna ideologi till en typ av modern ”öppenhetsindustri”, som även gett namn åt avhandlingen, som är beroende av flöden snarare än inlåsning och kontroll av innehåll. Exempel på aktörer i en sådan industri är Google, YouTube och Facebook, för att nämna några stora. En fördel med denna terminologi ligger i tydliggörandet av att olika organiserade marknadskrafter kan dra i olika riktningar, inte för att de är mindre kommersiella industriaktörer utan för att den moderna infrastrukturen och tekniska utvecklingen tillåter en annan typ av organisering att fungera och växa fram, vilket är oerhört intressant i relation till den upphovsrättsliga lagstiftningens relativa traditionalism. Den ideologiska framväxten är en nyckelfråga här, som tycks finnas kvar som just ideologi men avta i sin praktiska tillämpning i och med en utveckling mot upphovsrätten som ett branschskydd:

Upphovsrätten har därmed blivit allt mer ideologisk, eftersom den upphovsrättsliga retoriken, både inom medieindustrierna och i den juridiska tillämpningen, ändå håller fast vid den idealiserade bilden av upphovsmannen. Att författare, TV-bolag, och databaser samsas i samma lagstiftning gör det dock allt svårare att upprätthålla denna retoriska konstruktion (Jakobsson, 2012, ss. 76-77).

Jakobsson (2012, kap. 7) analyserar bland annat EU:s strategiska program *i2010 – Det europeiska informationssamhället för tillväxt och sysselsättning* (Com/2005/229), som är en del av den så kallade Lissabonagendan. Målet för Lissabonagendan var att skapa ekonomisk tillväxt inom Europa genom att satsa på innovation och lärande. År 2005 utvärderades och reviderades handlingsprogrammet och en av de nya strategier detta resulterade i var i2010-initiativet. Jakobsson använder den diskussion som finns här om upphovsrättens roll i informationssamhället för att undersöka hur idéer om öppenhet tar form i den europeiska mediepolitiken. En lika intressant som problematisk uppdelning som Jakobsson identifierar handlar om uppdelningen mellan professionellt och amatörproducerat innehåll (2012, s. 156). Detta blir framförallt intressant i det att Jakobsson konstaterar att ”[s]ynsättet att upphovsrätten är ett incitament för enskilt individuellt skapande är inte det perspektiv som dominerar i det analyserade materialet” (2012, s. 160), där det amatörproducerade inte problematiseras i termer av incitament. Jakobsson konstaterar att upphovsrätten framförallt behandlas ”som ett branschskydd för de kreativa industrierna. Upphovsrätten framstår som en lagstiftning som är till för att bok-, skiv-, film- och spelindustrin ska kunna ta betalt för sina produkter” (2012, s. 160).

Det finns med andra ord en rättsligt förankrad retorik kring incitament för skapande och innovation, oaktat dess eventuella empiriska grund, som gör påståenden och argumenterar på ett sätt som återfinns i motiven för en rad fundamentala lagstiftningar på området. När det gäller det specifika arbetet med EU-policy som analyserats av Jakobsson (2012) så tycks denna retorik omvandlas till ett rent branschskydd. Detta gör frågan om hur skapande verksamhet egentligen går till oerhört relevant. Finns det något med ett mer kontextuellt beroende i skapande verksamhet som den upphovsrättsliga lagstiftningen har svårt att hantera? Hur är det med kollaborativt skapande och det kontextuella beroendet kontra den upphovsrättsideologiska föreställningen om skapandet som en ensamseglats med ett geni vid rodret? Man kan fundera över varför det i lagstiftningen formuleras ett incitamentsskydd för skapande medan policydiskussionen tycks fokusera ett branschskydd.

Det kontextuella beroendet som kritik

Är så kreativitet mest en konsekvens av hårt och fokuserat arbete av ett ensamt geni eller är det snarare så att de som skapar står på axlarna av den redan befintliga kulturen? Man kan lite förenklat uttrycka det som att hur nya är de nya melodierna, filmerna och målningarna och i vilken utsträckning beror dessa på vad som redan gjorts? Svaret på kreativitetens förutsättningar är förmodligen lite av båda sidor, men viktiga delar i hur upphovsrätten är globalt konstruerad lutar sig, som nämnt, mot föreställningen om det ensamma geniet (Arewa 2006; Larsson, 2011, ss. 105-112; Patry 2011). Det muskala författarskapet hänskrivs därmed ofta till att vara beroende av romantikens föreställningar om författare (Arewa 2006, s. 550; Jazri 1994; Patry 2011, ss. 87-90; Tallmo 2010, s. 180-183; Woodmansee 1994, ss. 15, 16-17), vilket även vidareutvecklades i den brittiska upphovsrättsdebatten under 1700-talet (Fredriksson 2009, ss. 73-77). Tallmo demonstrerar allmänhetens behov och den upphovsrättsliga balansgången mellan å ena sidan att monopolisera användandet till den som skapat och å andra sidan ”lärandet” som principiellt värde för de som kan nyttja ett verk. Tallmo spårar detta lärandesyfte redan tillbaks till den engelska Statute of Anne, dvs. världens första upphovsrättsliga lagstiftning, som trädde ikraft i april 1710 (Tallmo 2010, s. 174-176). Mycket talar därmed för att den traditionella synen på skapande som knutet till det ”ensamma geniet” har, som upphovsrättshistorikern Rose (1993) skriver, kommit att utforma en central underliggande föreställning i den moderna upphovsrätten:

Upphovsrätten bygger på föreställningen om den unike individ som skapar något originellt och har rätt att skörda en vinst från dessa arbeten. Tills nyligen har de dominerande formerna av estetiskt tänkande delat dessa romantiska och individualistiska antaganden inskrivna i upphovsrätten. Men dessa antaganden skymmer viktiga sanningar om den kulturella produktionens processer (Rose, 1993, s. 2).

Arewa visar hur även de genier som vi ofta antagit skrivit helt självständiga verk i klassisk musik också kommer från en improviserad tid när referenser korsades, lånades och byttes. Det är först efteråt som vi kommit att ”formalisera” vissa typer av klassiska uttryck som oantastliga och fixa. Arewa beskriver den formaliseringsprocess som ett ”förhelgande”, som en *sakralisation* (sacralization) där den egentliga processen där ett verk har uppstått ersätts med en idealiserad uppfattning som ger en bild av individuella kompositörers autonoma genialitet.¹⁷ Arewa konstaterar att denna idealiserade bild presenterar en ”i hög grad förvrängd och ofullständig bild av faktisk musikalisk praktik” (Arewa 2006, s. 589).¹⁸ Denna förhelgade bild har även kommit att färga den upphovsrättsliga regleringen, vilket Lior Zemer kritiserar:

Varje upphovsrättsskyddad enhet är en social konstruktion. Den beror på konsumtionen av kulturella och sociala egenskaper som gör en författare kapabel att tolka och absorbera betydelsen av dessa egenskaper, för att sedan översätta sin kreativa förmåga till det upphovsrättsliga skapandets språk. Den uppsättning rättigheter upphovsrätten ger författare återspeglar inte det oundvikliga kausala förhållandet mellan författare och allmänheten (Zemer 2007, s. 2).¹⁹

Zemer är med andra ord kritisk mot den individfokuserade upphovsrätten som tillskriver författarskapet en så obunden roll i den sociala kontexten. Detta sätter naturligtvis fingret på ett slags gränsdragningsdilemma som har att göra med hur man i grunden ser på skapande i förhållande till individ och kontext. Detta dilemma har varit relevant för en betydligt längre tid än något så relativt nytt som Internet har funnits, men den har ytterligare accentuerats av de möjligheter som digitala nätverk och remixkultur har tagit med sig (Lessig, 2008). Om vi först koncentrerar oss på

hur skapande äger rum, så som några amerikanska upphovsrättsanalytiker uppfattar det, så återvänder jag därefter till de digitala praktikernas relevans.

Denna typ av kritik har framförts under en tid nu och har fått förnyad kraft i en digital kontext (Boyle, 2008; Larsson, 2012; Lessig, 2008). Boyle menar att under de senaste 50 åren har upphovsrätten utökat sitt skydd ”nästan helt i avsaknad av empiriska bevis och utan empirisk omprövning för att se om våra policys fungerar” (Boyle 2008, s. 236). Denna evidensbefriade utveckling baseras enligt Boyle på ”tro allena” (2008, s. 236). Juridikprofessorn William Patry delar Boyles perspektiv och betonar att det måste finnas en bra relation mellan vad en lag ska göra och vad den faktiskt gör:

För att rättslig reglering ska kunna vara verkningsfull måste man kunna kvantifierbart mäta dess framgång (eller brist på) i relation till de avsedda ändamålen. Det första att åtgärda när det gäller upphovsrätten ligger därmed i hur denna typ av reglering antas. Nuvarande lagstiftning är baserad på retorik och tro, inte på evidens. Om inte våra lagar är baserade på empiriskt välgrundade bevis, skraddarsydda för att uppfylla de uppsatta målen, så finns inte ens en avlägsen chans att uppnå dessa mål (Patry, 2011, s. 50).²⁰

Rose betonar teknikens roll i upphovsrättens ”moraliska idé” i termer av att dess utformning är sprungen ur ”tryckningsteknik, marknadsplatsekonomi och det klassiska liberala ägandets individualism” (Rose, 1993, s. 142). Denna punkt är viktig: det teknologiberoende som finns i den rättsligt förankrade uppfattningen om skapandet. Det innebär att föreställningar om kreativitet sannolikt förhandlas i nära kombination med artefakter och infrastruktur. Rose konstaterar också att den upphovsrättsliga institutionen är en institution ”vars tekniska grund nyligen har kastats om” (1993, sid. 142), vilket i någon mån ändrar själva förutsättningarna för skapandet i sig, liksom de normer och föreställningar som är anslutna till den. Internet och hur vi kommunicerar och interagerar i en digital kontext bidrar till hur upphovsrätten utmanas, inte bara i fråga om bristande kontroll över distributionen av innehåll, men också när det gäller hur kulturen och dess uttryck samt kreativitet i sig conceptualiseras och förstås (Larsson, 2012, sid. 1022). I *Copyright and Copywrongs* visar Said Vaidhyanathan på skapandets beroende av en kulturell kontext i termer av musikproduktion (2001). Han fokuserar på den amerikanska bluestraditionen bl.a. för att visa att det upphovsrättsliga skyddet som låtskrivare erhållit är beroende av vilken del av det tjugonde århundradet låten skrevs och spelades in. Detta visade sig inte minst i hur rockens företrädare i århundradets andra hälft kunde låna oskyddade bluesriff från århundradets första hälft och erhålla rättighetsbaserat skydd för sina rocklåtar. Vaidhyanathan vill även visa på hur den kreativa processen bör betraktas som en sammanflätad kultur av ”utlåning”, där var och en är en del av en större struktur som bygger och utgör grunderna för inspiration. Det kan ta formen av en mix med fokus på olika sätt på tradition, inspiration och improvisation, men det är framför allt en process som består av alla dessa faktorer. Det finns i upphovsrätten en starkt normativ pekpinne om hur skapande går till, och därigenom vilken typ av skapande som bör skyddas och premieras genom rättsliga medel. Dessa underliggande tankestrukturer påverkar i allra högsta grad både artisteri, skapande verksamheter så väl som industrin runt och de kollektiva rättighetsorganisationer som konstruerats i enlighet med dessa tankestrukturer. På så vis har rättens gränsdragningar har kommit att styra skapandet:

Upphovsrätten har således inte bara formats av underliggande föreställningar om författarskap men utgör också samtidigt en stark kraft i att sammanfoga olika uppfattningar om författarskap och därmed i att dra gränsen mellan lämpliga och olämpliga metoder för konstnärlig produktion. Som en följd av detta spelar vad som kan karaktäriseras som oacceptabel kopiering inom

upphovsrätten en avgörande roll för att bestämma vilka typer av kulturell produktion som får förekomma (Arewa 2006, s. 583-584).²¹

Enligt Arewa finns det, som nämnt, en grundläggande ”lånepraktik” inom skapandeprocesser som är fundamental för skapande i sig. En upphovsrättslig debatt, särskilt i förhållande till den amerikanska immaterialrättsliga diskursen rör de aspekter av förlust för upphovsrättsinnehavaren som upphovsrättsintrång i form av piratkopiering innebär. Den amerikanska upphovsrätsindustrin talar ofta om ”stöld” (Loughlan, 2007; se även Larsson och Hydén, 2010), vilket är en inramning av digitalt medierade handlingar som betonar ägandet [property] i förhållande till immaterialrätt. Detta gör det lättare att förstå medieinnehållet som något som ska ”läsas in” och kontrolleras av de upphovsrättsliga ”ägarna”. Bland annat Patry ser detta som mycket problematiskt, och inte minst skadligt för kreativiteten i sig. Han spårar de aktuella föreställningarna som ett resultat av ”mediebolags ansträngningar att omarbete det begränsade upphovsrättsliga privilegiet i termer av fast egendom och att därigenom jämställa all kopiering med stöld” (Patry, 2011, s. 90).

Från ett mer empiriskt perspektiv på sociala normer kan man konstatera att gränsdragningen mellan legitima lån och illegitimt plagierande säkerligen ser olika ut i olika skapandekulturer och tider. Man kan ju även tänka sig att denna dikotomi inte ens är meningsfull för att beskriva skapandeprocesserna i vissa kulturer. Exempelvis, att peka ut vem som gjort vad är enligt Vaidhyanathan inte viktigt i bluestraditionen (Vaidhyanathan 2001, s. 117-126). Patry gör ett liknande påstående när det gäller författarskap, med argumentet att ”ingen författare är en ö” genom att citera olika kända författare, målare samt domare (2009, s. 71-75; jfr Larsson, 2013b). Stanfordprofessorn Lawrence Lessig berättar den viktiga historien om Disneys och andra upphovsmän upplåning från redan existerande historier (2004). Arewa visar hur även den klassiska musikens skapande har romantiserats och bidragit till föreställningen om det ensamma geniet som skapar oberoende av sin samtid och kontext. Enligt denna – i mycket troligen överdrivna och vilseledande – föreställning så förnekas det kulturella lånandets betydelse i skapandeprocessen.

Erkännande av vikten av lån [borrowing] har skymts av romantiska författares föreställningar [conceptions] om musikalisk komposition inbäddade i upphovsrättslig doktrin. Dessa föreställningar blev dominerande för vissa typer av finkulturella former av kulturell produktion, som med klassisk musik. Konsekvenserna av denna historiskt specifika syn på komposition är ganska betydande, både med avseende på klassisk musik i sig, liksom när det gäller andra former av kulturell produktion som också värderas i ljuset av samma modell. Aktuella föreställningar om författarskap förutsätter en dikotomi mellan kopiering och kreativitet och bygger på ett antagande om att lålandet är skadligt för kreativitet och innovation. Genom att fokusera på en dikotomi mellan originalitet och lånande missar sådana föreställningar om musikaliskt författarskap att erkänna att användningen av befintliga verk för nya skapelser kan vara en viktig källa till innovation. Undersökning av den historiska utvecklingen av föreställningar om musikalisk komposition belyser karaktären av dessas konstruktion (Arewa 2006, ss. 583-584).²²

Det är alltså en romantiserad bild av att inspiration inte innebär att låna från andra, tvärtom, direkta lån är till och med skadliga för kreativiteten. Det är rimligen även denna överdrivna tro på det skapande subjektets genialitet som funnit sin väg in i den upphovsrättsliga regleringen. Och rättens roll är naturligtvis regulatorns och gränsdragarens. En essentiell del blir därmed att dra gränsen för hur långt det upphovsrättsliga bestämmandet skall sträcka sig. Detta aktualiseras inte minst gällande derivativa verk, dvs. verk som i någon mån bygger vidare på ett befintligt verk. Ett dilemma ligger därmed i att den rättsligt förankrade tankestrukturen lutar överdrivet mycket åt en romantiserad och

med praktiken icke överensstämmande modell, eftersom den då riskerar att ge överdrivet stort bestämmande åt upphovsrättsinnehavare av äldre verk, vilket inte minst har kommit att bli en betydande maktfaktor för den traditionella industrin att använda för att utöva inflytande på nya initiativ på en ”digital marknad”. Här kan man nämna den världskända BitTorrenttjänsten The Pirate Bay (TPB), vars grundare ådömts dryga skadestånd och fängelsestraff i två rättsliga instanser för sin entreprenöriella upphovsrättsanarkism i byggandet och handhavandet av ett överföringsmässigt väldigt effektivt verktyg för delande av datafiler (Andersson och Snickars, 2010; Larsson, 2010, 2013a; Palmås, 2010). Kanske än mer intressant, eftersom initiativet hyllas av både bransch och politiker, ur ett makt- och styrningsperspektiv är musikstreamingtjänsten Spotify, som lanserades 2008. Eftersom Spotifys största behov är att försäkra sig om en stor katalog av tillgänglig musik så kunde de fyra jättarna Warner, Sony, EMI och Universal köpa en betydande andel av företaget och därigenom stärka sin dominans över både andra skivbolag och mindre artister utanför deras egna stall genom att styra över tilldelningen av royalties (Flesicher, 2010, se även 10 och 13 december 2010, och *DN Kultur* 9 december 2010). Upphovsrätten blir här en betydande konkurrensfördel som reproducerar gamla marknadsrelationer till nackdel för mindre, nyare aktörer och därmed också ett visst segment av artister och kompositörer. Här bistår med andra ord regleringen inte ens branschen som helhet, och än mindre idén om skapandestimulans.

Det kollektiva och det digitala

Det finns ett antal författare som fokuserar frågan om kreativitet, kollektivitet och det digitala mediet, såsom Tapscott och Williams (2008) och Howe (2008), vilket även Jakobsson (2012) lyfter fram. Affärsstrategerna och IT-analytikerna Don Tapscott och Anthony Williams har rönt stor uppmärksamhet världen över med boken *Wikinomics: How Mass Collaboration Changes Everything*, där de söker efter effektiva affärsmodeller och därför har en pragmatisk och öppen relation till upphovsrätten och diskuterar i detalj hur olika affärsmodeller erbjuder varierade rättsliga utmaningar. De konstaterar exempelvis att ”[n]är folksamlingar samarbetar kan de kollektivt föra konsten, kulturen, vetenskapen, utbildningen, styret, och ekonomin framåt på överraskande men i slutändan lönsamma vägar” (Tapscott & Williams 2008, s. 3). Kreativiteten på nätet kommer därmed till uttryck under mer flytande förhållanden där de sociala relationerna inte avgörs av anställningskontrakt och arbetsplatsregler, utan av de normer som massan själv skapar när den formas till en gemenskap (jfr Reagle Jr, 2010, *Good Faith Collaboration: The Culture of Wikipedia*). Företagen måste därför vara ”noggranna så att de inte bryter mot gemenskapernas normer” (Tapscott och Williams 2008, s. 207). Howe (2008) vill fånga den kreativa kraften i det kollektiva som en ny potential i det digitala samhället. Han gör det i termer av *crowdsourcing* och har ett tydligt fokus på (framtida) affärsmöjligheter. Han diskuterar bland annat open-sourcerörelsen, där operativsystemet Linux utgör ett framgångsrikt exempel, och konstaterar att den ”erbjöd en ritning för hur människor kan jobba tillsammans – med entusiasm, kompetens, och utan lön” (Howe 2008, s.70). Det speciella med Linux som mjukvaruprojekt är därmed att det är en extremt avancerad uppgift – operativsystem är en av de mest krävande programvarorna – som har lösts med hjälp av tusentals personer som arbetat på frivillig basis och trots detta kan operativsystemet konkurrera med motsvarande produkter från världens största mjukvarutillverkare (Jakobsson, 2012, s. 103). T-shirtföretaget Threadless förs ibland fram för att beskriva en typ av crowdsourcing, som ibland kallas *crowdvoting* (Brabham, 2008). Bolaget väljer de t-tröjor det säljer genom att användarna föreslår tryck och mönster och kollektivet röstar fram vilka som sedan trycks och finns att köpa. Detta gör att webbplatsens produkter verkligen skapas och väljs av det engagerade kollektivet snarare än företaget.

Terranova (2000) – för att föra fram ett balanserande perspektiv gentemot den stundom något rusiga amerikanska öppenhetslitteraturen – är kritisk till mycket av den öppenhetsdiskurs och posthumanistiska kollektivism som 1990-talets Internetframväxt förde med sig. Hon, i en tämligen marxistisk terminologi, lyfter dock fram en poäng gällande produktion i relation till kollektivism som är relevant här, när hon konstaterar att ”kunskapsarbete är till sin natur kollektivt, det är alltid resultatet av kollektivt och socialt produktion av kunskap” (2000, s. 46). ”Kapitalets” problem ligger därmed i att extrahera så mycket värde som möjligt ur denna rika men svåråtkomliga terräng. Här kan man med andra ord skönja det sammanvävda behov som ”industriskyddslagstiftningen” har av det ”ensamma geniet” som retorisk figur. Det är genom att bibehålla konstruktionen av upphovsrätten som ett skydd för autonomt skapande som dess industriförestädande parter kan erhålla ett monopolistiskt skydd som sträcker sig längre än självaste äganderätten över de produkter de bygger sin framgång på. I den antologi om *Digital Labor* (Scholz, red., 2013) där Terranovas millennieartikel finns i en uppdaterad variant, visas på en del av de baksidor som den digitalt medierade produktionen bjuder på. Ett perspektiv som förs fram, som inte är främmande ur ett artistperspektiv i en digital kontext, rör svårigheten att dra monetär nytta av det arbete som skribenter och andra lägger ner även på de mer högt hållna journalistiska plattformarna, i Ross *In Search of the Lost Paycheck*.

Man kan här fokusera teknologins inneboende förutsättningar och relation till både lagstiftning, beteende och sociala normer (Larsson, 2012), och i linje med detta fundera inte bara över den som skapar, exv. vad som konstituerar en författare (Foucault, 2002) utan även hur vissa format kräver allt större ansträngningar för att upprätthållas i en digitaliserad kontext. Hur relevant är exempelvis den upphovsrättsliga fokuseringen på exemplaret och dess kontroll (Larsson 2010, 2011b, 2013a)? Här kunde det vara relevant att reflektera över hur boken definieras som artefakt, som Foucault diskuterar pre-internet (2002, ss. 37-41). Detta gör till exempel Fleischer, i förhållande till en digital kontext, vilket är betydelsefullt inte minst i förhållande till bibliotekens organisering (2011). Formatuppluckringen är här intressant för att den avslöjar hur underliggande tankestrukturer kring skapande ser ut och utmanas i en digital miljö. Det är anmärkningsvärt att även om Rose (1993) ännu inte hade sett den kommande virtuella explosion av online-kreativitet, så såg han byggandet av den upphovsrättsliga institutionen som i grunden ifrågasatt av den digitala tekniken:

Det är också en institution byggd på intellektuell kvicksand: det väsentligen religiösa originalitetsbegreppet, föreställningen att vissa extraordinära varelser som kallas författare trollar skapelser ur intet. Och det är en institution vars tekniska grund nyligen har förändrats, liksom ett vitalt organ som blir cancerogent, till en fiende. Upphovsrätten utvecklades som en följd av tryckningsteknikens förmåga att producera stora mängder kopior av en text snabbt och billigt. Men dagens teknik gör det praktiskt taget omöjligt att hindra människor från att göra kopior av nästan all text – tryckt, musikalisk, filmisk, datoriserad – snabbt och till en försumbar kostnad (Rose, 1993, s. 142).²³

Lessig gör exempelvis en åtskillnad i termer av en skrivskyddad RO-kultur (från Read Only) och en deltagarbaserad RW-kultur (från Read/Write). RO-kulturen är i denna mening mer grundad på allmänhetens konsumtion av det som professionella aktörer producerar, dvs. befäster dikotomin konsumtion/produktion. RW-kulturer innefattar däremot amatörkreativitet och deltagande. Med dessa distinktioner menar Lessig att RW-kulturen har varit den dominerande kulturen till dess att inspelningsmöjligheterna öppnade sig, till följd av en teknisk utveckling i början av 1900-talet. Detta kan jämföras med Vaidhyanathans exempel gällande bluestraditionen, som i allmänhet ägde rum i vad Lessig skulle kalla en RW-kultur. I en remixkultur där remixen i sig har ett betydande värde,

menar Lessig att "the tokens of RO culture" är underordnat den kultur som dessa uttrycker. I Vaidhyathanans fall refererar bluesmusikerna till en kulturell gemenskap med begrepp att melodierna kan komma "från bomullsfälten", som i Muddy Waters fall, eller "från luften" och fäster därmed inte så stor vikt vid att fokusera en ursprunglig kreatör som att hylla talangfulla framföranden och bearbetningar av det som betraktas som allmängods (Vaidhyathan, 2001, s. 121). Fokus på den explicita sammansättningen, på själva lagringsmedia i sig, är något som har utvecklats tillsammans med (de analoga) inspelningsmöjligheterna, tätt följt av upphovsrättslagstiftningen. Lessig förklarar RO-kulturen i termer av dess lagringsteknik:

Det tjugonde århundradet var alltså en tid av glad konkurrens mellan RO-teknik. Varje cykel tog fram en bättre teknik, och varje bättre teknik överträffades snart av en annan. Vinylplattan mötte konkurrens från kassetband och cd-skivor, radio fick konkurrens från TV och videobandspelare fick konkurrens från DVD och Internet (Lessig 2008, ss. 30-31).

Lessig fokuserar på själva produkten som en fysisk enhet, och kring denna formas en kultur av exkluderat deltagande. De begränsningar ett visst objekt står för utesluter ett omformande och en inspirerad remix utförd av de som deltar i RO-kulturen. Lessig ser dock vissa fördelar med mängden arbeten den skapat och att den "hade byggt superstjärnor som talade kraftfullt till miljoner. Och den hade kommit att definiera vad de flesta av oss förstod som kultur eller åtminstone 'populärkultur'" (Lessig 2008, ss. 30-31).

En av Lessigs poänger är att RW-kulturen, som omfattar en omarbetning av det faktiska innehållet mer fritt, har återupplivat sin styrka genom digital teknik. Samma ohämmade omformandekultur som fanns innan "the tokens of RO culture" tilläts definiera kultur i sig, växer nu fram och utmanar det monopol som RO-kulturen kommit att förvalta och de föreställningar och tankestrukturer som finns stelnade i både rättsliga metaforer, verksamhetsstrukturer och exkluderande lagringsmedia (se även Larsson 2011b). Lessig uttrycker skillnaden i begränsningar mellan det analoga och det digitala, och dess relation till rätten, genom att konstatera att de "naturliga begränsningar som finns i den analoga världen avskaffades genom födelsen av digital teknik. Vad som innan var både omöjligt och olagligt är nu bara olagligt" (Lessig 2008, s. 38). Lessig har berört detta tidigare (till exempel i Code v2.0, 2006, ss. 5-6) men den viktigaste poängen han här för fram är att nu finns det inget "antingen/eller", det behöver inte finnas någon konflikt mellan det förflutna och framtiden, inget val måste göras mellan RO- och RW-kulturer: de kan samexistera. Och ett av hindren för denna förhandling som föregår en sådan tänkt balans har sina explicita rötter i hur upphovsrätten är utformad. I tillväxten av den analoga RO-kulturen, var rätten formulerad utefter samma förutsättningar och begränsningar som rådde för RO-kulturen. Under denna tid var det dock inte det rättsliga som var den viktigaste begränsningen eller censuren för remix av media, utan snarare att det inte var ekonomiskt möjligt att genomföra.

Men även om denna remix inte är ny, så tystades den under större delen av vår historia. Inte av en censor eller av onda kapitalister, inte ens av goda kapitalister. Den tystades eftersom de ekonomiska förutsättningarna för att tala på detta annorlunda sätt gjorde detta tal omöjligt, åtminstone för de flesta. Om du 1968 ville ta det senaste nyhetsprogrammet med Walter Cronkite och remixa det med Beatles, och sedan dela detta med dina tiotusen bästa vänner, så var det som hindrade dig inte lagen. Vad som hindrade dig var att enkom produktionskostnaderna skulle ha legat på tiotusentals dollar (Lessig 2008, s. 83).

Lessig menar att det här innebär att lagen nu har tagit över rollen som censor. Och han betraktar den rättsliga utformningen som något som inte lätteligen kan anpassas till de nya omständigheterna:

Digital teknik har nu tagit bort den ekonomiskt hindrande faktorn. Möjligheterna för tal och dess räckhåll är nu större. Fler människor kan använda en bredare uppsättning verktyg för att uttrycka tankar och känslor på olika sätt. Fler kan, och fler kommer så att göra, åtminstone tills lagen effektivt kommer att blockera det (Lessig 2008, s. 83).

Detta innebär att lagen har blivit begränsningen, inte artefakterna eller ekonomin. De argument som Lessig följer innebär ett tungt slag mot den retorik som propagerar för att ett starkare upphovsrättsligt skydd av nödvändighet också leder till mer skapande och innovation. William Patry, i linje med detta, visar att när tiden för när det upphovsrättsliga skyddet i USA ökat från 50 till 70 år post mortem, resulterade detta i färre bearbetningar av verk än tidigare (Patry 2009, s. 62-63). Följaktligen kan denna typ av protektionism innebära en nackdel för upphovsmän såväl som för allmänheten och med en övervägande nytta för de som äger upphovsrätt för redan befintliga verk.

Diskussion och slutsats

Jag har bland annat fört fram dilemmat med att se rättighetsregleringen som ett incitamentsskydd, speciellt i kontrast till att den så starkt har utvecklats i riktning åt att vara ett branschskydd. Till en början måste vi konstatera att den upphovsrättsliga konstruktionen inte gäller för en enskild nation, den är snarare av global karaktär (Larsson, 2011a, 43-48; 2011b; 2011c). Det innebär att en enskild nation har förbundit sig till att följa internationella traktat, men även i förekommande fall EU-rätten, och kan därmed inte med någon större frihet besluta om hur den vill att upphovsrätten skall utformas ens i det egna landet. Inte utan efterföljande sanktioner. Det finns naturligtvis många fördelar med att ha liknande lagstiftning i många länder, speciellt när det rör varor och tjänster som rör sig över nationsgränser, så som musik, film, litteratur och många kulturella uttryck gör. Problemet i förhållande till nya sociala praktiker i form av kollaborativt skapande ligger dock inte i att den globala upphovsrätten är homogen utan snarare i att den är inlåst och stigberoende runt tankestrukturer som kunde ifrågasättas redan innan Internet och digitalisering, en kritik som blir alltmer relevant i en digital kontext. Man kan uttrycka det med Anna Christensens i inledningen sopra konstaterande att "[r]ätten kan ha större eller mindre beredskap att uppfatta och acceptera dessa normativa förändringar i samhället (Christensen, 1997, s. 110).

Föreställningar om skapandet och dess utövare har svängt över århundradena. Om denna förändring vittnar även en nyligen utkommen litteraturvetenskaplig avhandling om den romerska 300-talspoeten Faltonia Betitia Proba (Schottenius Cullhed, 2012), som skrev så kallade "lapptäckesdikter". Schottenius Cullhed visar, i linje med de förändringar i föreställningen av författarskap som Woodmansee tar upp, hur Proba har värderats olika genom tiderna. Från positiva gensvar som går att finna från 700-talet till 1600-talet byts perspektivet ut till att under 1800- och 1900-talen bli fördömanden där denna form av diktande inte längre betraktas som riktig litteratur utan mer som en respektlös stöld och förvrängning. I en understreckare (SvD, 19 mars, 2013) gör poeten Lisa Schmidt den metaforiska kopplingen mellan lapptäckesdiktningen och allt författarskaps kontextuella och sociala beroende, och sätter därmed fingret på ett huvudintresse här:

Om vi i metaforisk mening alltid skriver genom andra, genom en delad historia och en delad begreppsvärld, blir steget inte långt till att arbeta utifrån denna övertygelse i materiell mening: genom att de facto återvinna tryckt material och göra orden till sina.

Även om Schmidt här fortsätter sin framställning med explicita verk som tydligt bearbetar redan befintliga verk, så kunde hon – hur spännande och tankeväckande dessa än är – ha bäddat i linje

med sin poäng genom att följa implikationerna av vad ”delad historia och delad begreppsvärld” egentligen betyder. Man behöver inte göra explicita collage för att det socio-kulturella beroendet ska manifesteras. Min poäng blir här att man kan i en lagstiftning lägga sig olika mycket åt endera håll på den skala man kan föreställa sig mellan komplett individualistisk kontroll å ena sidan och kollektivt samproducerande och kulturellt flytande å den andra. Den upphovsrättslagstiftning vi har nu befinner sig tämligen extremt åt den första polen, den individualiserat kontrollerade, av kulturella skäl sprungna ur ett författarromantiskt ideal, men framförallt påeldat av mer sentida medicindustriella behov av kontroll över sina produkter. Det är där som det romantiska idealet passerat så väl som grogrund för framväxten av ett starkt och långtgående industriskydd. Det är tidens zeitgeist, tycks det.

En diskussion kring rättens konceptuellt inlåsnings roll tycks heller inte finnas plats för i den senaste kulturutredningen (2009:16), vilket jag lyfte fram i artikelns inledning. Bilden som målas upp i denna utredning är att det är politik, och i det här fallet rentav svensk politik, som kan styra hur kulturen utvecklas, framförallt genom att allokera medel till olika typer av kulturinstitutioner. Diskussionen handlar därmed mycket om bevekelsegrunderna för denna allokering. Att det sedan finns djupt konservativa element i den skyddslagstiftning som i mycket uttrycks i de skapandes namn men skördas av de industriella kontraktshavarna behandlas inte. Kulturutredningen från 2009 ägnar plats åt postmodernismen intåg och förändrande kraft, där de skapande individerna inte bara är de ”medelålders, vita, heterosexuella” männen längre (Del 1, s. 193), utan även andra individer, andra kön med andra etniska, kulturella bakgrunder. Man kan uttrycka det som att man därmed gör plats åt att konstnärerna får vara vem som helst – men inte så mycket en kollektiv kraft. Man kan uttrycka det som att det i den kulturpolitik som utredningen för fram finns plats för postmodernism, dvs. att kulturella värderingar inte kan förutbestämmas i en övergripande tolkningsram, men inte posthumanism, dvs. att det individuella subjektet fortfarande är starkt övervägande i relation till kollektiv eller distribuerad kognition. Kanske vore en mer empiriskt förankrad upphovsrätt, om vi accepterar dess betydelse som kulturellt styrmedel, mindre benägen att knyta långtgående skyddande rättigheter till individer och dess företrädande organisationer och mer benägen att erkänna den kulturella kontextens betydelse, inklusive den tekniska och sociala infrastrukturen där Internet och digitalisering spelar en betydande roll idag. Det sistnämnda skulle tala för ett svagare individuellt skydd, i vart fall om man på allvar föredrar att främja skapande framför att prioritera industriell och institutionell trygghet.

Kulturutredningen är dock öppen för att formaten på kulturell produktion kan förändras. Exv. konstateras, i samband med en analys av en rad undersökningar kring kulturvanor, att ”[n]ya konstformer har tillkommit, utbud och distributionssätt har förändrats – allt detta påverkar de undersökningar som görs” (Del 1, s. 293). Man konstaterar därmed också att det är särskilt tydligt ”bland unga människor. Det handlar såväl om nya kulturuttryck som nya sätt att sprida respektive konsumera kultur. Datorn i sig är ett redskap för kulturskapande hos stora grupper” (Del 1, s. 293). Men lagstiftningens styrande och inlåsnings funktion finns inte med i analysen. Detta trots det uttalade erkännande av att kultur skapas i kommunikation, dvs. som ett uttryck för en kultur (SOU 2009:16, del 2, s. 10). Därifrån kunde steget vara kort till att erkänna att alltför starkt skydd hämmar utbytet, dialogen och imiterandet. Även Nielsén ser luckan i den utredning som gjorts i förhållandet till den ”digitala kulturpolitiken”:

Det är på så sätt talande att Kulturutredningen från 2009 saknade en konsekvensanalys för en digital kulturpolitik. Ett ord som ”fildelning” nämndes inte en enda gång – och då ska man

komma ihåg att utredningen släpptes och arbetades fram mitt under den brinnande fildelningsdebatten med The Pirate Bay-rättegången som final (Nielsen, 2010, s. 311).

För att ha som syfte att blicka framåt, skulle man kunna säga, är kulturutredningens promemoria förvånansvärt tillbakablickande, vilket även sätter fingret på dilemmat i de senare upphovsrättsrevisionerna som gjorts. En central del i de historiskt förankrade upphovsrättsliga tankestrukturerna kring skapande, vilket jag visat via en rad skribenter, finns det ett starkt fokus på *individens* originalitet (Arewa 2006; Patry 2009; 2011) som vuxit fram under romantiken (Arewa 2006) och vidareutvecklats under 1700-talet (Fredriksson 2009; Rose 1993) och lagt grunden för den moderna upphovsrätten (Rose 1993, s. 91) som alltså ånyo utmanas av praktikerna i den digitala kontexten (Larsson 2011b; Lessig 2008). I det upphovsrättsliga mötet med den digitala utmaningen har dessa nyckeldelar och underliggande tankestrukturer kommit att driva på ett utökat skydd, en starkare efterlevnadskontroll och utökade maktmedel i syfte att bibehålla maktbalanserna så som de såg ut innan digitaliseringen (Larsson 2011b), vilket även lett till oförutsedda effekter, exempelvis i termer av mer privat anonymisering (Larsson och Svensson, 2010; Larsson et al., 2012a).

Ett dilemma ligger i hur upphovsrätten förstås och conceptualiseras, vilket ramar in själva den upphovsrättsliga debatten exempelvis i termer av huruvida exemplarframställningen skall vara kontrollerad eller inte (Larsson, 2013a). Denna förståelseram är klart relaterad till vilka begrepp och metaforer som väljs att definiera de normativa värden som är acceptabla för upphovsrätten. De intressen som är beroende av och förlitar sig på den upphovsrättsliga regleringen vinner på att betona egendomsförståelsen i immaterialrätten (Herman, 2008, Larsson, 2011b, 2013a).

Om vi accepterar att ett syfte med upphovsrätten är att stimulera kreativitet, så väcker ovan sagda med all önskvärd tydlighet i sin tur frågan vilken kreativitet som är avsedd att stimuleras. Det digitala har visat att dels skapas en oerhörd mängd kulturella uttryck utan något som helst rättsligt skydd och dels att en hel del av dessa uttryck tvärtom motarbetas av det redan befintliga och väldigt extensiva skydd som upphovsrätten ger. Därmed blir upphovsrätten ett slags kulturpolitiskt uttryck, som förmedlar att viss typ av kultur (melodier, texter, filmer) är att föredra framför andra (kollage, derivativa verk, mashups m.m.), där stater, EU och internationella organ driver både kulturpolitik och fördelningspolitik (de traditionella aktörerna framför nya). Eftersom incitamentsföreställningen är så starkt rådande så leder den också till ett retoriskt övertag för de som ivrar efter mer skydd, starkare skydd, längre skyddstider och enklare rättslig verkställighet. Vilket i sin tur stympar eller hindrar en del kulturella uttryck, gynnar etablerade mellanhänder, motverkar dessas effektivisering, skapar sämre rättssäkerhet för alla och gör övervakare av internetleverantörer.

Det blir ytterligare tydligt i en digital kontext hur kontextuellt beroende allt skapande är. Vi är i någon mån alla socialiserade till att i gemenskap med andra dela språkliga uttryck, utbyta kulturella referenser i förhållande till gemensamma upplevelser vilket också gör att vi tenderar att skapa nya verk i ett konstant samspel med denna socio-kulturella kontext. Ibland ligger enskilda referenser tydligare inbakade i nya verk och ibland mindre tydligt, när en artist drar åt ett " eget uttryck". Det betyder att Internet och digitaliseringen av samhället ifrågasätter föreställningen om det ensamma geniet som den mest skyddsvärda modellen för upphovsrätt, i vart fall inte så långt gången form som nu argumenteras för i den upphovsrättsliga lagstiftningsdebatten. Det alldeles oerhörda experiment som internet innebär bevisar att vissa typer av kreativitet frodas och sprids och uppmuntras utan att incitamenten är starkt reglerade i en lag om upphovsrätt.

Ett inneboende problem är att trots den rättsligt formulerade retorik som tycks förhärskande så tycks lagstiftningen i hög utsträckning vara ett branschskydd mer än något annat. Dvs., den används

och leder till något annat än vad den sägs syfta till. För att debatten kring upphovsrätten i det digitala samhället ska kunna bli mer fruktsam behöver den därför tydligare kallas för just detta. Då skulle även proportionaliteten lättare kunna bedömas i de maktmedel som diskuteras och ibland instiftas för att bekämpa illegal fildelning med rättslig verkställighet i termer av datatrafikövervakning, identitetskontroll, ISP-ansvar, sökmotorpåverkan, domännamnsblockering, m.m. Om man sedan även de facto vill fundera över hur man bäst hjälper innovation och skapande så kunde man lite mer förutsättningslöst försöka bygga sådana strukturer, utan tyngd från traditionella ideologier. Då kan branschen sättas i den kontext den har att verka i, istället för att blåsas upp till att beskrivas som den kontext som skapande och kulturell produktion har att verka i, vilket är till nackdel för dels nya organisatoriska initiativ men även nya uttryck och former för skapande.

Referenser

Andersson, Jonas och Snickars, Pelle, red. (2010). *Efter The Pirate Bay*. Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket

Arewa, Olufunmilayo B. (2006). "From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context." *North Carolina Law Review* 84.2, s. 547-645

Asplund, Johan (1979). *Teorier om framtiden*. Stockholm: Kontenta.

Bently, L. (1994) Copyright and the Death of the Author in Literature and Law, *The Modern Law Review* 57(6): 973-986.

Boyle, James (2008). *The Public Domain. Enclosing the commons of the mind*. New Haven & London: Yale University Press.

Brabham, D.C. (2008). Crowdsourcing as a Model for Problem Solving.?An Introduction and Cases, *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, 14(1): 75-90.

Christensen, Anna (1997). "Rätten i ett samhälle under förändring." i Strömholm, Stig (Red.) *Svensk rättsvetenskap 1947 – 1997*. Stockholm: Nordstedts.

Council of European Union (12 Sep 2011). New rules on term of protection of music recordings, 13972/11.

DN Kultur (9 december 2010). "Spotify's pengar fördelas ojämnt" <http://www.dn.se/kultur-noje/nyheter/spotify-s-pengar-fordelas-ojamnt> [senast besökt 3 januari 2013].

Drahos, P och Braithwaite, J. (2002) *Information Feudalism: Who owns the knowledge economy?* UK: Earthscan Publications Ltd.

Fleischer, Rasmus (2011). *Boken och Biblioteket*. Stockholm: Ink bokförlag.

Fleischer, Rasmus (2010). "Femton gästas på död mans kista – om framtidens nätpolitik", i Jonas Andersson & Snickars, Pelle (red.), *Efter The Pirate Bay*, Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket.

Fleischer, R. (2012) Musikens Politiska Ekonomi. Lagstiftningen, ljudmedierna och försvaret av den levande musiken, 1925-2000, Ink Bokförlag.

Fleischer, Rasmus (13 december 2010). PS om Spotify, Tidsam och monopolism. Blogginlägg på copyriot.se <http://copyriot.se/2010/12/13/ps-om-spotify-och-monopolism/> [senast besökt 3 januari 2013].

Fleischer, Rasmus (10 december 2010). "Spotify: den stora lösningen som blev den stora blåsningen", Blogginlägg på copyriot.se <http://copyriot.se/2010/12/10/spotify-den-stora-losningen-som-blev-den-stora-blasningen/> [senast besökt 3 januari 2013].

Florida, Richard (2002) The rise of the creative class. And how it's transforming work. Leisure, community and everyday life. New York: Basic Books.

Foucault, Michel (2002). "What is an Author?" The Book History Reader. Eds. David Finkelstein & Alistair McCleery. London & New York: Routledge. 225-230.

Foucault, M. (1979) What is an author?

Fredriksson, Martin (2009). Skapandets rätt. Ett kulturvetenskapligt perspektiv på den svenska upphovsrättens historia. Avhandling i filosofi, Linköpings universitet. Göteborg: Daidalos.

Hemmungs Wirtén, E. (2011) Cosmopolitan Copyright: Law and Language in the Translation Zone. Uppsala: Meddelanden från Institutionen för ABM vid Uppsala universitet Nr 4, 2011.

Horten, M. (2012) The Copyright Enforcement Enigma. Internet Politics and the 'Telecoms Package', Palgrave Macmillan.

Howe, Jeff (2008). Crowdsourcing: why the power of the crowd is driving the future of business. New York: Crown Business.

i2010 – det europeiska informationssamhället för tillväxt och sysselsättning (Com/2005/229)

Jakobsson, Peter (2012) Öppenhetsindustrin, Örebro Studies in Media and Communication 13, Södertörn Doctoral Dissertations 65.

Jazri, P. (1994) "On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity", The construction of authorship: Textual appropriation in law and literature. Red. Martha Woodmansee och Peter Jaszi. Duke University Press.

Kelly, K. (1994) Out of Control, Reading, MA: Addison-Wesley.

Lakoff, George (1987). Women, fire and dangerous things: What categories reveal about mind. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Lakoff, George och Johnson, Mark (1980). Metaphors we live by. Chicago: University of Chicago Press.

Lakoff, George och Johnson, Mark (1999). *Philosophy in the flesh: the embodied mind and its challenge to Western thought*. New York: Basic Books.

Larsson, Stefan (2010). "459 miljarder kronor – om metaforer, flöden & exemplar" Efter Pirate Bay. Red. Jonas Andersson och Pelle Snickars. Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket.

Larsson, Stefan (2012). "Conceptions in the code: What 'the copyright wars' tells about creativity, social change and normative conflicts in the digital society", *Societal Studies*, 4(3): 1009-1030.

Larsson, Stefan (2013a). "Copy Me Happy – The Metaphoric Expansion of Copyright in a Digital Society", *International journal for the Semiotics of Law*, 26(3): 615-634.

Larsson, Stefan (2011a). "Den stigberoende upphovsrätten. Om konsekvenserna av rättslig inlåsning i en digital tid." *Retfærd*, nr 4.

Larsson, Stefan (2011b). *Metaphors and Norms. Understanding Copyright Law in a Digital Society*. PhD Thesis, Lund: Lund Studies in Sociology of Law, Lund University.

Larsson, Stefan (2013b). "‘No man is an Island’: Why the ‘solitary genius’ is a too narrow an approach to creativity in a digital context", *Linguaculture. International Journal of the Iași Linguaculture Centre for (Inter)cultural and (Inter)lingual Research*.

Larsson, Stefan (2011c). "The Path Dependence of European Copyright." 8:1 *SCRIPT:ed* 8.

Larsson, Stefan och Hydén, Håkan (2010). "Law, Deviation and Paradigmatic Shifts: Copyright and its Metaphors" i *Technology for Facilitating Humanity and Combating Social Deviations: Interdisciplinary Perspectives*. red. Vargas Martin et al. IGI Global.

Larsson, Stefan och Svensson, Måns (2010). "Compliance or Obscurity? Online Anonymity as a Consequence of Fighting Unauthorised File-sharing." *Policy & Internet: Vol. 2: Iss. 4, Article 4*.

Larsson, Stefan, Svensson, Måns and de Kaminski, Marcin (2012a). "Online piracy, Anonymity and Social Change – Innovation through Deviance", *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, 1-20, online first.

Larsson, Stefan, Svensson, Måns, de Kaminski, Marcin, Rönkkö, Kari, and Alkan Olsson, Johanna (2012b). "Law, norms, piracy and online anonymity – Practices of de-identification in the global file sharing community", *Journal of Research in Interactive Marketing* 6(4): 260-280.

Levine, Lawrence (1988). *Highbrow/lowbrow: The emergence of cultural hierarchy in America*. Cambridge MA: Harvard University Press.

Lessig, Lawrence (2004). *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, New York: Penguin books.

Lessig, Lawrence (2008). *Remix: making art and commerce thrive in the hybrid economy*. New York: Penguin Press.

Litman, Jessica (2001). *Digital Copyright*. New York: Prometheus books.

Netanel, Neil W. (2008). *Copyright's Paradox: Property in Expression/Freedom of Expression*. Oxford University Press.

Nielsen, Tobias (2010), "Digital kulturpolitik", Efter Pirate Bay, Andersson, Jonas—Snickars, Pelle (red.), Stockholm: Kungliga biblioteket.

Palmås, Karl (2010). "The Pirate Bay-bacillen – tre spekulationer", i Jonas Andersson & Snickars, Pelle (red.), Efter The Pirate Bay, Stockholm: Mediehistoriskt arkiv, Kungliga biblioteket.

Patry, William (2011). *How to fix copyright*. Oxford: Oxford University Press.

Patry, William (2009). *Moral panics and the copyright wars*. Oxford University Press.

Reagle Jr, J.M. (2010) *Good Faith Collaboration: The Culture of Wikipedia*, The MIT Press.

Rose, Mark (1993). *Authors and owners: The invention of copyright*. Cambridge and London: Harvard University Press.

Ross, A. (2013) "In Search of the Lost Paycheck", i Scholz, T., red. (2013) *Digital Labor. The Internet as Playground and Factory*. New York and Abingdon: Routledge.

Schmidt, L. (19 mars, 2013) "Diktandets historia är fylld av kopierad text", Under strecket, SvD.

Scholz, T., red. (2013) *Digital Labor. The Internet as Playground and Factory*. New York and Abingdon: Routledge.

Schottenius Cullhed, S. (2012) *Proba the Prophet: Studies in the Christian Virgilian Cento of Faltonia Betitia Proba*, Göteborgs universitet.

SOU 2009:16, Betänkande av Kulturutredningen, Statens offentliga utredningar, Kulturdepartementet.

Svensson, Måns & Larsson, Stefan (2012). "Intellectual Property Law Compliance in Europe: Illegal File sharing and the Role of Social Norms." *New Media & Society*, 14(7): 1147-1163.

Tallmo, Karl-Erik (2010). "Upphovsrätten står och faller med sina undantag." *HUMAN IT* 10(3): 170-206.

Tapscott, Don & Anthony D. Williams (2008). *Wikinomics: how mass collaboration changes everything* (Utökad utgåva). London: Atlantic.

Terranova, T. (2000) Free Labor: Producing Culture for the Digital Economy, *Social Text*, 18(2): 33-58.

Vaidhyanathan, Siva (2001). Copyrights and copywrongs: The rise of intellectual property and how it threatens creativity. New York: New York University Press, cop.

Volgsten, U. (2012) Musiken, medierna och lagarna: Musikverkets historia och etablerande av en idealistisk upphovsrätt, Gidlunds förlag.

Woodmansee, Martha (1994) "On the Author Effect: Recovering Collectivity", The construction of authorship: Textual appropriation in law and literature. Red. Martha Woodmansee och Peter Jaszi. Duke University Press.

Woodmansee, M. (1984) "The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'", *Eighteenth-Century Studies* 17(4):425-448.

Zemer, Lior (2007). The idea of authorship in copyright. Great Britain, Cornwall: Ashgate.

Zittrain, Jonathan (2008). The Future of the Internet, and How to Stop It. London: Penguin Books.

1 <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/deed.sv> [senast besökt 2 april 2013].

2 "[C]opyright is one of the most problematic areas in the intersection of technology and law. This is also the reason why it can be used for unveiling issues of conceptual and social change in a digital society, for example, regarding how we conceptualise creativity and how conceptions of creativity can be deconstructed from copyright law and compared to digital practices that challenge these legally embedded conceptions of creativity."

3 I den här artikeln kommer jag genomgående tala om tankestrukturer, och ibland dessas relation till metaforer. För en mer teoretiskt förankrad utläggning om tankefigurer, så se Larssons avhandling där han utvecklar begreppet i termer av conceptions (Larsson 2011b, ss. 26, 65-73, 83-87, 99-112, kap. 10, se även Larsson, 2012a). Begreppet är delvis utvecklat från teoretiker som Lakoff och "cognitive models" (1987), "konceptuella metaforer" (Lakoff och Johnson 1980; 1999) och Asplunds "tankefigurer" (1979).

4 "This individualistic and autonomous vision of musical authorship, which is central to copyright law, has deemphasized the importance and continuity of musical borrowing practices generally."

5 Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, som reviderats ett antal gånger, exempelvis genom en större revision som infördes 1 juli 2005 då den anpassades till det så kallade Infosocdirektivet (2001/29/EG), men även en mindre men mycket kontroversiell ändring då Ipred, även känt som sanktionsdirektivet (2004/48/EG) infördes 1 april 2009.

6 Jag har låtit citatet vara översatt eftersom det inte riktigt later sig översättas utan att ändra betydelse. Hemmungs Wirtén skiljer på "copyright"-traditionen och droit d'auteur, varför "upphovsrätt", som innehåller båda, skulle leda tanken fel. Samma är det med "civil law" som här inte betecknar "civilrätt", dvs inte en del i vår rättstradition, utan en rättstradition i sig, i vilken svensk rätt i mycket är en del, och som är motstående exv. Common-lawtraditionen.

7 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works från 1886.

8 Paris Convention for the Protection of Industrial Property från 1883.

9 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

10 I USA är dock rätten att utkräva skadestånd – gällande nivån på skadeståndet – beroende av om verket är registrerat eller ej.

11 Infosoc: Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

- 12 IPRED: Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.
- 13 Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC.
- 14 Det Europeiska Telekompaketet inkluderar flera direktiv, och här kan även nämnas ett förslag till direktiv (COD/2007/0247) som gör tillägg och ändrar tre tidigare direktiv (2002/19/EC, 2002/20/EC, 2002/21/EC), och ett annat förslag till direktiv (COD/2007/0248) som ändrar två tidigare direktiv (2002/22/EC, 2002/58/EC), och ett förslag till en reglering som skapar en ny "European Electronic Communications Market Authority" (COD/2007/0249).
- 15 "The new directive intends to increase the level of protection of performers by acknowledging their creative and artistic contributions." "Performers generally start their careers young and the current term of protection of 50 years often does not protect their performances for their entire lifetime. Therefore, some performers face an income gap at the end of their lifetimes. They are also often not able to rely on their rights to prevent or restrict objectionable uses of their performances that may occur during their lifetimes" (Council of European Union, 12 september 2011).
- 16 "Emphasizing the outstanding significance of copyright protection as an incentive for literary and artistic creation."
- 17 Vilket Arewa hämtat från historikern Lawrence Levine (1988).
- 18 "This idealized view presents a highly distorted and incomplete picture of actual musical practice."
- 19 "Every copyrighted entity is a social construction. It depends on the consumption of cultural and social properties that make an author capable of interpreting and absorbing the significance of these properties, then translating his creative ability into the language of copyright creation. The set of rights copyright confers on authors does not reflect the inevitable causal relationship between authors and the public (Zemer 2007, s. 2).
- 20 "The first step in fixing copyright laws, then, is fixing the way we enact them. Our current laws are based on rhetoric and faith, not on evidence. Unless our laws are based on empirically sound evidence tailored to meet the stated objectives, they do not stand a remote chance of achieving those objectives" (Patry, 2011, s. 50).
- 21 "Copyright is thus not only shaped by conceptions of authorship but is also a powerful force in melding notions of authorship and delineating appropriate and inappropriate methods of artistic production. As a consequence, what is characterized as unacceptable copying within copyright law can play a critical role in determining what types of cultural production may occur" (Arewa 2006, s. 583).
- 22 "Recognition of the importance of borrowing has been obscured by Romantic author conceptions of musical composition embedded in copyright doctrine. These conceptions became predominant for certain high culture forms of cultural production such as classical music. The implications of this historically specific view of composition are quite significant, both with respect to classical music itself, as well as with regard to other forms of cultural production that are also evaluated in light of this same model. Current conceptions of authorship assume a dichotomy between copying and creativity and presume that borrowing is inimical to creativity and innovation. By focusing upon a dichotomy between originality and borrowing, such views of musical authorship fail to recognize that the use of existing works for new creations can be an important source of innovation. Examination of the historical development of conceptions of musical composition sheds light on the manner and nature of their construction" (Arewa 2006, ss. 583-584).
- 23 "It is also an institution built on intellectual quicksand: the essentially religious concept of originality, the notion that certain extraordinary beings called authors conjure works out of thin air. And it is an institution whose technological foundation has recently turned, like a vital organ grown cancerous, into an enemy. Copyright developed as a consequence of printing technology's ability to produce large numbers of copies of a text quickly and cheaply. But present-day technology makes it virtually impossible to prevent people from making copies of almost any text – printed, musical, cinematic, computerized – rapidly and at a negligible cost" (Rose, 1993, p. 142).